



RAPPORT DE PHASE 3 SUR LA MISE EN ŒUVRE PAR LES ÉTATS-UNIS DE LA CONVENTION DE L'OCDE SUR LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Octobre 2010

Ce rapport de Phase 3 sur les États-Unis par le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption évalue et fait des recommandations sur la mise en œuvre par les États-Unis de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales et la Recommandation de 2009 du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Il a été adopté par le Groupe de travail le 15 octobre 2010.

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

TABLE DES MATIÈRES

SYNTHESE.....	5
A. INTRODUCTION.....	7
1. La mission sur place.....	7
a) Le contexte.....	7
b) Conduite de la mission sur place et du suivi.....	8
2. Plan du rapport.....	10
3. Vue d'ensemble succincte de l'économie américaine.....	11
4. Affaires liées à la corruption d'agents publics étrangers.....	12
B. MISE EN ŒUVRE ET APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATIONS DE 2009 PAR LES ÉTATS-UNIS.....	14
1. Enquêtes et poursuites en cas d'infractions de corruption transnationale.....	14
a) Introduction.....	14
b) Missions et responsabilités du DOJ, de la SEC et du FBI.....	15
c) Questions en suspens de la Phase 2.....	16
d) Délai de prescription.....	18
e) Évolutions récentes des enquêtes et des poursuites en cas d'infraction au FCPA.....	20
(i) Sources des allégations.....	20
(ii) Impact des ASP et des AAP.....	23
f) Raisons justifiant le classement des enquêtes et le rejet des poursuites.....	23
g) Enquêtes ou procédures parallèles dans d'autres pays.....	25
2. Infraction de corruption transnationale.....	27
a) Introduction.....	27
b) Lignes directrices sur les paiements de facilitation.....	27
c) Frais raisonnables et de bonne foi.....	29
d) Critère du lien de marché.....	30
e) Définition de la notion d'« agent public étranger ».....	31
f) Application du FCPA aux possessions et territoires américains d'outre-mer.....	32
g) Instructions en général.....	33
3. La responsabilité des personnes morales.....	34
a) Introduction.....	34
b) Contrôle de la conformité.....	34
4. Sanctions.....	37
a) Recours aux transactions pénales, aux accords de suspension des poursuites et aux accords d'abandon des poursuites par le DOJ.....	37
Légende du graphique.....	42
b) Recours aux accords de coopération, aux ASP et aux AAP par la SEC.....	42
c) Contrôleurs d'entreprise.....	43
d) Niveau des sanctions.....	46
e) Refus d'octroyer des avantages publics.....	48
(i) Radiation.....	49

(ii) Licences d'exportation d'armement.....	51
5. Confiscation du pot-de-vin et du produit de la corruption.....	52
6. Blanchiment de capitaux.....	55
7. Exigences comptables, vérification externe des comptes, programmes de contrôle de la conformité et de déontologie des entreprises	56
a) Exigences américaines en termes de comptabilité et de vérification des comptes	56
b) Modification des exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes depuis la Phase 2	58
c) Respect et connaissance du FCPA par les comptables et vérificateurs des comptes	61
d) Traitement des paiements de facilitation compte tenu des exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes	61
e) Conformité et sensibilisation aux exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes parmi les émetteurs	63
f) Pratiques de comptabilité et vérification des comptes parmi les non-émetteurs.....	65
8. Mesures fiscales visant à lutter contre la corruption.....	65
9. Coopération internationale.....	67
a) Demandes officielles.....	67
b) Demandes au titre de protocoles d'accord et de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.....	68
c) Demandes informelles.....	68
d) Entraide judiciaire et recours aux TP, AAP et aux ASP	69
e) Lois étrangères sur la protection des données.....	69
10. Sensibilisation du public et signalement de faits de corruption transnationale.....	69
a) Activités de sensibilisation menées par les autorités américaines	70
(i) Portée	70
(ii) Formation.....	70
(iii) Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption et Annexe II	71
(iv) Aide à l'étranger	71
b) Protections prévues pour les dénonciateurs'.....	72
11. Avantages publics	73
a) Mesures en vue de favoriser la transparence des marchés publics	73
b) Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public	73
C. RECOMMANDATIONS ET ASPECTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UN SUIVI	74
ANNEXE 1 : TABLEAU DE RECOMMANDATIONS DE PHASE 2.....	77
ANNEXE 2 LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE.....	80
ANNEXE 3 LISTE DES ABRÉVIATIONS, TERMES ET ACRONYMES.....	81

Encadrés

Encadré 1. Comment les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises influent sur la décision du ministère public de refuser de poursuivre, de conclure un ASP ou un AAP ou d'engager des poursuites en cas d'infraction	41
--	----

SYNTHESE

Le présent rapport de Phase 3 du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (ci-après le « Groupe de travail ») évalue l'application et la mise en œuvre, par les États-Unis, de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (« la Convention ») et des instruments connexes, et formule des recommandations à cet égard. Le Groupe de travail félicite les États-Unis pour leur soutien manifeste et intensif à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, notamment leur engagement vis-à-vis du secteur privé, leur importante action répressive et l'implication déclarée du plus haut niveau de l'État.

Depuis la Phase 2, la mise en œuvre de la Convention par les États-Unis a été régulièrement renforcée, donnant lieu à un alourdissement des peines d'emprisonnement, des sanctions pécuniaires et des mesures de restitution des biens mal acquis. Cette évolution est le résultat des pratiques exemplaires qui se sont instaurées au sein des instances réglementaires et politiques américaines, comme l'affectation de ressources à des unités spécialisées du Department Of Justice (DOJ), du Federal Bureau of Investigation (FBI) et de la Securities and Exchange Commission (SEC). Une nouvelle législation a en outre renforcé les normes comptables et de vérification des comptes, y compris celles introduites dans la Loi Sarbanes-Oxley de 2002, couvertes dans le rapport de suivi écrit de Phase 2 consacré aux États-Unis, ainsi que les mesures de protection des dénonciateurs aux termes du Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (Loi Dodd-Frank sur la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs ou « Loi Dodd-Frank ») de juillet 2010.

Les bonnes pratiques qui ont été instaurées au sein des instances réglementaires et politiques américaines et qui ont donné lieu à une mise en œuvre élevée de la Convention, sont décrites à plusieurs reprises dans le présent rapport. Les autorités américaines ont ouvert des enquêtes et engagé des poursuites dans des affaires concernant différents secteurs d'activité et divers modes de corruption d'agents publics étrangers. Elles ont en outre pris l'initiative d'ouvrir des enquêtes en utilisant les informations provenant de toutes sortes de sources et en recourant à des méthodes innovantes comme les transactions pénales, les accords de suspension des poursuites (ASP) et les accords d'abandon des poursuites (AAP) ou encore la nomination de contrôleurs d'entreprise. Les mesures de répression vigoureuses et les sanctions records imposées, sur fond d'engagement accru du secteur privé, ont favorisé la mise en place de solides programmes et mesures de contrôle de la conformité, notamment dans les grandes entreprises dont la gestion est vérifiée par les comptables et vérificateurs des comptes et contrôlée par la direction. On en sait moins sur l'impact qu'a eu le renforcement de la mise en œuvre du FCPA (Foreign Corrupt Practices Act) sur les petites et moyennes entreprises, mais ce problème est dans une large mesure commun à toutes les Parties à la Convention.

Toutefois, des méthodes qui permettraient une mise en œuvre plus efficace de la Convention ont été répertoriées. Le Groupe de travail recommande ainsi aux États-Unis de réexaminer régulièrement leurs politiques concernant les paiements de facilitation et leurs modalités d'application, en tenant compte des avis du secteur privé et de la société civile. L'équipe d'examen leur a en outre recommandé de regrouper et de synthétiser les informations mises à la disposition du public sur la mise en œuvre du FCPA, et notamment celles concernant le moyen de défense affirmatif dit des frais raisonnables et de bonne foi. Cela pourrait être particulièrement utile pour les petites et moyennes entreprises (PME). De même, sachant que les autorités américaines mettent de plus en plus en œuvre le FCPA en recourant à des accords de

suspension des poursuites et à des accords d'annulation des poursuites, le Groupe de travail estime que la sensibilisation à ces mesures et leur transparence pourraient être renforcées si les autorités américaines rendaient publiques, de manière plus détaillée, lorsque cela est approprié, les raisons motivant, par exemple, le recours à tel ou tel type d'accord, le choix des termes d'un tel accord et de sa durée, et la manière dont l'entreprise a respecté les conditions de l'accord conclu. Le Groupe de travail recommande en outre aux États-Unis de veiller à ce que le délai de prescription global applicable à l'infraction de corruption transnationale soit suffisant pour permettre de mener les enquêtes et les poursuites qui s'imposent.

Le présent rapport et les recommandations qu'il contient, qui reflètent les conclusions d'experts d'Argentine et du Royaume-Uni, ont été adoptés par le Groupe de travail de l'OCDE. Dans l'année suivant l'approbation du rapport par le Groupe de travail, les États-Unis présenteront un compte rendu de suivi oral sur la mise en œuvre de certaines de ces recommandations. Ils présenteront en outre un compte rendu écrit dans les deux ans. Le présent rapport s'appuie sur les textes législatifs, les réglementations et autres documents communiqués par les États-Unis, ainsi que sur les informations recueillies par l'équipe d'examen lors de sa mission sur place de trois jours à Washington D.C., qui a eu lieu du 7 au 9 juin 2010, durant laquelle elle a rencontré des représentants de l'administration publique, du secteur privé et de la société civile.

A. INTRODUCTION

1. La mission sur place

a) Le contexte

1. Du 7 au 9 juin 2010, une équipe d'examen représentant le Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (le « Groupe de travail ») a effectué aux États-Unis une mission sur place au titre de la Phase 3 afin d'être en mesure d'évaluer la mise en œuvre, par les États-Unis, de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la « Convention ») et de ses instruments connexes¹. Cette mission de trois jours, qui a eu lieu à Washington D.C., a donné lieu à de très nombreuses rencontres avec des représentants du gouvernement américain et des représentants non gouvernementaux.

2. L'évaluation des États-Unis au titre de la Phase 2 a eu lieu en octobre 2002 et le rapport de suivi écrit de la Phase 2 a été présenté par les États-Unis en juin 2005. La mission sur place au titre de la Phase 3 est donc consacrée à l'évolution, depuis 2002, de la mise en œuvre, par les États-Unis, de la Convention et de ses instruments connexes. La mission sur place aux États-Unis s'est déroulée en même temps que la mission sur place de Phase 3 en Finlande. Ces deux missions ont été les premières à être menées à bien dans le cadre de la nouvelle procédure d'évaluation au titre de la Phase 3. Selon les autorités américaines et l'équipe d'examen, cette mission offrait donc une importante occasion de tester les modalités de mise en œuvre de la procédure, plus focalisée et plus concise, de l'examen au titre de la Phase 3.

3. L'équipe d'examen a consacré autant de temps aux rencontres avec les représentants gouvernementaux qu'aux réunions avec les représentants non gouvernementaux. En cela, elle s'est écartée, dans une large mesure, des précédentes missions sur place au titre de la Phase 2, qui étaient davantage centrées sur l'action des pouvoirs publics. Cette fois, elle a estimé qu'il était approprié de répartir également le temps consacré aux uns et aux autres en raison du très grand nombre d'actions répressives engagées aux États-Unis et des conséquences qu'elles ont eues sur l'engagement du secteur privé. Elle a en outre jugé que cela lui donnait le temps nécessaire pour évaluer l'impact de l'action engagée à haut niveau par les autorités américaines pour garantir que les entreprises mettent en œuvre des programmes de contrôle de la conformité. De plus, il lui importait de connaître l'avis des représentants non gouvernementaux sur la *Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* de 2009, récemment adoptée, (la « Recommandation anti-corruption de 2009 »), qui précise que les Parties à la Convention doivent encourager les entreprises à mettre au point et adopter des programmes ou mesures adéquats de contrôle interne, de déontologie et de conformité.

4. Les ministères et organismes publics américains suivants ont pris part à la mission sur place : le Department of Justice (DOJ) [ministère de la Justice], la Securities and Exchange Commission (SEC), le

¹ Font partie des instruments connexes : 1. la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 2009, 2. la Recommandation du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de 2009 et 3. la Recommandation du Conseil sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public de 2006.

Department of State (ministère des affaires étrangères), le ministère du Commerce, le Federal Bureau of Investigation (FBI), l'administration fiscale (IRS) et l'Office of Special Counsel.

5. Trente neuf représentants du secteur privé ont pris part aux réunions non gouvernementales, dont ceux de dix-neuf entreprises, trois associations patronales et sept cabinets d'expertise comptable et de vérification des comptes. Tous les grands secteurs exposés au risque de corruption d'agents publics étrangers étaient représentés, avec notamment six entreprises du secteur de l'aérospatiale et de la défense, cinq entreprises opérant dans celui des industries extractives, une entreprise de télécommunications, trois entreprises de services financiers, une entreprise pharmaceutique et trois entreprises des secteurs de la construction et de l'industrie manufacturière. Sept représentants des professions juridiques, notamment des spécialistes de la déontologie, y ont également participé, ainsi qu'un universitaire et les représentants de deux organisations de la société civile.

6. L'équipe d'examen était composée d'experts d'Argentine et du Royaume-Uni, ainsi que du Secrétariat de l'OCDE.²

7. Pour préparer la mission sur place, les autorités américaines ont fourni une documentation importante ainsi que les réponses au questionnaire au titre de la Phase 3 ; il s'agit d'un questionnaire à caractère général auquel doivent répondre toutes les Parties à la Convention dans le cadre de leur examen au titre de la Phase 3. Les États-Unis ont en outre répondu à des questions supplémentaires, préparées par l'équipe d'examen conformément à la procédure de Phase 3. Ces questions sont spécifiques au pays évalué et sont centrées sur les questions encore non résolues après la Phase 2, ainsi que sur les autres développements intervenus depuis la Phase 2 concernant la mise en œuvre effective, par la Partie en question, de la Convention et des instruments connexes. L'équipe est informée que les autorités américaines rendront ces réponses publiques une fois le rapport de Phase 3 finalisé.

8. L'équipe d'examen a étudié l'ensemble des documents qui lui ont été remis avant la mission sur place. De son côté, elle a en outre mené à bien ses propres recherches, notamment sur la base des rapports consacrés aux États-Unis du Groupe d'États contre la corruption (GRECO) et du Groupe d'action financière (GAFI).

b) Conduite de la mission sur place et du suivi

9. Avant, pendant et après la mission sur place, les autorités américaines ont accordé à l'équipe d'examen le plus haut niveau de coopération et de transparence. Les réponses au questionnaire de Phase 3 et au questionnaire supplémentaire ont fourni une excellente base pour les réunions organisées lors de la mission sur place, permettant à l'équipe d'examen de se focaliser sur les questions les plus importantes et de faire le meilleur usage des trois jours qu'elle a passés à Washington D.C. Après la mission sur place, les autorités américaines ont répondu à un grand nombre de demandes d'éclaircissement et de confirmation

² L'Argentine était représentée par : Gerardo E. Bompadre, Direction des Affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, du Commerce extérieur et du Culte et José M. Ipohorski Lenkiewicz, coordinateur de la division des enquêtes du bureau anti-corruption, rattaché au ministère de la Justice, des Droits de l'Homme et de la Sécurité. Le Royaume-Uni était représenté par : Nicholas van Benschoten, responsable de l'unité anti-corruption rattachée au ministère des Entreprises, de l'Innovation et des Compétences ; Kathleen Harris, responsable du service des politiques et normes et du domaine des investissements individuels, rattaché au Serious Fraud Office et Nimesh Jani, Conseiller principal en matière d'action publique pour les affaires internationales, rattaché au Crown Prosecution Service. Le Secrétariat de l'OCDE était représenté par : Christine Uriarte, Conseil général, Division de lutte contre la corruption, Direction des affaires financières et des entreprises; William Loo, Analyste juridique principal, Division de lutte contre la corruption et Mary Crane, Chargée de communications/Éditrice, Division de lutte contre la corruption.

pour permettre à l'équipe d'examen de comprendre pleinement certaines spécificités du système juridique américain. Les autorités américaines lui ont communiqué les informations demandées bien qu'elles aient été par ailleurs très prises par d'importantes actions répressives concomitantes engagées en application du FCPA.

10. Une spécificité importante de la mission sur place de Phase 3 a été qu'en raison du grand nombre d'actions de mise en œuvre du FCPA et de l'engagement important des autorités américaines et du secteur privé, l'équipe d'examen a pu étudier de très près les modalités d'application du FCPA dans la pratique. De ce fait, la quantité d'informations contenues dans le présent rapport sur des questions de première importance pour la Phase 3 est sans précédent et offre une occasion incomparable de faire le tour des difficultés qui se posent et de mettre en évidence les pratiques exemplaires qui se sont instaurées aux États-Unis en matière de mise en œuvre de la Convention.

11. L'équipe d'examen a relevé l'implication extrêmement forte et manifeste des pouvoirs publics américains, aux plus hauts niveaux, pour assurer la mise en œuvre efficace de la Convention et du processus d'évaluation par le Groupe de travail. Lors de la mission sur place, quatre hauts fonctionnaires ont ouvert les réunions par une allocution : Lanny Breuer, sous-Procureur général, rattaché à la Direction des affaires pénales du DOJ, Lorin Reisner, Directeur adjoint de la Direction des affaires opérationnelles de la SEC, Anna Borg, Secrétaire d'État adjointe par intérim chargée de l'économie, de l'énergie et des entreprises au ministère des Affaires étrangères et Cameron Kerry, Conseiller général du ministère du Commerce. Ils ont évoqué les progrès importants intervenus depuis l'examen de Phase 2, qui se sont traduits par un nombre record d'actions répressives engagées et un engagement remarquable des autorités auprès du secteur privé, ainsi que les futures mesures prévues en vue de maintenir cette dynamique. En font partie la plus grande priorité accordée aux actions répressives à l'encontre des personnes physiques ou à la réalisation d'enquêtes coordonnées à l'échelon sectoriel (« *industry sweeps* »). Ils ont indiqué leur volonté de partager les pratiques exemplaires, tout en invitant l'équipe d'examen à leur faire part de ses critiques constructives, qui font, selon eux, fondamentalement partie intégrante du processus d'examen par les pairs.

12. Cette forte implication de haut niveau des pouvoirs publics ne s'est pas limitée à la mission sur place. Ainsi, une semaine avant qu'elle ait lieu, le Ministre de la justice Eric Holder a prononcé, à l'OCDE, un discours d'orientation générale soulignant le caractère prioritaire accordé par les États-Unis à la mise en œuvre de la Convention et au processus d'évaluation. Le 9 décembre 2009, à l'occasion du dixième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention sur la lutte contre la corruption, la Ministre des Affaires étrangères, Hilary Rodham Clinton, a adressé à l'OCDE l'enregistrement vidéo d'une allocution dans laquelle elle soulignait combien les États-Unis se réjouissaient d'être l'un des premiers pays à être évalués dans le cadre de la Phase 3. Le Ministre du Commerce, Gary Locke, a assisté et participé à la célébration du 9 décembre, ainsi que le Conseiller général au ministère du Commerce Cameron Kerry.

13. En raison de la souplesse et de l'ouverture dont ont fait preuve les autorités américaines, l'équipe d'examen a pu mettre à profit avec efficacité le délai dont elle disposait, durant la mission sur place, pour analyser les modalités de fonctionnement du dispositif américain de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans la pratique. En raison de l'importance de l'activité répressive des États-Unis dans ce domaine, l'équipe d'examen a conclu que les éléments suivants lui avaient été particulièrement utiles :

- Les réunions avec des représentants non gouvernementaux choisis par l'équipe d'examen n'ont pas eu lieu dans des locaux officiels³ et se sont tenues en l'absence de représentants de

³ L'équipe d'examen exprime sa reconnaissance au centre de l'OCDE de Washington qui a accueilli les réunions avec les représentants non gouvernementaux.

l'administration publique⁴. Tant les autorités américaines que l'équipe d'examen ont estimé que cet arrangement favoriserait la sincérité des discussions.

- Une même durée a été consacrée aux réunions avec les représentants gouvernementaux et aux rencontres avec les représentants non gouvernementaux, ce qui a permis à l'équipe d'examen de recueillir différents points de vue pour forger son jugement.
- Avec l'accord des autorités américaines, l'équipe d'examen a commencé très tôt à consulter les comptables et vérificateurs des comptes membres du panel en leur adressant une liste de questions à examiner. En réponse à ces questions, ils lui ont fait parvenir leurs contributions préliminaires avant la tenue de la mission sur place⁵. Lors de la mission sur place, elle a pu ainsi se concentrer sur les aspects le plus importants des questions ayant trait à la comptabilité ou à la vérification des comptes.

Commentaires

Les examinateurs se félicitent de l'appui manifeste et important des États-Unis à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, dont témoignent notamment l'engagement des autorités auprès du secteur privé, le grand nombre de mesures répressives engagées et l'implication déclarée du plus haut niveau de l'État. Ils estiment que dans l'ensemble, la mise en œuvre de la Convention est le fruit des pratiques exemplaires qui ont été instaurées au sein du dispositif juridique et politique américain, décrites en détail dans le présent rapport. Les autres Parties à la Convention pourraient envisager de reprendre ces pratiques à leur compte, lorsque cela est nécessaire et réalisable, en fonction de leur dispositif juridique et politique respectif, en gardant toujours à l'esprit le principe sous-jacent « d'équivalence fonctionnelle » défini dans la Convention.

Selon les examinateurs, la pratique des États-Unis est conforme à la Convention. Ils mettent cependant en avant des domaines dans lesquels, d'après eux, la mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation de 2009 peut être encore renforcée.

2. Plan du rapport

14. Le présent rapport suit le plan général suivi par tous les rapports de Phase 3. Cela étant, conformément aux objectifs de la Phase 3, il s'intéresse de plus près aux questions que l'équipe d'examen a jugées les plus importantes concernant les États-Unis. En font partie le petit nombre de recommandations formulées durant la Phase 2 qui n'avaient pas été pleinement mises en œuvre, ainsi que d'autres questions concernant spécifiquement ce pays et que l'équipe d'examen a jugées importantes, comme les pratiques exemplaires qui ont été instaurées au sein du dispositif juridique et politique américain, examinées dans le présent rapport lorsque cela est approprié. Ces exemples sont tirés du corpus impressionnant d'actions répressives intentées par les autorités américaines, d'ampleur et de complexité variables. En outre, conformément aux objectifs de la Phase 3, le présent rapport traite de questions identifiées par le Groupe

⁴ Voir paragraphe 26 de la Procédure de Phase 3, prévoyant que le pays évalué peut assister au panel avec des représentants non gouvernementaux, mais en s'abstenant d'y intervenir.

⁵ L'équipe d'examen tient également à exprimer sa reconnaissance au Center for Audit Quality (www.thecaq.org) qui a coordonné pour elle les contributions des experts et vérificateurs des comptes, notamment les très nombreuses contributions écrites qu'ils lui ont adressées avant la mission sur place et qu'elle a utilisées pour mener la réunion qu'elle a organisée, lors de la mission sur place, avec les représentants de ces professions.

de travail comme étant des questions horizontales à caractère transnational, afin de montrer comment les États-Unis les ont réglées depuis la Phase 2.

15. La Partie B, partie centrale du rapport, présente les conclusions de l'équipe d'examen fondées sur la mission sur place et sur son analyse des réponses écrites des autorités américaines au questionnaire de Phase 3, au questionnaire supplémentaire et aux questions qui leur ont été soumises après la mission sur place. Y sont également formulés les commentaires de l'équipe d'examen sur les questions qui justifient, selon elle, que des mesures supplémentaires soient prises par les États-Unis, ainsi que par le Groupe de travail pour celles d'entre elles qui le concernent dans son ensemble. La Partie C du rapport présente les recommandations adressées par le Groupe de travail aux États-Unis concernant les mesures supplémentaires qu'ils doivent prendre ainsi que les domaines pour lesquels il procédera à un suivi conformément à la procédure de la Phase 3.

3. Vue d'ensemble succincte de l'économie américaine

16. Avec un produit intérieur brut de 14 000 milliards USD⁶, les États-Unis sont la plus grande économie mondiale. Ce pays est aussi le plus grand investisseur à l'étranger du monde, ses investissements directs étrangers atteignant un total de 268.7 milliards USD en 2009⁷ et représentant quelque 22 % du total des sorties mondiales d'IDE⁸ ; ses exportations (biens et services confondus) se sont chiffrées à 1 600 milliards USD⁹ et ont représenté quelque 10 % des exportations mondiales en 2009¹⁰. Au nombre des pays dans lesquels les États-Unis sont le plus actif figurent les suivants :

Tableau 1. Principaux partenaires commerciaux des États-Unis en termes d'exportations (2009)¹¹

Rang	Pays	Exportations (biens) ¹	Importations (biens)	Total des échanges (exportations + importations)
1	Canada	204 658	226 248	430 906.4
2	Mexique	128 892	176 654	305 546.5
3	Chine	69 497	296 374	365 870.6
4	Japon	51 134	95 804	146 937.9
5	Royaume-Uni	45 704	47 480	93 183.5
6	Allemagne	43 306	71 498	114 804.5
7	Pays-Bas	32 242	16 099	48 340.0
8	Corée	28 612	39 216	67 827.5
9	France	26 493	34 236	60 729.0
10	Brésil	26 095	20 070	46 165
-	ANASE	53 779	92 100	145 879
-	UE-27	220 599	281 801	502 400

⁶ Les chiffres du Bureau of Economic Analysis (BEA) américain relatifs au produit intérieur brut des États-Unis peuvent être consultés à l'adresse suivante : <http://www.bea.gov/national/index.htm#gdp>

⁷ Comptes économiques internationaux du BEA consultables à l'adresse suivante : <http://www.bea.gov/international/index.htm#bop>

⁸ Source : chiffres de l'OCDE et du FMI pour 2009

⁹ Comptes économiques internationaux du BEA

¹⁰ Perspectives économiques de l'OCDE No. 87 (mai 2010), document consultable à l'adresse suivante : http://www.oecd.org/document/4/0,3343,fr_2649_33733_20347588_1_1_1_1,00.html

¹¹ U.S. International Trade Administration, «Top U.S. Trade Partners» [Principaux partenaires commerciaux des États-Unis], consultable à l'adresse suivante : http://www.trade.gov/mas/ian/build/groups/public/@tg_ian/documents/webcontent/tg_ian_003020.pdf

Total des 10 premiers pays	656 633	1 023 679	1 680 312
Total mondial	1 056 043	1 559 625	2 615 668
Part en %	62 %	66 %	64 %

1. Tous les chiffres des échanges commerciaux sont exprimés en millions USD.

17. A titre d'indication de la puissance financière des entreprises multinationales américaines en dehors des frontières des États-Unis, le gouvernement américain estime en outre qu'en 2008, les dépenses d'investissement mondiales de ces entreprises s'élevaient à 708.2 milliards USD tandis que celles de leurs filiales étrangères, dans lesquelles elles détiennent une participation majoritaire, s'élevaient 188.5 milliards USD. Le chiffre d'affaires des sociétés mères multinationales américaines s'établissait à 9 509 milliards USD contre 3 329 milliards USD en 1989 (première année pour laquelle ces chiffres étaient disponibles), alors que celui de leurs filiales étrangères, dans lesquelles elles détiennent une participation majoritaire, était passé de 1 094 milliards USD à USD 5 520.2 milliards USD durant la même période¹². Le FCPA s'applique à la fois aux entreprises multinationales américaines et aux entreprises multinationales étrangères qui émettent des titres aux États-Unis. Si certaines d'entre elles peuvent ne pas être soumises aux lois anti-corruption de leur pays d'origine en raison de l'inexistence de telles lois ou du fait que les pays en question ne les mettent pas en œuvre pour toutes sortes de raisons, elles doivent néanmoins respecter le FCPA. Étant donné le très grand nombre de pays dans lesquels ces entreprises sont implantées, les examinateurs n'ont pas tenu compte des statistiques de même nature disponibles pour chacun d'entre eux afin de démontrer leur puissance financière en dehors des frontières des États-Unis ou leurs dépenses d'investissement mondiales.

4. Affaires liées à la corruption d'agents publics étrangers

18. Les États-Unis sont, de tous les pays Parties à Convention, celui qui a engagé le plus grand nombre d'enquêtes et de poursuites dans des affaires de corruption transnationale. Entre 1998 et le 16 septembre 2010, 50 personnes physiques et 28 personnes morales ont ainsi été condamnées au pénal pour faits de corruption transnationale et 69 personnes physiques et personnes morales au civil. En outre, 26 entreprises ont été sanctionnées (sans être condamnées) pour actes de corruption transnationale dans le cadre d'accords d'abandon des poursuites (AAP) et d'accords de suspension des poursuites (ASP). Des sanctions ont également été prononcées pour des faits de malversations comptables et de blanchiment de capitaux commis en lien avec une infraction de corruption transnationale.

19. Avec ces affaires, on a observé un alourdissement des peines prononcées. De 1998 à 2003, les sanctions pécuniaires maximales imposées à une entreprise dans une affaire relevant du FCPA étaient de 2.5 millions USD. Depuis, 23 entreprises se sont vues condamnées à des sanctions pécuniaires supérieures à 10 millions USD. Dans une affaire, une seule et même entreprise a été condamnée à des sanctions pécuniaires d'un montant total de 800 millions USD. En 2010, une personne physique a été condamnée à une peine d'emprisonnement de 87 mois dans une affaire relevant du FCPA. Depuis 2004, plus d'1 milliard USD de produits de la corruption transnationale ont été récupérés dans le cadre d'actions de restitution. La SEC a également obtenu des peines civiles venant s'ajouter aux amendes imposées au pénal par le DOJ. Pour les seuls neuf premiers mois de 2010, la SEC a obtenu plus de 404 millions USD d'amendes au titre de la restitution des biens mal acquis, de dommages-intérêts et de sanctions civiles auprès de treize personnes morales et huit personnes physiques. Les représentants du secteur privé ont expliqué aux examinateurs que l'alourdissement des sanctions, conjugué au nombre accru de poursuites engagées à l'encontre de personnes morales et physiques, ont significativement renforcé la visibilité du FCPA. Ils estiment qu'il s'agit de la principale raison pour laquelle bon nombre d'entreprises ont pris des

¹² BEA, «Summary Estimates for Multinational Companies: Employment, Sales, and Capital Expenditures for 2008», [Synthèse des estimations relatives aux entreprises multinationales : emploi, chiffre d'affaires et dépenses d'investissement] 16 avril 2010 (<http://www.bea.gov/newsreleases/international/mnc/mncnewsrelease.htm>)

mesures pour améliorer leurs mesures de lutte contre la corruption, leurs contrôles internes, leurs livres et états comptables et leurs systèmes de conformité.

20. Ces affaires sont portées à l'attention des autorités par toutes sortes de moyens. Un nombre important (mais non la majorité) des enquêtes sont le résultat de signalements spontanés de la part des entreprises. Font partie des autres sources les informations financières publiées par les entreprises, les déclarations d'activités suspectes des institutions financières, les médias, notamment au moyen des recherches par mots-clés menées par les autorités sur Internet, les dénonciateurs, les salariés, les clients, les concurrents et les mandataires, les poursuites intentées dans le cadre d'une action *qui tam*¹³ et les plaintes au civil, les affaires renvoyées par d'autres organismes publics américains comme les ambassades à l'étranger, les institutions financières internationales comme la Banque mondiale, les signalements effectués par l'intermédiaire d'une adresse électronique ou d'un site Internet réservé au signalement des infractions et les informations provenant d'États étrangers, notamment les demandes d'entraide judiciaire. Une affaire récente a été le fruit d'une opération d'infiltration¹⁴. Les enquêtes peuvent aussi trouver leur origine dans les activités de recherche et les activités répressives classiques visant à déterminer les lieux où des actes de corruption sont susceptibles d'être commis. Les autorités américaines utilisent les statistiques qui ont été compilées et les informations qu'elles recueillent dans le cadre des affaires, passées ou présentes, relevant du FCPA pour connaître les tendances et les modèles des comportements justifiant l'ouverture d'une enquête. Elles mènent en outre à bien des enquêtes sectorielles coordonnées, ciblées sur un secteur ou marché donné. Les autorités américaines estiment que le recours à ces outils volontaristes permet aux autorités de tutelle de devancer l'évolution de la situation et de lutter contre la corruption sans perdre de temps. Les autorités américaines n'ont pas fourni de statistiques sur les différentes sources des enquêtes, compte tenu de la nécessité de protéger ces sources ainsi que leurs méthodes d'investigation, mais confirment qu'aucune d'elles n'est, à elle seule, majoritaire.

21. Le nombre d'actions répressives engagées en application du FCPA devrait augmenter dans un avenir proche. À l'heure actuelle, on dénombre aux États-Unis plus de 150 enquêtes pénales et 80 enquêtes civiles en cours relevant du FCPA¹⁵. Les autorités américaines ont récemment annoncé qu'elles allaient lancer de nouvelles initiatives, comme des enquêtes concernant des secteurs spécifiques (« enquêtes ciblées » ou « enquêtes sectorielles coordonnées ») et mettre davantage l'accent sur les poursuites à l'encontre des personnes physiques, en plus de celles visant les personnes morales. Ces efforts aboutiront sans doute à un plus grand nombre de poursuites et de condamnations.

Commentaire

Les examinateurs saluent l'importante action répressive des États-Unis qui s'est régulièrement renforcée depuis la Phase 2. Les affaires concernent différents secteurs d'activité et différents modes de corruption d'agents publics étrangers. Durant la même période, cette action répressive a également abouti à un alourdissement des sanctions financières et à un renforcement des actions de restitution dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers.

¹³ Le *False Claims Act* [Loi sur les fausses déclarations] (31 U.S.C. § 3729-3733) autorise toute personne à intenter une action en justice, appelée « *qui tam action* », contre les sous-traitants de l'État fondée sur le fait que le sous-traitant a commis une fraude à l'encontre de l'État. La personne portant l'action en justice a droit, en récompense, à une fraction des fonds récupérés.

¹⁴ Pour un examen des sources d'allégations, voir aussi la Partie B.1.e.i.

¹⁵ Bon nombre d'entre elles sont des enquêtes parallèles, pénales et civiles, concernant le même acte répréhensible présumé.

En outre, les examinateurs estiment que le bilan des actions répressives menées par les États-Unis en application du FCPA, y compris les résumés d'affaires pour la période de 1998 à 2010 et les jugements rendus par les tribunaux, fournit un excellent recueil de pratiques qui peut servir de ressources précieuses pour les autres pays, Parties ou non à la Convention, concernant : 1) les modes opératoires utilisés pour la corruption transnationale et 2) les procédures répressives engagées par les autorités américaines et leurs résultats.

B. MISE EN ŒUVRE ET APPLICATION DE LA CONVENTION ET DE LA RECOMMANDATIONS DE 2009 PAR LES ÉTATS-UNIS

1. Enquêtes et poursuites en cas d'infractions de corruption transnationale

a) Introduction

22. Aux termes du Paragraphe V de la Recommandation de 2009, les pays Membres devraient s'engager à réexaminer périodiquement leurs lois de mise en œuvre de la Convention, mais aussi « leurs modalités d'application afin de lutter efficacement contre la corruption internationale d'agents publics étrangers ».

23. Le nombre élevé d'actions répressives relevant du FCPA engagées par le DOJ et la SEC est analysé en divers endroits du présent rapport, ainsi que leur récente augmentation. Il est incontestable que les États-Unis traitent la corruption d'agents publics étrangers comme une priorité importante et que cela s'est traduit par une application énergique de la loi. Le nombre d'actions répressives a nettement augmenté ces dernières années. Le nombre de poursuites est ainsi passé de 4.6 par an de 2001 à 2005 à 18.75 par an de 2006 à 2009. L'Annexe 4 du présent rapport présente une ventilation statistique complète des actions répressives engagées aux États-Unis.

24. Cette Partie du rapport est avant tout consacrée à la manière dont les États-Unis ont réussi à atteindre un niveau record d'actions répressives, notamment grâce à l'évolution récente des enquêtes et poursuites engagées en cas d'infraction au FCPA. Les dernières évolutions y sont examinées, comme celles concernant, par exemple, les sources des allégations et le recours aux accords de suspension des poursuites (ASP) et d'abandon des poursuites (AAP). Le recours à ces accords étant analysé en détail dans la partie du présent rapport consacrée aux sanctions, la partie B se concentre sur leur valeur dissuasive. Les auteurs réexaminent en outre le caractère adéquat du délai de prescription, une question qui avait été mise en exergue, lors de la Phase 2, comme méritant d'être examinée plus avant, ainsi que la politique et la pratique des États-Unis en cas de procédure parallèle engagée dans d'autres pays. Cette partie du rapport permet d'étudier par ailleurs les raisons justifiant le classement des enquêtes et le rejet des poursuites, y compris la manière dont le système juridique américain assure que, conformément à l'Article 5 de la Convention, « les considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause » n'ont pas d'influence sur les décisions d'engager des enquêtes et des poursuites aux États-Unis.

25. Cette partie du présent rapport s'ouvre sur une description actualisée des missions et responsabilités respectives du DOJ, de la SEC et du FBI en matière d'application du FCPA et sur une évaluation des questions restées en suspens après la Phase 2 concernant la compilation de statistiques à cet égard ainsi que sur la nécessité d'une déclaration d'action claire du gouvernement américain sur les

priorités qui doivent être celles du DOJ et de la SEC lorsque des poursuites sont engagées en application de ce texte de loi.

b) Missions et responsabilités du DOJ, de la SEC et du FBI

26. Trois organismes publics sont principalement chargés d'engager des actions répressives en application du FCPA : le DOJ, la SEC et le FBI. Chacun des trois possède désormais une unité spécialisée traitant exclusivement des affaires qui en relèvent.

27. Le Service des fraudes de la Direction des affaires pénales du DOJ, basé à Washington, D.C., est l'instance chargée de toutes les poursuites pénales et des procédures civiles à l'encontre des non-émetteurs aux termes du FCPA¹⁶. Il a mis en place, en 2006, une unité chargée de l'application du FCPA pour gérer les poursuites, les avis publiés, l'évolution de l'action des différents organismes et l'éducation du public. Cette unité est composée d'un vice-directeur, de deux directeurs adjoints et d'un certain nombre de substituts du procureur. Certains procureurs, attachés au Service des fraudes mais ne faisant pas partie de cette unité, traitent aussi, à temps partiel, certaines affaires relevant du FCPA. Au total, le Service des fraudes compte de 12 à 16 procureurs en équivalent temps plein qui s'occupent de ces affaires. L'objectif est de porter leur nombre à 25. Des procureurs venant de parquets locaux des États-Unis peuvent apporter leur aide aux procureurs de la Direction des affaires pénales dans certaines affaires.

28. Le Federal Bureau of Investigation (FBI) mène des enquêtes pénales en cas d'infraction au FCPA sous l'égide de la Direction des affaires pénales du DOJ. En 2008, le FBI a mis en place l'International Corruption Unit (ICU) [unité chargée de la corruption internationale] afin de superviser le nombre croissant d'enquêtes portant sur des affaires de corruption et de fraude trouvant leur origine à l'étranger. Au sein de l'ICU, le FBI a en outre mis en place une brigade dévolue au FCPA basée dans son bureau local de Washington, D.C. Celle-ci est chargée de mener des enquêtes ou d'apporter son concours aux autres unités du FBI enquêtant dans le cadre d'affaires relevant du FCPA. Cette brigade est composée d'un agent spécial principal, de 12 agents spéciaux, d'un analyste et d'un agent de soutien administratif. L'ICU dispense en outre, à l'échelon national, des formations consacrées aux enquêtes relevant du FCPA aux agents du FBI et d'autres organismes répressifs publics.

29. La Direction des affaires opérationnelles de la SEC est chargée de l'application civile du FCPA aux « émetteurs »¹⁷. Aux termes du FCPA, un émetteur désigne, à quelques exceptions près, toute personne qui émet ou propose d'émettre des titres quels qu'ils soient¹⁸. La SEC peut demander aux tribunaux de prononcer une injonction, une sanction civile ou la restitution des gains mal-acquis, ainsi que le paiement de dommages-intérêts avant jugement à l'encontre d'un émetteur et des personnes agissant pour le compte de celui-ci en cas d'infraction aux dispositions du FCPA sur la lutte contre la corruption, sur les livres et états comptables et sur les contrôles internes. En janvier 2010, la Direction des affaires opérationnelles a mis sur pied une unité spécialisée chargée de l'application du FCPA, composée d'environ 30 procureurs. En dehors de cette unité, la SEC s'appuie en outre sur d'autres procureurs-enquêteurs ou substituts du procureur qui s'occupent d'autres affaires relevant aussi du FCPA. L'unité FCPA dispose également, en propre, d'experts, de comptables et d'autres ressources comme des sessions de formation spécialisées, des technologies de pointe et une ligne de frais de déplacement afin de pouvoir rencontrer les représentants des autorités de tutelle et les témoins à l'étranger.

¹⁶ USAM 9-47.110 et 9-47.130

¹⁷ 15 U.S.C. § 78u, USAM 9-47.130

¹⁸ 15 U.S.C. § 78C

30. La possibilité d'une coïncidence des actions pénales et civiles intentées à l'encontre de l'émetteur dans une même affaire rend la coordination indispensable. Cette coordination commence dès le début d'une enquête. Ainsi, le DOJ et le FBI peuvent être chargés de recueillir des informations au moyen de poursuites pénales et de demandes officielles d'entraide judiciaire tandis que la SEC peut recueillir des éléments de preuve auprès des autorités de tutelle des marchés financiers à l'étranger en concluant avec elles des protocoles d'accord. Les preuves recueillies peuvent ensuite être échangées entre les différentes autorités chargées des affaires pénales. La coordination a également lieu au moment de l'ouverture ou du règlement des poursuites, par exemple du fait que l'existence d'une procédure ou de sanctions au civil ont une incidence sur la décision d'engager ou non une action au pénal et sur le niveau des sanctions qui serait approprié en cas de règlement. De nouvelles bases de données compilant les affaires décrites plus loin renforcent également la coordination.

31. Les examinateurs notent que les États-Unis ont consacré d'importantes ressources à la mise en œuvre du FCPA. La mise en place d'unités spécialisées au sein du DOJ, de la SEC et du FBI permet de réaliser des économies d'échelle, de concentrer les compétences et de se prémunir contre toute incohérence dans l'approche retenue. Cela est particulièrement essentiel en raison de la complexité des affaires relevant du FCPA et de la règle selon laquelle toutes les affaires de cette nature doivent être traitées centralement par le Service des fraudes du DOJ et par l'unité FCPA de la SEC. Dans le même temps, les équipes chargées des enquêtes et des poursuites mêlent souvent les procureurs et enquêteurs de ces unités à d'autres venus des bureaux locaux. Cela permet d'utiliser les ressources avec souplesse et de mettre à profit les compétences locales, tout en préservant la coordination et la supervision centralisée des affaires.

32. Le DOJ et la SEC font aussi appel à leur Direction des affaires internationales respective qui leur apporte chacune son concours dans les enquêtes concernant le FCPA. Du fait qu'un grand nombre de documents, de dossiers bancaires et de témoins se trouvent à l'étranger, le DOJ et la SEC se heurtent à de nombreux obstacles juridiques et politiques dans le cadre des enquêtes et poursuites concernant des infractions au FCPA. Les Directions des affaires internationales apportent leurs compétences en matière de traitement des demandes formulées dans le cadre des conventions d'entraide judiciaire, du Protocole d'accord multilatéral et d'autres mécanismes de collecte de documents (voir plus loin la section consacrée à la coopération internationale). Elles procurent en outre des compétences et dispensent des conseils sur le traitement des questions relatives à la protection des données et autres difficultés concernant les demandes déposées par les États-Unis en vue de recueillir des preuves de corruption.

Commentaire

Dans l'ensemble, l'approche retenue par les États-Unis pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers a donné lieu à un nombre important d'actions répressives. Les examinateurs relèvent en particulier que depuis la mise en place, par le Service des fraudes du DOJ, d'une unité FCPA spécialisée en 2006, le nombre d'actions répressives a nettement augmenté. Ils notent que la création en 2008 de l'unité internationale anti-corruption du FBI a renforcé cette évolution. La mise sur pied d'une unité FCPA spécialisée au sein de la Direction des affaires opérationnelles de la SEC devraient encore renforcer les efforts déployés par les États-Unis pour faire respecter ce texte de loi. L'affectation de ressources spécifiques et la spécialisation des missions des autorités répressives en matière de lutte contre la corruption aux États-Unis témoignent de l'importante priorité que ce pays accorde à cette question.

c) Questions en suspens de la Phase 2

33. La recommandation formulée lors de la Phase 2 concernant la nécessité d'établir des statistiques exhaustives relatives aux poursuites a été pleinement mise en œuvre. Les États-Unis ont de fait compilé des statistiques exhaustives qu'ils ont présentées dans les réponses qu'ils ont faites au questionnaire de

Phase 3. Ces données seront rendues publiques une fois le rapport de Phase 3 finalisé. Ces statistiques font ressortir le nombre d'actions intentées à l'encontre de personnes physiques et morales, la nature des accusations portées, l'état d'avancement des actions engagées et les cas où les poursuites ont donné lieu à une reconnaissance de culpabilité, à une condamnation ou à un acquittement. Des statistiques de cette nature sont compilées à la fois pour les personnes physiques et pour les personnes morales et pour les actions au pénal et les actions au civil. Les autorités américaines ont également présenté des tableaux exposant la nature des sanctions imposées aux personnes physiques et morales. Pour les personnes physiques, le tableau correspondant fait apparaître si la sanction a été allégée en cas de coopération. Pour les personnes morales, le tableau correspondant fait apparaître si un arrangement a été conclu dans le cadre d'une transaction pénale, d'un ASP ou d'un AAP. Il indique en outre si l'intervention d'un contrôleur d'entreprise a été nécessaire dans le cadre de l'accord conclu et si d'autres sanctions pécuniaires, comme la restitution des produits de l'infraction et des sanctions civiles, ont été imposées. Les informations sont en outre ventilées pour faire apparaître les malversations comptables ou les faits de blanchiment de capitaux. Des statistiques relatives au nombre d'enquêtes en cours sont également fournies.

34. Les autorités américaines ont également mis en place des mécanismes devant permettre un suivi efficace en interne et une évaluation des efforts de mise en œuvre du FCPA. La Direction des affaires opérationnelles de la SEC tient à jour une base de données informatisée de toutes les enquêtes et actions répressives enregistrées et l'unité FCPA du Service des fraudes du DOJ une base de données du bilan de ses actions, contenant notamment des informations précises sur les actions qui y sont enregistrées comme le nom des prévenus, les faits concernés, les accusations de fond et les réparations pécuniaires. Le Service des fraudes du DOJ tient également à jour un système de suivi des affaires, non accessible au public, qui permet de suivre l'état d'avancement de toutes les enquêtes officiellement ouvertes. De la même manière, le FBI recense les enquêtes relevant du FCPA qu'il a ouvertes au moyen d'une Classification des affaires qui peut être consultée pour compiler des statistiques permettant d'évaluer périodiquement les actions répressives qu'il a menées. Le DOJ procède périodiquement, avec le concours de procureurs, au réexamen des affaires afin d'évaluer l'état d'avancement des enquêtes et des poursuites, ainsi qu'à des fins de planification stratégique.

35. La recommandation formulée lors de la Phase 2 de faire une déclaration publique précisant les priorités actuelles en matière de mise en œuvre du FCPA se fondait sur l'absence de statistiques et de documentation objectives facilitant la gestion des affaires et l'affectation des ressources. Au vu des statistiques relatives à la mise en œuvre du FCPA compilées depuis la Phase 2 aux fins d'assurer un suivi et une évaluation des affaires, on peut conclure que les défaillances ayant motivé cette recommandation ont été corrigées. En outre, les autorités américaines ont expliqué aux examinateurs de quelle manière elles ont utilisé ces informations pour affecter les ressources et établir des priorités entre les affaires, analyser l'évolution et la structure de l'infraction de corruption et comprendre les actes de corruption commis dans certains secteurs d'activité. Selon les examinateurs, la recommandation relative à l'absence de « déclaration publique précisant les priorités en matière de mise en œuvre du FCPA » n'a plus de raison d'être compte tenu du nombre de déclarations publiques faites, par de hauts fonctionnaires notamment, sur la priorité que représente la mise en œuvre du FCPA et le signal clair qu'adresse l'importante action répressive quant à la priorité donnée par les autorités américaines à la lutte contre la corruption transnationale.

Commentaire

Les examinateurs se félicitent de constater que les États-Unis ont compilé des statistiques exhaustives sur la mise en œuvre du FCPA, et que les autorités en font un très large usage pour faciliter la gestion des affaires et l'affectation des ressources. Les examinateurs estiment en outre que la Recommandation formulée durant la Phase 2 relative à une déclaration publique précisant les priorités actuelles en matière de mise en œuvre du FCPA n'a plus de

raison d'être compte tenu des déclarations successives qui ont été faites et de la série de mesures qui ont été prises depuis la Phase 2. En conclusion, ils estiment que les deux questions qui étaient encore en suspens après la Phase 2 ont été pleinement mises en œuvre.

d) Délai de prescription

36. Les actions au civil et au pénal relevant du FCPA doivent être intentées dans les cinq ans suivant la commission de l'infraction. Ce délai de prescription peut être prolongé dans certains cas. Il est à noter qu'il ne s'applique pas aux personnes fuyant la justice. Le délai de prescription est également prolongé (autrement dit suspendu) pour trois ans si le ministère public a officiellement sollicité auprès d'un pays étranger la preuve d'une infraction se trouvant dans ce même pays. Il recommence à courir dès que l'État sollicité statue définitivement sur la demande. Si les autorités américaines lui adressent des demandes ultérieures ou de suivi, le délai de prescription est à nouveau prolongé, mais le total des périodes de suspension ne peut excéder trois ans¹⁹. Dans la pratique, les parquets demandent et obtiennent régulièrement la prolongation du délai de prescription dans les affaires relevant du FCPA²⁰. Dans de nombreuses affaires de cette nature, le délai de prescription peut être prolongé jusqu'à huit ans à compter de la commission de l'infraction.

37. Dans certaines affaires relevant du FCPA, le délai de prescription est encore prolongé. Les pots-de-vin étant généralement versés de manière échelonnée, le délai ne commence à courir qu'à partir du moment où le dernier versement a été effectué²¹. Une technique similaire consiste à engager des poursuites pour complot visant à commettre un acte de corruption transnationale. Le délai de prescription commence alors à courir à partir de la commission du dernier acte manifeste commis en vue du complot et non au moment où l'entente a été formée à l'origine²². Cela étant, dans de tel cas, seul le complot peut faire l'objet de poursuites et non l'infraction fondamentale sous-jacente si, pour cette infraction, le délai de prescription a expiré. Une enquête peut donc également avoir pour objet d'obtenir un agrément en vue de prolonger le délai de prescription.

38. Le délai de prescription n'a pas la même incidence pour la SEC que pour le DOJ. Il n'empêche pas la SEC d'intenter une action en vertu des dispositions du FCPA sur la lutte contre la corruption, sur les livres et états comptables ou sur les contrôles internes. Il n'a pas non plus d'incidence sur la capacité de la SEC à obtenir la restitution des biens mal acquis et des dommages-intérêts avant jugement. Il peut cependant en avoir une sur sa capacité à obtenir une sanction civile. À l'instar du DOJ, la SEC obtient généralement des agréments pour prolonger le délai de prescription.

39. Dans le passé, le Groupe de travail a examiné si le délai de prescription prévu aux termes du FCPA était adéquat. Lors de l'examen de Phase 2 qui a eu lieu en 2002, puis de nouveau en 2005, les représentants du DOJ lui avaient assuré que, si la durée de cinq ans était « susceptible » de donner lieu à des problèmes dans l'avenir, le délai de prescription applicable n'en était pas moins suffisant. Ils ont en outre fait remarquer que le délai de cinq ans, qui peut être prolongé jusqu'à trois ans (pour recueillir des

¹⁹ 18 U.S.C. §§ 3282, 3290 et 3292.

²⁰ OCDE (2002), *Rapport de Phase 2 : États-Unis*, paragraphe 95.

²¹ OCDE (2002), *Rapport de Phase 2 : États-Unis*, paragraphe 96.

²² *États-Unis contre Kissel*, 218 U.S. 601, 607 (1910) ; *États-Unis contre Pizzonia*, 577 F.3d 455, 465 (2d Cir. 2009); *Grunewald v. United States*, 353 U.S. 391, 396 ; voir aussi Congressional Research Service (2007), « Statutes of Limitation in Federal Criminal Cases: An Overview » [Délai de prescription dans les affaires pénales fédérales : tour d'horizon], pp. 11-14.

éléments de preuves à l'étranger), était applicable à toutes les infractions fédérales non capitales²³. Cela étant, dans la réponse qu'elles ont donnée sur ce point dans le questionnaire de Phase 3, les autorités américaines ont précisé que le délai de prescription « peut soulever des difficultés lorsque les actes répréhensibles sont complexes, bien dissimulés et concernent plusieurs pays ». Les problèmes que posent les enquêtes parallèles (voir plus loin) peuvent aussi occasionner d'importants retards. Lors de la mission sur place, certains participants ont également exprimé des préoccupations sur le délai de prescription prévu aux termes du FCPA tandis que d'autres étaient satisfaits du dispositif en vigueur.

40. L'absence de statistiques déjà évoquée sur le nombre d'affaires relevant du FCPA prescrites rend cette question difficile à apprécier. Les autorités américaines n'ont pu fournir aucun chiffre à ce sujet lors de l'examen de Phase 2 ni, à nouveau, lors de la Phase 3. Quoi qu'il en soit, depuis la Phase 2, les poursuites ont été abandonnées, dans au moins une affaire au moins, au motif de l'expiration du délai de prescription²⁴. Une autre affaire a dû être renvoyée devant les autorités d'un autre pays à des fins d'enquête, car les faits présumés de corruption avaient été commis il y a plus de cinq ans.

41. Par rapport à d'autres infractions économiques, il pourrait être justifié de prolonger le délai de prescription dans les affaires de corruption transnationale. Pour la plupart des infractions fédérales non capitales, le délai de prescription est de cinq ans. Il est cependant de dix ans pour de nombreuses catégories de fraudes, de vol et de détournement de fonds à l'échelon fédéral²⁵, de sept ans pour les fraudes majeures commises à l'encontre des États-Unis²⁶ et de six ans pour les infractions fiscales²⁷. Étendre le délai de prescription à huit, voire à dix ans dans les affaires de corruption ne paraît pas excessif par rapport à ce qui est prévu pour d'autres délits économiques.

Commentaire

Les examinateurs relèvent que le délai de prescription de cinq ans a abouti dans certains cas à l'abandon des poursuites pénales en vertu du FCPA ou à leur transfert dans d'autres pays. La durée de ce délai de prescription pour la mise en application du FCPA pourrait donc bien ne plus être adéquate. Comme l'a noté le Groupe de travail lors de la Phase 2, compte tenu de la complexité croissante des techniques déployées pour verser et dissimuler les pots-de-vin, il peut se trouver que les infractions de corruption transnationale puissent ne pas être détectées

²³ OCDE (2002), Rapport de Phase 2 : États-Unis, paragraphe 96 OCDE (2005), Rapport de suivi écrit : États-Unis Phase 2, paragraphe 13.

²⁴ États-Unis contre Kozeny, et al., 493 F. Supp. 2d 518 (S.D.N.Y. 2007) et 493 F. Supp. 2d 693 (S.D.N.Y. 2007) ; confirmé par la Cour d'appel, Deuxième circuit, No. 07-3107-cr (29 août 2008).

²⁵ Par exemple, le vol, le détournement de fonds ou le détournement de fonds par un cadre ou salarié de banque (18 U.S.C. § 656) ; le détournement de fonds par des cadres ou salariés d'une institution de prêt, de crédit ou d'assurance (18 U.S.C. § 657) ; les fraudes portant sur des inscriptions, des rapports ou des opérations bancaires (18 U.S.C. § 1005) ; les fraudes portant sur des inscriptions, des rapports ou des opérations d'institutions de crédit fédérales (18 U.S.C. § 1006) ; les fraudes portant sur les opérations de l'organisme fédéral d'assurance-dépôt (FDIC) (18 U.S.C. § 1007) ; les fraudes portant sur les demandes de prêts et de crédit en général ; les renouvellements et les rabais ; l'assurance récoltes (18 U.S.C. § 1014) ; les infractions commises par ou impliquant des personnes travaillant dans le secteur de l'assurance (18 U.S.C. § 1033) ; la fraude bancaire (18 U.S.C. § 1344) ; la fraude postale touchant une institution financière (18 U.S.C. § 1341) ; la fraude électronique touchant une institution financière (18 U.S.C. § 1343) et les infractions à la Loi RICO contre le crime organisé impliquant une fraude bancaire (18 U.S.C. § 1963).

²⁶ 18 U.S.C. § 1031

²⁷ 26 U.S.C. § 6531

pendant de nombreuses années²⁸. En outre, l'augmentation constante du nombre d'affaires relevant du FCPA que le DOJ doit prendre en charge peut aussi avoir pour effet d'allonger le délai nécessaire pour faire aboutir une enquête et des poursuites. Les examinateurs recommandent donc aux États-Unis de veiller à ce que le délai de prescription global applicable à l'infraction de corruption transnationale soit suffisant pour mener à bien, comme il se doit, les enquêtes et les poursuites. Ils recommandent en outre au Groupe de travail d'examiner prioritairement, en tant que question horizontale, le caractère adéquat du délai de prescription.

e) Évolutions récentes des enquêtes et des poursuites en cas d'infraction au FCPA

(i) Sources des allégations

42. Les allégations d'infractions au FCPA proviennent de toutes sortes de sources. Cette partie du rapport permet de faire le point sur quelques unes des principales d'entre elles. Selon le DOJ, les signalements spontanés sont à l'origine d'une fraction significative d'enquêtes, sans en constituer toutefois la majorité. Nombre d'actions répressives engagées en application du FCPA, y compris celles d'entre elles qui ont fait l'objet d'un règlement dans le cadre d'un ASP, ont fait suite à des signalements spontanés. Les signalements spontanés sont encouragés par les lignes directrices gouvernant l'action des autorités américaines, comme les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises du DOJ et les Lignes directrices sur la détermination de la peine [*U.S Sentencing Guidelines*]. Selon ces instructions, les autorités américaines doivent tenir compte du fait qu'une entreprise a effectué ou non un signalement spontané lorsqu'elles prennent la décision d'engager des poursuites, de conclure un règlement ou d'imposer une sanction. D'après une organisation non gouvernementale (ONG), les incitations à effectuer de tels signalements pourraient être encore plus fortes s'il était davantage précisé, dans les termes des règlements conclus, que le signalement spontané a eu une incidence sur le règlement négocié. Cette ONG a également défendu l'idée que les autorités devraient publier des lignes directrices sur les avantages auxquels donne lieu un signalement spontané et sur les modalités d'obtention de ces avantages.

43. En tout état de cause, les entreprises estiment qu'il est de leur intérêt de se montrer coopératives et semblent davantage disposées à conclure un règlement quand elles ont effectué un signalement spontané. Si certaines entreprises signalent d'elles-mêmes les infractions au FCPA, d'autres ne le font pas. Les représentants d'entreprises du secteur des industries extractives ont expliqué qu'il était très courant qu'une entreprise découvre une infraction au FCPA isolée et la signale spontanément aux autorités. Le DOJ ou la SEC lui demande ensuite d'enquêter plus avant sur l'infraction pour savoir si l'acte répréhensible est généralisé et s'il est aussi commis en d'autres endroits. Dans certains cas, l'acte est généralisé et fait alors l'objet d'une enquête officielle du DOJ et de la SEC. Dans d'autres, l'acte est circonscrit et aucune autre infraction n'est détectée. Certaines entreprises peuvent trouver ce processus lourd et onéreux et tenter de régler l'affaire sans qu'il y ait d'enquête officielle. Cela étant, le DOJ et la SEC font savoir qu'avant de finaliser les négociations en vue d'un règlement, elles imposent aux entreprises de mener leur propre enquête jusqu'à son terme.

44. Le DOJ partage l'avis qu'il est tout à fait dans l'intérêt d'une entreprise de se montrer coopérative. Une fois qu'une entreprise a fait un signalement spontané, elle est fortement incitée à fournir aux autorités toutes les informations utiles qui seront examinées de près par le DOJ. La SEC vérifie elle aussi avec soin l'authenticité des informations qui lui ont été fournies dans le cadre d'une enquête portant sur une infraction au FCPA. Si le DOJ craint que l'enquête interne menée par l'entreprise ne donne pas lieu à une divulgation effective d'informations, il recourt alors aux méthodes d'enquêtes traditionnelles pour la

²⁸

Rapport de Phase 2 : États-Unis, Commentaire faisant suite au paragraphe 96.

mener à son terme. Le DOJ souligne que l'obstruction à une enquête peut nettement alourdir une sanction aux termes des Lignes directrices sur la détermination de la peine.

45. Les mesures volontaristes en matière d'enquêtes prises par le DOJ et la SEC, comme les enquêtes sectorielles coordonnées (*industry-wide sweeps*) peuvent aussi donner lieu à des informations aboutissant à des poursuites. En novembre 2009, Lanny Breuer, sous-Procureur général, a annoncé l'ouverture d'une enquête coordonnée concernant le secteur pharmaceutique. Une enquête menée dans le secteur des équipements médicaux a également fait l'objet d'un débat public. Les affaires « Pétrole contre Nourriture » ont donné lieu à une enquête coordonnée portant sur des entreprises ayant versé des commissions occultes au gouvernement irakien dans le cadre du programme des Nations Unies « Pétrole contre Nourriture ». Cette enquête coordonnée a été très efficace et plus d'une quinzaine d'entreprises ont été mises en accusation à ce jour.

46. Ces enquêtes peuvent débiter par l'envoi coordonné de courriers ou « *sweep letters* » sollicitant la coopération volontaire des membres du secteur. Si une entreprise choisit de ne pas y répondre, le DOJ et la SEC envisagent de lui adresser une injonction pour la contraindre à produire les documents utiles et à laisser témoigner les personnes concernées. Ces derniers temps, la SEC a annoncé qu'elle allait ouvrir un plus grand nombre d'enquêtes sectorielles coordonnées. Ce genre d'enquêtes permet au DOJ et à la SEC de développer des compétences spécialisées pour répertorier les agissements illégaux et engager des poursuites couvrant différents secteurs. En outre, du fait des relations croisées existant entre les divers membres d'un même secteur, une enquête concernant une entreprise peut ouvrir des pistes mettant en cause d'autres entreprises, y compris ses fournisseurs.

47. Des sources d'allégations plus classiques restent utiles, comme les signalements anonymes de la part de dénonciateurs. Ces signalements proviennent souvent de salariés en poste ou d'anciens salariés, de concurrents et d'autres personnes et sont analysés par le FBI qui en vérifie la véracité. Le DOJ met à disposition une ligne d'appel spécialement créée pour qu'une personne puisse signaler une infraction directement à son unité FCPA sous le couvert de l'anonymat. La SEC possède également une ligne d'appel réservée ainsi qu'une procédure précise pour analyser les renseignements, les plaintes et les signalements concernant les infractions au FCPA.

48. L'Article 922 de la Loi Dodd-Frank sur la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs, promulguée le 21 juillet 2010 par le Président Obama, modifie la Loi sur les opérations boursières de 1934. Elle prévoit dorénavant des mesures d'incitation et de protection des dénonciateurs qui communiquent à la SEC de nouvelles informations donnant lieu à une action répressive de l'autorité de tutelle²⁹. Les dénonciateurs qui peuvent y prétendre reçoivent une récompense représentant de 10 % à 30 % des sanctions pécuniaires imposées et collectées, y compris les sommes recueillies dans le cadre de poursuites connexes intentées par le DOJ, les autorités réglementaires, les organisations auto-réglementées et/ou dans le cadre d'affaires pénales intentées par le ministère de la Justice d'un État des États-Unis. La SEC est libre de fixer le montant de la récompense en se fondant sur les critères suivantes : (1) l'importance des informations fournies par le dénonciateur ; (2) l'ampleur de l'aide procurée ; (3) l'intérêt programmatique de la SEC et (4) les autres facteurs pertinents que la SEC peut définir. Ne peuvent prétendre à toucher une récompense : (1) les personnes qui ont été condamnées au pénal dans le cadre d'une action connexe ; (2) celles qui ont connaissance des informations par le biais d'une mission de vérification des états comptables et (3) celles qui ne présentent pas les informations sous la forme exigée par la SEC ou qui lui communiquent, en connaissance de cause, des informations fausses, fictives ou frauduleuses.

²⁹

Pour une analyse des mesures de protection des dénonciateurs, voir aussi la partie B.10.b.

49. Outre les incitations financières prévues par les modifications qu'apporte la Loi Dodd-Frank, ce texte prévoit aussi des mesures de protection pour les dénonciateurs qui fournissent des informations à la SEC. La Loi interdit ainsi aux employeurs de prendre, à leur encontre, des mesures de rétorsion. Les dénonciateurs faisant l'objet de représailles sont en droit d'être réintégrés à un poste de niveau équivalent à celui qu'ils occupaient avant d'avoir dénoncé l'infraction, au doublement de leurs arriérés de salaire assortis d'intérêts et à l'indemnisation, dans les limites du raisonnable, des frais d'avocat, de justice et d'expertise³⁰. Les autorités américaines estiment qu'avec ce nouveau texte législatif, le nombre de signalements d'infractions au FCPA devrait augmenter.

50. Les demandes d'entraide judiciaire adressées par des pays étrangers sont également une source d'allégations, dans une moindre mesure que les autres toutefois.

51. Le personnel des ambassades américaines est également une source important d'informations sur les infractions au FCPA. Le DOJ a cité des exemples d'enquêtes officielles qui ont été ouvertes sur la foi d'informations fournies par une ambassade et de saisines de services du ministère des Affaires étrangères et de l'organisme chargé de la promotion des échanges commerciaux. Dans l'une des affaires, l'ambassade a participé à tout le déroulement de l'enquête.

52. Les autorités américaines citent également d'autres sources, comme les informations relatives au blanchiment de capitaux provenant du réseau pour la répression de la délinquance financière [Financial Crimes Enforcement Network (FinCEN)], la cellule américaine de renseignements financiers et les pays étrangers ayant un certain lien avec les infractions au FCPA. Elles font remarquer que les informations provenant de pays étrangers sont davantage susceptibles d'être fournies dans un contexte multilatéral comme Eurojust, l'organisme de l'Union européenne chargé de renforcer l'entraide judiciaire. Elles estiment en outre que les réunions annuelles volontaires entre représentants des autorités répressives des pays de l'OCDE offrent une excellente occasion de rencontrer les homologues étrangers pour évoquer avec eux la pratique exemplaire qu'est le partage d'informations relatives aux allégations de corruption transnationale.

Commentaire

Les examinateurs relève que les autorités américaines ont pris, avec succès, les mesures qui s'imposaient suite aux allégations et informations relatives à des infractions au FCPA provenant de toutes sortes de sources, comme les signalements spontanés, les mesures volontaristes prises pour ouvrir des enquêtes telles que les enquêtes sectorielles coordonnées, les signalements anonymes effectués par des dénonciateurs, les demandes d'entraide judiciaire, le personnel des ambassades et les informations relatives au blanchiment de capitaux. La nouvelle législation fédérale qui contient des dispositions concernant la dénonciation des infractions devrait en outre renforcer la détection des violations du FCPA. Les examinateurs sont d'avis que le recours efficace à ces diverses sources d'information est l'une des principales raisons expliquant le nombre élevé d'actions répressives engagées en application du FCPA.

³⁰ La Loi Dodd-Frank a été adoptée pendant le déroulement du présent examen. La Commission dispose de 270 jours après la promulgation des modifications qu'elle apporte pour publier les règlements d'application définitifs des mesures d'incitation et de protection des dénonciateurs. Cela étant, les personnes qui communiquent des informations avant la date d'entrée en vigueur de ces règlements peuvent prétendre à toucher une récompense si elles respectent les obligations prévues par la loi.

(ii) *Impact des ASP et des AAP*

53. Du fait de l'importance croissante des accords de suspension des poursuites (ASP) et d'abandon des poursuites (AAP) dans les actions répressives du DOJ, les examinateurs ont voulu en savoir plus sur leur effet dissuasif. Les examinateurs ont également été informés du fait que la SEC avait l'intention de commencer, elle aussi, à recourir à ce type d'accords pour inciter les personnes physiques et morales à coopérer avec ses enquêteurs.

54. Il paraît assez évident que le recours à ces accords est l'une des raisons qui expliquent le nombre impressionnant d'actions engagées pour faire respecter le FCPA aux États-Unis. Cela étant, leur effet dissuasif réel n'a pas été quantifié, même si certaines entreprises ont parfois expliqué au DOJ que le recours à ce type d'accord les avait incitées à faire de la conformité au FCPA l'une de leurs principales priorités.

55. Deux organisations de la société civile ont demandé à ce que davantage d'études soient consacrées à l'identification de l'impact des AAP et ASP et, dans son rapport de décembre 2009 sur le recours aux AAP et aux ASP, le Government Accountability Office (GAO), chargé du contrôle des comptes publics, indiquait que le DOJ manquait d'indicateurs de performance pour évaluer la manière dont ces accords contribuent aux efforts déployés pour lutter contre la délinquance en col blanc.

Commentaire

Les examinateurs encouragent les États-Unis à faire part au Groupe de travail de toutes les informations concernant l'effet dissuasif des AAP et ASP sur la corruption d'agents publics étrangers qui seront disponibles après la publication du rapport 2009 du GAO.

f) *Raisons justifiant le classement des enquêtes et le rejet des poursuites*

56. Le DOJ a très utilement expliqué en termes généraux pourquoi, dans certains cas, les enquêtes sont classées ou les poursuites rejetées. En ce qui concerne le classement des enquêtes, la raison la plus courante est que : (1) des preuves crédibles ne sont pas disponibles aux États-Unis ou dans le pays où l'infraction de corruption d'un agent public étranger est présumée avoir eu lieu (par exemple lorsque les parties sont domiciliées dans d'autres pays), (2) les informations fournies aux autorités ne peuvent pas être vérifiées (par exemple lorsqu'il n'existe pas de preuves corroborant un article paru dans la presse) et/ou (3,..) lorsque le délai de prescription a expiré (par exemple lorsque le signalement fait par un dénonciateur concerne des actes présumés avoir été commis cinq ans plus tôt).

57. Les rejets des poursuites sont gouvernés par les Principes régissant les poursuites fédérales (pour les personnes physiques) et par les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises (pour les personnes morales). Jusque-là, de tels rejets ont été justifiés par : (1) l'absence de preuves crédibles et admissibles, (2) le défaut de compétence des tribunaux, (3) l'expiration du délai de prescription, (4) le fait que l'acte répréhensible n'ait pas constitué une infraction au FCPA et/ou (5) des circonstances atténuantes comme le signalement spontané d'une infraction, la réparation du préjudice, la coopération ou la portée limitée de l'acte répréhensible.

58. Les examinateurs se sont posé les questions suivantes concernant les rejets des poursuites dans des affaires relevant du FCPA : (1) comment le critère de « l'intérêt fédéral substantiel » défini dans les Principes régissant les poursuites fédérales a-t-il été appliqué ; (2) l'intérêt économique national a-t-il pu intervenir au nombre des facteurs à prendre en compte selon les Principes régissant les poursuites fédérales

à l'encontre des entreprises et (3) quelles règles s'appliquent-elles lorsqu'une affaire de corruption transnationale touche à la sécurité nationale³¹ ?

59. Les examinateurs se sont demandé si le critère de « l'intérêt fédéral substantiel » défini à l'article 9-27.230 (« Ouverture et rejet des poursuites – Intérêt fédéral substantiel ») des Principes régissant les poursuites fédérales était satisfait lorsque l'acte de corruption d'un agent public étranger par une personne morale ou physique américaine n'a pas lésé un concurrent américain. Le DOJ les a assurés qu'il peut y avoir un intérêt fédéral substantiel à engager des poursuites dans une affaire, même lorsqu'aucune entreprise américaine n'est lésée et a corroboré ses dires en faisant état de poursuites de grande ampleur engagées dans une affaire dans laquelle aucune partie américaine n'a été lésée.

60. Aux termes de l'article 9-28.300 (« Facteurs à prendre en compte ») des Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises, la décision du parquet de poursuivre ou non une entreprise, de négocier une transaction pénale ou un autre accord, peut tenir compte « des conséquences indirectes, notamment le fait de savoir si un préjudice disproportionné est causé aux actionnaires, aux bénéficiaires d'un plan de retraite, aux salariés et à des tiers innocents, ainsi que de l'impact des poursuites sur l'opinion publique ». Les examinateurs se sont demandé si ces facteurs pouvaient inclure l'intérêt économique national, ce qui est contraire à l'Article 5 de la Convention. Les autorités américaines les ont rassurés sur le fait qu'une décision fondée sur un « préjudice disproportionné » n'aurait pas pour effet un abandon des poursuites. Au lieu de cela, le DOJ examinerait avec soin la possibilité de recourir à un ASP ou à un AAP pour diminuer le préjudice éventuel causé à des tiers innocents. En outre, il appliquerait le même raisonnement si le « préjudice disproportionné » était causé à des personnes morales ou physiques non américaines.

61. Le United States Attorney's Manual (USAM) [Manuel à l'intention des procureurs] expose les mesures qui doivent être prises par les procureurs américains dans le cadre des enquêtes et poursuites impliquant des considérations de sécurité nationale, dont font partie des mesures de protection contre le recours abusif à ces considérations pour abandonner les poursuites. Aux termes du sous-Chapitre 9-2.111 (« Délai de prescription – Rejet des poursuites ») du Chapitre 9-2.000 (« Pouvoir du procureur des États-Unis dans les affaires relevant de la Direction des affaires pénales/Agréments préalables »), seul le sous-Procureur général, chargé de la Direction des affaires pénales, le Procureur général adjoint ou le ministre de la Justice peut autoriser le rejet des poursuites pour des raisons de sécurité nationale. En outre, le Service chargé de la sécurité intérieure de la Direction des affaires pénales doit être consulté lorsqu'un rejet des poursuites est possible pour des raisons de sécurité nationale.

62. Le Chapitre 9-90.000 de l'USAM sur la « Sécurité nationale », sous-chapitre 9-90.100 (« Politique générale relative aux poursuites engagées dans le cas d'infractions dirigées contre la sécurité nationale et d'autres infractions susceptibles de poser des questions de sécurité nationale ») prévoit des mesures de protection supplémentaires. Ce Chapitre dispose que, lorsque des questions de sécurité nationale se posent aux parquets dans le cadre d'infractions n'ayant pas en elles-mêmes de lien avec la sécurité nationale, le Coordinateur de la sécurité nationale/internationale du district doit en informer le chef du service du contre-espionnage. Celui-ci est chargé de s'assurer que le sous-Procureur général nommé pour l'affaire en question agit de manière conforme aux lignes directrices du DOJ relatives aux poursuites dans des affaires impliquant la sécurité nationale. En outre, le sous-chapitre 9-90.200 (« Politiques et procédures relatives aux affaires pénales impliquant des informations classifiées ») prévoit que dans les

³¹ Le Groupe de travail a examiné l'importance des considérations de sécurité nationale et autres questions politiquement sensibles entrant dans les décisions d'intenter des poursuites et d'ouvrir des enquêtes dans des rapports d'évaluation antérieurs et notamment le Rapport de Phase 2 consacré à l'Australie, le Rapport de Phase 2 consacré au Canada, le Rapport de Phase 1 consacré à l'Allemagne et le Rapport de Phase 2 bis consacré au Royaume-Uni.

affaires impliquant des informations classifiées, seul le ministre de la Justice, le Procureur général adjoint, le Procureur général associé ou le sous-Procureur général chargé de la Direction de la sécurité nationale peut autoriser le rejet des poursuites pour des raisons de sécurité nationale et que ces rejets doivent être justifiés dans un rapport présenté devant le Congrès.

63. Les autorités américaines ont confirmé qu'aucune enquête ou poursuites engagées dans le cas d'une infraction au FCPA n'avait été abandonné pour des considérations de sécurité nationale depuis la Phase 2. Elles n'ont pas non plus connaissance d'une telle décision avant la Phase 2. Elles ont souligné que lorsque des considérations de sécurité nationale entrent en compte dans une affaire relevant du FCPA, les enquêteurs et les procureurs consultent normalement régulièrement les organismes publics dont les intérêts peuvent être concernés ou auprès desquels des informations ou des éléments de preuve supplémentaires peuvent recueillis. Ils peuvent ainsi être amenés à consulter la Direction de la sécurité nationale du DOJ et d'autres autorités réglementaires comme les unités chargées des enquêtes et de la réglementation du Service chargé de l'application des lois relatives aux exportations du ministère du Commerce, du Service de contrôle des actifs étrangers du ministère du Trésor et du Bureau politique/militaire du ministère des Affaires étrangères. Lorsque des informations classifiées sont impliquées, les enquêtes et les poursuites doivent être menées conformément à la Loi sur les procédures impliquant des informations classifiées qui contient des dispositions régissant la production de tels éléments de preuve devant les tribunaux et leur communication, en tant que de besoin, aux avocats de la défense.

Commentaire

Les examinateurs se félicitent d'avoir eu confirmation, de la part des États-Unis, du fait que l'intérêt économique national n'est pas un facteur à prendre en compte dans les décisions relatives aux enquêtes et aux poursuites relevant du FCPA et que conformément aux « Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises », la décision des parquets de poursuivre une entreprise, de négocier une transaction pénale ou un autre accord tient également compte du préjudice éventuel causé à des tiers innocents dans toutes les affaires quelles qu'elles soient, y compris celles impliquant des personnes morales ou physiques non américaines.

g) Enquêtes ou procédures parallèles dans d'autres pays

64. En tant qu'infraction transnationale, la corruption d'agents publics étrangers donne parfois lieu à des enquêtes ou poursuites menées en parallèle dans plusieurs pays. Dans nombre de cas, les États-Unis ont pris des mesures pour mettre en application le FCPA tandis que le pays de l'agent public étranger corrompu a engagé des poursuites à son encontre et parfois contre le corrupteur. Un pays tiers, par exemple celui où le produit de l'infraction a été blanchi ou bien où le versement du pot-de-vin a été arrangé ou effectué, peut également intenter une action en justice. Cela étant, les autorités américaines précisent que dans de nombreux cas, le pays étranger a refusé ou s'est abstenu de prendre des mesures, même après qu'elles lui avaient présenté des éléments probants pour solliciter son aide.

65. Le fait que les États-Unis engagent une action malgré l'ouverture de poursuites concurrentes dans un pays étranger dépend des circonstances propres à l'affaire. Des poursuites ou une mise en accusation à l'étranger ne leur interdit pas en soi de le faire. Les tribunaux américains n'appliquent pas le principe du *ne bis in idem* (double incrimination) lorsque des poursuites sont engagées par un autre État souverain. Pour décider d'intenter ou non des poursuites du côté américain, les procureurs sont tenus de prendre en compte plusieurs facteurs comme la puissance des intérêts respectifs des États-Unis et de l'autre État, la capacité et la volonté de l'autre État d'engager des poursuites efficaces, la peine qui sera probablement prononcée en cas de condamnation et le fait que l'autre État ait ou non engagé des poursuites avant l'expiration du délai

de prescription aux États-Unis³². D'autres facteurs peuvent aussi être pris en compte : le lieu où l'agissement répréhensible a été commis, la nationalité et la localisation des prévenus et de leurs victimes, la localisation des éléments de preuve et des témoins, la possibilité de répartir les poursuites entre les différents États concernés, les retards pris par les poursuites, la mobilisation des moyens d'enquête. La décision de poursuivre n'est généralement prise qu'après consultation approfondie de l'autre État.

66. Les enquêtes et poursuites concomitantes peuvent être un avantage. Dans certains cas, les États étrangers ont simplement mis à la disposition des États-Unis, aux fins d'une mise en application du FCPA, les éléments ressortant des enquêtes qu'ils ont menées. Les États-Unis ont également agi de manière réciproque, par exemple, en communiquant spontanément des preuves à des États étrangers, en leur renvoyant des affaires dans leur intégralité et en demandant aux tribunaux de leur transmettre les éléments recueillis dans le cadre des grands jurys. Les États-Unis demandent aussi régulièrement aux parties à une transaction pénale, aux AAP et aux ASP de coopérer avec les autorités étrangères.

67. Les autorités américaines ont en outre fait savoir qu'elles ont, à de nombreuses reprises, pris l'initiative de coopérer avec les autorités étrangères, mais que la réciproque est rarement vraie. Les autorités américaines se sont dites déterminées à renforcer et à promouvoir encore cette coopération et cette coordination à travers des mécanismes tels que les réunions de responsables des autorités répressives organisées dans le cadre du Groupe de travail, qui offrent une excellente enceinte pour de telles discussions. Les États-Unis participent en outre à Eurojust et ont porté plusieurs affaires devant cette instance à des fins de coordination.

68. Cependant, les affaires parallèles peuvent aussi soulever des difficultés. Les complications sont généralement dues au fait que le droit américain diffère de celui de l'autre État concerné. Ainsi, dans une affaire, des négociations confidentielles en vue d'une transaction pénale ont été rendues publiques dans le cadre des poursuites engagées dans un autre pays. Dans le cas en question, les autorités américaines n'ont pas su que des informations confidentielles préjudiciables allaient être rendues publiques avant qu'il ne soit trop tard pour pouvoir protéger les intérêts américains et l'enquête en cours aux États-Unis. Une autre difficulté éventuelle peut être liée à l'impact du recours aux AAP et aux ASP aux États-Unis sur d'éventuelles actions répressives d'autres pays, selon que ces pays reconnaissent ou non ce type d'accords aux fins d'appliquer des mesures de protection contre la « double incrimination ». Dans un autre exemple, une entreprise a d'abord aidé les autorités américaines dans le cadre d'une enquête, avant de cesser toute coopération avec elles quand elle est devenue la cible d'une enquête dans un autre pays. En outre, selon les autorités américaines, certains pays hésitent à ouvrir des enquêtes et des poursuites en application de leur droit. Au lieu d'aider les États-Unis, ces pays font preuve d'une certaine lenteur. Beaucoup de temps peut aussi être perdu à comprendre les complexités du droit de chaque pays alors même que le délai de prescription aux États-Unis continue à courir. Comme le montrent les exemples cités, une enquête et/ou des poursuites ouvertes dans un pays peuvent souvent retarder ou compromettre le traitement d'une affaire dans un autre.

Commentaire

Les examinateurs se félicitent d'apprendre que les États-Unis tentent de favoriser une coopération étroite entre les autorités américaines et celles des autres pays et de favoriser une interaction régulière directe entre procureurs américains et étrangers et entre enquêteurs américains et étrangers. Ils considèrent cela essentiel à l'efficacité de la lutte contre la corruption à l'échelle mondiale et ils estiment que la coordination entre les pays sur les difficultés soulevées par les poursuites parallèles est un problème horizontal concernant aussi d'autres Parties à la Convention.

³²

USAM 9-27.240

2. Infraction de corruption transnationale

a) Introduction

69. La mise en œuvre du FCPA a été considérablement renforcée depuis l'examen de Phase 2 qui a eu lieu en octobre 2002. Même avant 2002, les États-Unis avaient engagé un plus grand nombre de poursuites dans des affaires de corruption transnationale que tout autre pays au monde. Ils ont donc une pratique importante sur laquelle se fonder pour exposer plus avant les modalités d'application de l'infraction de corruption d'un agent public étranger aux termes du FCPA.

70. La présente partie du rapport s'intéresse à deux questions restées en suspens au moment de la Phase 2 concernant les infractions de corruption transnationale aux termes du FCPA : (1) les États-Unis ont-ils envisagé de rédiger des lignes directrices se rapportant spécifiquement aux paiements de facilitation et (2) des lignes directrices adéquates concernant le moyen de défense des frais raisonnables et de bonne foi ont-elles été diffusées. Elle permet en outre d'étudier l'évolution du critère du « lien de marché » aux termes du FCPA et la définition de la notion « d'agent public étranger ». La question de l'application du FCPA aux possessions ou territoires américains à l'étranger – qui n'avait pas été traitée durant la Phase 2 – y est en outre analysée.

71. Les commentaires des examinateurs relatifs à l'infraction de corruption transnationale aux termes du FCPA visent à renforcer encore l'efficacité de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Commentaire

Le Paragraphe V de la Recommandation de 2009 recommande aux Parties à la Convention de réexaminer régulièrement leurs lois de mise en œuvre de la Convention anti-corruption de l'OCDE et leurs modalités d'application afin de lutter efficacement contre la corruption d'agents publics étrangers. Dans l'ensemble, la pratique de ces huit dernières années montre que la manière dont les infractions sont définies dans le FCPA est efficace. Dans un petit nombre de domaines, son efficacité pourrait être encore renforcée. Les États-Unis pourraient mettre à profit les observations à cet égard formulées dans le présent rapport dans le cadre d'un réexamen tel que celui envisagé au Paragraphe V.

b) Lignes directrices sur les paiements de facilitation³³

72. Lors de la Phase 2, le Groupe de travail recommandait aux États-Unis d'envisager l'élaboration d'instructions spécifiques concernant l'application de l'exception prévue par le FCPA au titre des paiements de facilitation (exception dite de l'« acte de routine d'un agent public »). Cette recommandation avait été formulée du fait qu'aucune ligne directrice relative à cette exception n'avait été publiée, et du fait de préoccupations exprimées par certains membres du secteur privé qui n'étaient pas sûrs du champ d'application de l'exception. Lors de la Phase 2, le Groupe de travail n'avait pas jugé que le « *Layperson's Guide to the Foreign Corrupt Practices Act* » [Guide d'initiation au FCPA] fournissait des instructions suffisantes sur cette question³⁴. Le DOJ a publié ce Guide, en lieu et place de lignes directrices officielles, sur de nombreux sites Internet et l'a largement diffusé auprès du secteur privé. Au moment de la Phase 2, il n'avait reçu aucune demande concernant cette exception par le biais de sa procédure de demande d'avis.

³³ Pour l'analyse des paiements de facilitation, voir aussi les Parties B.7.d et B.8 du présent rapport.

³⁴ Le *Layperson's Guide to the FCPA* peut être consulté à l'adresse suivante : www.justice.gov/criminal/fraud/fcpa/docs/lay-persons-guide.pdf

73. Le « *Lay-Person's Guide to the Foreign Corrupt Practices Act* » reproduit pour l'essentiel le texte de l'exception prévue par le FCPA ainsi que la définition de la notion d'« acte de routine d'un agent public ». Il recommande en outre de transmettre les questions concernant l'application de l'exception à un juriste ou d'envisager un recours à la procédure de demande d'avis sur les pratiques de corruption transnationale [Foreign Corrupt Practices Opinion Procedure] du DOJ. Le « *Criminal Resource Manual* » du DOJ [Manuel sur les ressources en matière d'affaires pénales]³⁵ propose la même description. Le DOJ confirme qu'aucune personne morale ou physique du secteur privé n'a jamais demandé d'avis³⁶ quant à l'application de l'exception prévue pour les paiements de facilitation. Selon les autorités américaines, cela confirme qu'il existe déjà des instructions suffisantes en ce qui concerne cette exception. Elles soulignent que le secteur privé n'invoque que rarement cette exception dans le cadre de poursuites et estiment que cela montre bien que, pour les praticiens du FCPA, l'interprétation de l'exception ne donne pas matière à équivoque. Elles soulignent en outre qu'elles examinent l'ensemble des paiements versés à des agents publics étrangers dans le cadre des enquêtes ouvertes au titre du FCPA, y compris les paiements de facilitation, pour déterminer s'ils constituent une exception au FCPA ou ne sont qu'une apparence destinée à dissimuler des infractions au FCPA et citent certaines affaires corroborant leurs dires³⁷.

74. L'exception prévue pour les paiements de facilitation aux termes du FCPA est plus précise que la définition de la notion de paiements de facilitation donnée au Commentaire 9 de la Convention, sauf qu'elle n'exige pas explicitement que les montants soient « petits ». Les commentaires formulés ici sur les instructions données par les autorités américaines concernant les paiements de facilitation ne portent donc pas sur l'observation de la Convention par les États-Unis, laquelle n'impose pas l'incrimination des petits paiements de facilitation. (Les aspects non pénaux des paiements de facilitation sont également examinés au point 7 du présent rapport consacré aux exigences comptables, à la vérification externe des comptes et aux programmes de contrôle de la conformité et de déontologie des entreprises ainsi qu'au point 8 consacré aux mesures fiscales visant à lutter contre la corruption.) Les commentaires de l'équipe d'examen sur les instructions sont plutôt formulés pour que les États-Unis en tiennent compte lorsqu'ils procéderont au réexamen régulier de leurs politiques en matière de paiements de facilitation et de leurs modalités d'application, conformément au Paragraphe VI.i de la Recommandation de 2009.

75. Même si les États-Unis avancent que l'interprétation de l'exception ne donne pas matière à équivoque pour les raisons déjà évoquées, Lanny Breuer, sous-Procureur général chargé de la Direction des affaires pénales du DOJ, a indiqué dans son discours de bienvenue adressé à l'équipe d'examen lors de la mission sur place que cette exception continuerait de faire l'objet d'un réexamen régulier, comme le recommande le Paragraphe VI de la Recommandation de 2009. Les autorités américaines prendront sans doute en compte les observations du secteur privé et des déontologues, succinctement présentées ci-dessous, dans le cadre de ce réexamen.

76. Les représentants de tous les secteurs d'activité ayant pris part aux discussions du panel lors de la mission sur place étaient d'avis que le champ d'application de l'exception prévue pour les paiements de facilitation prêtait à équivoque, notamment pour ce qui est de savoir quels types de décisions sont discrétionnaires ou non. Les politiques et pratiques concernant ces paiements varient, dans une certaine mesure, d'une entreprise représentée à l'autre, en fonction des facteurs de risque que sont par exemple le

³⁵ Le *Criminal Resource Manual* peut être consulté à l'adresse suivante : www.usdoj.gov/usao/eousa/foia_reading_room/usam/title9/crm01018.htm

³⁶ La procédure de demande d'avis sur le FCPA du DOJ permet aux émetteurs et aux citoyens américains qui se posent des questions d'obtenir un avis du Ministre de la Justice (Attorney General) pour savoir si certains actes précis, futurs – mais non hypothétiques – sont conformes à la politique actuelle du DOJ concernant les dispositions anti-corruption du FCPA.

³⁷ Voir, entre autres, les affaires suivantes impliquant de petits paiements : *Helmerich & Payne, États-Unis contre Kay, UTStarcom, Natco Group Inc., Veraz Networks, et Avery Dennison Corp.*

secteur d'activité concerné et la localisation des activités. Cela étant, les représentants des différents secteurs – aérospatiale et défense, industries extractives, services financiers, construction et secteur manufacturier – ont presque tous demandé l'élaboration d'instructions supplémentaires en ce qui concerne le champ d'application de l'exception prévue pour les paiements de facilitation. Tous les déontologues, à l'exception d'un seul, estimaient eux aussi que des instructions supplémentaires étaient nécessaires. La société civile s'est aussi fait l'écho de cette demande tout en saluant, dans le même temps, les récentes déclarations publiques des autorités américaines précisant sans équivoque que ces paiements ne sont pas tolérés et que les entreprises doivent prendre des mesures pour y mettre un terme.

77. Les fréquentes sollicitations de paiements de facilitation par les agents publics étrangers, notamment les agents des douanes, et pour l'exécution de contrats d'exploitation ou d'entretien, est un autre problème qui a été soulevé à plusieurs reprises par les représentants du secteur privé. Ceux-ci ont en outre expliqué que la mise en application lacunaire des législations étrangères interdisant ces paiements était un problème important. Selon une organisation de la société civile, il faut inciter les pays concernés à renforcer leur action répressive en la matière, en appliquant, par exemple, la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC).

Commentaire

Les examinateurs félicitent les autorités américaines pour les mesures qu'elles ont prises ces derniers temps en vue de se conformer à la Recommandation anti-corruption de 2009 afin d'inciter les entreprises à proscrire ou à décourager le recours aux paiements de facilitation. Cela étant, ils recommandent aux États-Unis, lors du réexamen régulier de la question des paiements de facilitation conformément à la Recommandation anti-corruption de 2009, de tenir compte des avis du secteur privé et de la société civile, particulièrement en ce qui concerne les zones « grises » qu'ils ont identifiées, comme le fait de savoir quels types de décisions sont discrétionnaires ou non. Le « Lay-Person's Guide to the Foreign Corrupt Practices Act » pourrait servir à apporter les éclaircissements nécessaires.

En outre, les examinateurs estiment que les nombreuses préoccupations exprimées par le secteur privé et la société civile sur les sollicitations permanentes de paiements de facilitation par les agents publics étrangers est une question horizontale concernant toutes les Parties à la Convention.

c) Frais raisonnables et de bonne foi

78. Lors de la Phase 2, le Groupe de travail avait mis en doute le bien-fondé du moyen de défense affirmatif des frais raisonnables et de bonne foi. En raison des préoccupations exprimées dans le rapport quant au fait que l'interprétation de ce moyen de défense prêtait à équivoque, le Groupe de travail recommandait aux autorités américaines, s'il était maintenu, de donner des instructions pour en préciser les critères d'application.

79. Depuis la Phase 2, de très nombreuses instructions ont été données pour préciser le champ d'application de ce moyen de défense. Ces instructions peuvent être facilement consultées sur le site Internet du DOJ. Cinq demandes d'avis ont été déposées à cet égard et dans le cadre de cinq actions répressives, on a notamment cherché à déterminer si les frais de voyage et de loisirs constituaient des pots-de-vin aux termes du FCPA ou relevaient du moyen de défense des frais raisonnables et de bonne foi.

80. Lors de la mission sur place, certains représentants du secteur privé ont décrit les politiques et pratiques en vigueur concernant ce moyen de défense, lesquelles variaient dans une certaine mesure d'une entreprise à l'autre en fonction des facteurs de risque comme le secteur d'activité concerné et localisation

des activités. Certaines entreprises du secteur des industries extractives, de l'aérospatiale et de la défense ont également exprimé leur mécontentement quant aux ressources nécessaires pour déterminer si certains paiements relèvent de ce moyen de défense et ont demandé des instructions supplémentaires en vue de réduire la charge qui en découle pour elles.

Commentaire

Les examinateurs estiment que les récents avis publiés et actions répressives visant notamment à déterminer ce qui constitue des frais raisonnables et de bonne foi apportent aux entreprises des précisions importantes sur l'application de ce moyen de défense affirmatif. Ils encouragent les autorités américaines à regrouper et à synthétiser les données rendues publiques provenant de ces différentes sources.

d) Critère du lien de marché

81. Un élément important de l'infraction de corruption transnationale aux termes du FCPA diffère de la définition de l'infraction définie à l'Article 1 de la Convention. Aux termes du FCPA, l'acte de corruption d'un agent public étranger doit être commis en vue d'aider le corrupteur « à obtenir ou conserver un marché pour ou avec une quelconque personne ou d'attribuer un tel marché à une quelconque personne » (principe appelé le critère du « lien de marché »). Dans l'Article 1 de la Convention, la formulation correspondante est la suivante : « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international ».

82. À la différence de l'Article 1 de la Convention, la formulation du FCPA ne véhicule pas spécifiquement l'idée qu'est couvert le cas où l'objet du pot-de-vin est d'obtenir ou de conserver un avantage indu dans le commerce international, comme le fait d'obtenir un permis d'exploitation ou un permis d'activité ou une réduction d'impôt ou des droits d'importation. En d'autres termes, la formulation du FCPA peut être interprétée comme ne couvrant que les pots-de-vin versés en vue d'obtenir ou de conserver un marché en soi. Mention est faite de l'avantage indu à un autre endroit du FCPA, mais dans un contexte différent : les infractions prévues par le FCPA, entre autres, couvrent le cas où un pot-de-vin est versé à un agent public étranger en vue de s'assurer « un avantage indu ... pour aider [une quelconque personne/une quelconque émetteur/une entreprise américaine] à obtenir ou conserver un marché pour ou avec une quelconque personne ou d'attribuer un tel marché à une quelconque personne ».

83. Cela étant, la position des autorités américaines a été sans exception que la formulation du FCPA devait être interprétée dans un sens très large et couvrait dans la pratique tous les types d'avantages qui doivent être visés aux termes de la Convention. L'équipe d'examen note que cette position est largement confirmée par la jurisprudence que constitue la décision rendue en 2007 par la Cour d'appel des États-Unis dans l'affaire *États-Unis contre Kay*³⁸.

84. Dans cette affaire, la Cour d'appel a fait valoir qu'un paiement versé à des agents des douanes en vue d'obtenir une réduction des droits d'importation sur le riz remplissait les paramètres du critère du « lien de marché » car, lorsque le Congrès a promulgué le FCPA, il s'inquiétait : (1) des pots-de-vin aboutissant à des accords contractuels commerciaux distincts et (2) des paiements qui, même indirectement, aident à obtenir ou à conserver un marché dans un pays étranger. La Cour d'appel a en outre statué que :

...les pots-de-vin versés à des agents publics en vue d'échapper illégalement au versement de droits de douanes et de l'impôt sur le chiffre d'affaires peuvent relever de

³⁸ U.S. v. Kay, 513 F.3d 432; 2007 U.S. App. LEXIS 24946

l'interdiction prévue par le FCPA. Nous nous empressons d'ajouter, cependant, que cet acte ne constitue automatiquement une infraction au FCPA : il doit être démontré que la corruption était destinée à produire un effet – dans le cas présent, par une exonération d'impôt – qui « aide à obtenir un marché ou à conserver un marché ».

85. La décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *États-Unis contre Kay* est donc utile car elle précise que les paiements versés, par exemple, en vue d'obtenir une réduction des droits d'importation « peuvent » remplir « le critère du lien de marché ». Les autorités américaines ont également mis en application, avec succès, le FCPA dans des affaires impliquant des avantages de même nature, comme les paiements versés à des agents des douanes en vue d'importer des marchandises et des équipements (*Helmerich & Payne* et *Natures Sunshine*) et les paiements versés à des agents de l'administration fiscale en vue d'obtenir un allègement des obligations fiscales ou à des agents de l'administration judiciaire en vue d'obtenir un traitement favorable dans le cadre d'une action en cours (*Willbros Group*). En revanche, la précision apportée par la Cour d'appel laisse ouverte la possibilité qu'il y ait des cas où un pot-de-vin versé à un agent public étranger en vue de faciliter le commerce international ne constitue par une infraction au FCPA, alors même qu'il répond au critère de l'« autre avantage indu dans le commerce international » prévu par l'Article 1 de la Convention.

86. En outre, le « *Criminal Resource Manual* » [Manuel sur les ressources en matière d'affaires pénales] (Titre 9, 1018 « Pratiques prohibées de corruption transnationale ») précise que, pour être contraire au FCPA, « le paiement doit être destiné à inciter le bénéficiaire à abuser de sa position officielle pour diriger le marché de manière illicite vers le payeur ou toute autre personne ».

Commentaire

Les examinateurs se félicitent de la décision rendue par la Cour d'appel dans l'affaire États-Unis contre Kay et estiment qu'elle confirme la position des autorités américaines selon laquelle le « critère du lien de marché » prévu par le FCPA peut être interprété au sens large. Conformément à cette évolution législative positive, les examinateurs recommandent aux autorités américaines de réviser le « Criminal Resource Manual » pour qu'il prenne en compte la décision rendue dans l'affaire États-Unis contre Kay, qui conforte la position selon laquelle que les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » sont contraires au FCPA.

e) Définition de la notion d'« agent public étranger »

87. Faute de définition explicite de la notion d'« agent public étranger » dans le FCPA, deux questions se posent concernant le champ d'application de la définition qui en est donnée : (1) conformément à la Convention, cette définition couvre-t-elle toute personne qui exerce « une fonction judiciaire dans un pays étranger » ? (2) Cette définition couvre-t-elle toute personne « exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise... publi[que] » (autrement dit une entreprise détenue ou contrôlée par l'État) ?

88. Pour ce qui est de la première question concernant la couverture des personnes exerçant une fonction judiciaire dans un pays étranger, le DOJ confirme que, même si la définition ne mentionne pas spécifiquement les agents de l'administration judiciaire, ceux-ci sont couverts par la section suivante de la définition de la notion d'« agent public étranger » aux termes du FCPA : « tout agent ou salarié d'un État étranger ». Selon le DOJ, sa propre pratique confirme cette interprétation, dans la mesure où il a engagé des poursuites suite à des allégations de corruption d'un agent de l'administration judiciaire d'un pays étranger.

89. Depuis la Phase 2, certaines évolutions positives de la loi sont intervenues concernant la deuxième question se rapportant à la corruption de salariés d'entreprises détenues ou contrôlée par l'État, avec l'affaire *États-Unis contre Nam Quoc Nguyen, et al.* (E.D. Pa., 4 septembre 2008) dans laquelle le tribunal de district a récemment statué en faveur des États-Unis. Cette affaire faisait suite à des allégations selon lesquelles les prévenus avaient versé des pots-de-vin à des salariés d'une entreprise publique étrangère. Les prévenus ont avancé que la définition de la notion d'« agent public étranger » dans le FCPA n'incluait pas les salariés d'entreprises publiques, car, pour qu'une organisation soit reconnue comme un organisme d'une autorité publique étrangère, elle doit avoir un objet strictement public. Les autorités américaines, citant les antécédents de mise en application du FCPA, ont répondu en avançant que « l'objet public » n'est que l'un des nombreux facteurs permettant de déterminer qu'une organisation est « un organisme d'une autorité publique étrangère » et que le Congrès avait expressément l'intention d'inclure les salariés des entreprises publiques dans la définition de la notion d'« agent public étranger ».

90. Bien qu'ayant statué en faveur des États-Unis, le tribunal n'a pas publié l'exposé de ses motifs et les prévenus n'ont pas interjeté appel. En outre, les décisions des tribunaux de districts ne sont pas contraignantes pour les tribunaux de degré supérieur ou pour ceux d'autres juridictions américaines. Le DOJ a informé les examinateurs que cela signifie que l'interprétation donnée par les autorités américaines peut encore être contestée. Il estime cependant que cet argument serait encore une fois rejeté compte tenu des antécédents de mise en application du FCPA et du fait que dans de nombreuses affaires portées devant le DOJ et la SEC, la définition de la notion d'« agent public étranger » a été interprétée au sens large³⁹.

Commentaire

Les examinateurs se félicitent des évolutions positives de la législation concernant l'application de la définition de la notion d'« agent public étranger » aux termes du FCPA aux membres de l'administration judiciaire et aux salariés des entreprises détenues ou contrôlées par l'État.

f) Application du FCPA aux possessions et territoires américains d'outre-mer

91. La question de savoir si le FCPA s'applique aux « régions insulaires » des États-Unis (Samoa américaines, Guam, Îles Mariannes du Nord et Îles Vierges des États-Unis) et à Porto Rico, qui est un territoire non incorporé autonome des États-Unis, n'a pas été traitée pendant la Phase 2. Compte tenu de la terminologie du FCPA, par exemple la définition de la notion de territoire étranger qui couvre les dépendances ou territoires autonomes sous mandat ou tutelle, et la condition du rattachement au commerce inter-états (selon laquelle le corrupteur « doit utiliser les messages électroniques ou les moyens ou instruments du commerce inter-états »), l'équipe d'examen s'est demandé si le FCPA était également applicable, dans la pratique, à ces régions. Le DOJ a confirmé, lors de la mission sur place, que le FCPA s'applique, dans les régions insulaires des États-Unis ou à Porto Rico, aux personnes morales et physiques qui corrompent des agents publics étrangers, car ces régions sont traitées comme faisant partie des États-Unis. Il a également expliqué avoir engagé des poursuites avec succès, dans les années 80, à l'encontre d'une entreprise implantée à Porto Rico pour infractions au FCPA.

³⁹ Ainsi, l'affaire *Willbros Group* impliquait la corruption d'agents de l'administration judiciaire d'un État étranger, l'affaire *Siemens AG*, des paiements versés à différents salariés d'entreprises publiques et l'affaire *Diagnostic Products* des paiements versés à des médecins d'hôpitaux publics. Selon les autorités américaines, dans chacune de ces affaires, conformément à la Federal Rule of Criminal Procedure 11 [Règle fédérale de procédure pénale 11], le tribunal devait déterminer si tous les éléments de l'infraction étaient constitués, y compris le fait que le bénéficiaire du pot-de-vin était un agent public étranger.

92. Les examinateurs se félicitent d'avoir confirmation du fait que les autorités américaines peuvent engager des poursuites en cas d'actes de corruption commis dans les régions insulaires des États-Unis (Samoa américaines, Guam, Îles Mariannes du Nord et Îles Vierges des États-Unis) et Porto Rico.

g) Instructions en général

93. Aux États-Unis, les sources suivantes, toutes dans le domaine public, comptent au nombre des instructions relatives à l'application du FCPA : les avis publiés⁴⁰, la jurisprudence et les actions en justice (dont font partie les transactions pénales, les accords d'abandon des poursuites et les accords de suspension des poursuites), y compris les dossiers d'accusation, ainsi que le « Lay-Person's Guide to the FCPA ». En outre, le DOJ et la SEC ont engagé d'importantes activités d'information et de sensibilisation du public (voir plus loin l'examen des « Activités de sensibilisation menées par les autorités américaines »).

94. À ce jour, le secteur privé n'a guère utilisé la procédure de demande d'avis concernant le FCPA pour recueillir l'avis du DOJ sur des transactions futures. Trente-trois avis ont été publiés depuis l'entrée en vigueur de la nouvelle procédure de demande d'avis en 1993. Trente deux d'entre eux ont été publiés de 1977 à 1992. Les participants non gouvernementaux aux réunions organisées lors de la mission sur place ont avancé plusieurs raisons expliquant le recours peu fréquent à cette procédure. Selon les représentants du secteur juridique et du secteur privé, la procédure de demande d'avis n'est utile que dans un nombre limité de cas où la situation future est circonscrite et ne va pas évoluer. Selon eux, le délai de réponse, qui est de trente jours après le dépôt de la demande, est trop long dans certains cas, comme lors de la formation d'une coentreprise ou d'opérations de fusion-acquisition, dans lesquels une entreprise doit normalement prendre des décisions relativement vite. Les autorités américaines précisent qu'elles ont publié les avis rapidement lorsqu'on le leur a demandé, comme c'est le cas de l'avis publié 08-02.

95. La préoccupation la plus souvent exprimée par les représentants du secteur privé tient au fait que le recours à la procédure de demande d'avis les expose à d'éventuelles actions répressives du DOJ et procure à leurs concurrents des informations sur leurs activités commerciales internationales futures. Le DOJ ne partage pas cette impression et précise que le recours à la procédure de demande d'avis n'a cessé d'augmenter ces dernières années. Néanmoins, l'équipe d'examen estime que les inquiétudes exprimées par les représentants du secteur privé sont tellement enracinées et généralisées que le DOJ devrait se demander si les impressions ressenties par les représentants non gouvernementaux ont un impact sur l'utilisation efficace de la procédure.

96. En outre, même si l'action répressive aux termes du FCPA est énergique et en progression, l'élaboration de la jurisprudence ne s'est guère développée depuis l'entrée en vigueur de la loi il y a 30 ans (seul un petit nombre d'avis sur l'interprétation du FCPA ont été donnés depuis juin 2005).

97. Les déontologues et les représentants du secteur privé et de la société civile ont presque tous demandé des instructions supplémentaires sur l'application du FCPA. En revanche, selon les autorités américaines, le FCPA lui-même et les informations supplémentaires contenues dans des documents publics comme le « Lay-Person's Guide to the FCPA » et les avis publiés, fournissent des informations suffisamment précises à cet égard. L'équipe d'examen comprend le désir du secteur privé de disposer d'autant d'instructions que possible pour l'aider dans ses efforts de mise en conformité ; cela étant, les examinateurs comprennent aussi qu'il n'est pas possible, ni nécessairement utile, que le DOJ donne des instructions contraignantes sur l'interprétation de la loi, dans la mesure où cela est du ressort des tribunaux

⁴⁰ La procédure de demande d'avis sur le FCPA permet aux émetteurs et aux entreprises américaines d'obtenir un avis auprès du ministre de la Justice pour savoir si certains actes précis, futurs – mais non hypothétiques – sont conformes à la politique répressive du DOJ concernant les dispositions anti-corruption du FCPA.

et du pouvoir législatif. Néanmoins, l'agrégation et la synthèse des différentes sources d'interprétation disponibles pourraient constituer un compromis acceptable.

Commentaire

Les examinateurs relèvent que les États-Unis fournissent de nombreuses informations sur l'application du FCPA dans diverses sources. Ils recommandent aux États-Unis d'agréger et de synthétiser toutes les sources utiles – jurisprudence, avis publiés, dossiers d'accusation, transactions pénales, etc. – afin de les rendre facilement accessibles, notamment aux petites et moyennes entreprises dont les ressources sont limitées.

3. La responsabilité des personnes morales

a) Introduction

98. Aux États-Unis, les personnes morales sont tenues pour responsables des infractions commises par leurs salariés dans le cadre de leur emploi. Cette norme de responsabilité est simple et directe, et a donné lieu à un nombre impressionnant de poursuites. Depuis 1998, 66 actions intentées à l'encontre de personnes morales pour infraction au FCPA ont été réglées, le taux de règlement étant en nette augmentation depuis 2007. Dans les années précédentes, le nombre de personnes morales à l'encontre desquelles des poursuites ont été engagées était de 1.7 par an en moyenne. Depuis 2007, cette moyenne atteint presque 13 par an. Cette responsabilité juridique, couplée à la vigoureuse action répressive des autorités américaines, incite fortement les entreprises à mettre en place de solides programmes et mesures de contrôle de la conformité.

99. Depuis 1998, sur 66 personnes morales poursuivies pour des infractions au FCPA, 25 ont été condamnées pour des faits de corruption transnationale et 10 pour des malversations comptables connexes. En outre, 26 d'entre elles ont été sanctionnées pour des faits de corruption transnationale et 25 pour des malversations comptables connexes au moyen d'accords passés entre l'État américain et les entreprises concernées sans qu'il y ait de poursuites (autrement dit au moyen d'accords d'abandon ou de suspension des poursuites). Vingt-huit entreprises ont plaidé coupables pour des infractions de corruption transnationale et 12 pour des malversations comptables connexes.

100. Le contrôle de la conformité des entreprises est devenu un important facteur de prévention et de détection de la corruption transnationale aux États-Unis. Au vu du bilan de toute évidence efficace de mise en application du FCPA, notamment ces trois dernières années au cours desquelles l'action répressive a été très énergique, l'équipe d'examen a demandé des informations sur la manière dont les programmes et mesures de contrôles de la conformité des entreprises ont évolué pour en tenir compte. Lors des réunions avec quelque 30 représentants du secteur privé qui ont eu lieu lors de la mission sur place, les discussions ont donc principalement porté sur les mesures prises par les entreprises pour assurer le respect du FCPA et, plus généralement, sur leurs impressions concernant l'action répressive des autorités américaines au titre du FCPA.

b) Contrôle de la conformité

101. Il est clairement ressorti des réunions avec 29 représentants du secteur privé, représentant, dans leur grande majorité, de grandes entreprises multinationales, que des efforts sérieux avaient été déployés pour assurer le respect effectif du FCPA. Ces entreprises sont très conscientes des domaines à risque et de ce qu'il convient de faire pour s'en occuper. Dans l'ensemble, ces entreprises ont expliqué que l'action énergique du DOJ et de la SEC, notamment les lourdes sanctions pécuniaires récemment imposées, était le principal facteur qui les incite à mettre en place ces mesures. Elles estimaient en outre que la récente opération d'infiltration, impliquant des entreprises de taille moyenne, avait eu un impact important,

notamment sur les petites et moyennes entreprises⁴¹, les sensibilisant davantage à la nécessité de disposer d'un programme de contrôle de la conformité efficace. Cela étant, une seule PME ayant pu participer à ces réunions, il n'a pas été possible de vérifier la validité de cette théorie dans la pratique, même si, dans une certaine mesure, les intérêts des petites et moyennes entreprises étaient représentés par certaines ONG ayant pris part à la mission sur place⁴². De fait, la PME participante a souligné que les petites et moyennes entreprises doivent faire face de manière différente au risque accru d'action répressive, notamment au moyen de solides procédures internes de vérification des comptes, car elles ne disposent pas des ressources leur permettant d'engager des salariés chargés spécifiquement d'administrer un programme de contrôle de la conformité se rapportant aux dispositions juridiques relatives à la corruption transnationale. Les autorités américaines reconnaissent les moyens limités dont disposent certaines petites et moyennes entreprises et prennent donc en compte la situation factuelle et les circonstances propres à chaque entreprise, notamment sa taille et ses ressources, aux différents stades de l'enquête et des poursuites.

102. Les réunions avec le secteur privé ont permis à l'équipe d'examen de recenser plusieurs évolutions positives mais aussi des difficultés communes que rencontrent les différents secteurs d'activité pour se conformer au FCPA. Il n'est pas surprenant que de nombreux représentants non gouvernementaux aient mentionné que les Lignes directrices sur la détermination de la peine et diverses formes d'instructions relatives aux règles de la SEC avaient encouragé les entreprises à mettre en place des politiques et procédures efficaces de contrôle de la conformité. Les représentants de tous les secteurs d'activité ont expliqué que la vérification interne des comptes est la plus importante mesure de contrôle de la conformité visant à prévenir et à détecter la corruption d'agents publics étrangers, en plus des formations fréquentes et de l'engagement visible de la direction. Pour être efficace, la vérification interne des comptes doit également couvrir les filiales étrangères. Cela étant, dans certains pays étrangers, il peut être difficile d'avoir accès à leurs livres et états comptables. Les entreprises soulignent en outre qu'il est indispensable que la vérification interne porte aussi sur les enregistrements de la ligne d'appel réservée aux dénonciateurs. Tous les participants du secteur privé sans exception ont mis en place des lignes d'appel pour recueillir les signalements anonymes.

103. Dans l'ensemble, les représentants du secteur des entreprises ont aussi souligné que les domaines de risque suivants exigent de mettre en place des mesures et procédures solides : (1) les tiers, y compris les agents locaux et les partenaires d'une coentreprise, (2) les paiements de facilitation, notamment aux agents des douanes et (3) les paiements consacrés aux voyages, aux cadeaux et à la représentation. Une entreprise a souligné que la corruption d'agents publics étrangers couvrirait aussi les agents publics des autorités de tutelle et des organismes publics chargés de la protection de l'environnement.

104. Lors des réunions avec le secteur privé, trois thèmes communs ont émergé comme sources de profond mécontentement du à : (1) la perte de marchés au profit de concurrents venus des grandes économies émergentes où la corruption d'agents publics étrangers n'a pas encore été incriminée ; (2) la perte de marchés au profit de concurrents venus d'économies qui n'appliquent pas leur législation nationale sur la corruption transnationale et (3) des problèmes permanents du côté de la demande, notamment la sollicitation de paiements de facilitation, qui sont, selon les participants, endémiques sur certains marchés même s'ils sont illégaux dans les pays en question. Concernant le premier point, les entreprises aimeraient que les grandes économies émergentes qui ne sont pas encore Parties à la Convention définissent des règles similaires pour dissuader leurs entreprises nationales de se livrer à la corruption d'agents publics étrangers. Concernant le troisième point, les participants ont fait part de leur

⁴¹ Une analyse relative aux petites et moyennes entreprises (PME) peut également être consultée aux Parties B.7.e.ii et B.10.b du présent rapport.

⁴² Les autorités américaines et les examinateurs n'ont pas ménagé leurs efforts pour faire participer un plus grand nombre de PME à la mission sur place, mais en raison du coût et du temps nécessaires pour faire le déplacement jusqu'à Washington, D.C., un tout petit nombre d'entre elles seulement ont pu y prendre part.

sentiment que la sollicitation de pots-de-vin en contrepartie de l'attribution de marchés avait reculé. Néanmoins, les entreprises ont instamment demandé que l'on aide les différents pays à régler le problème de la sollicitation de pots-de-vin, y compris de paiements de facilitation, destinés à permettre l'exécution de contrats. Les entreprises du secteur de l'aérospatiale et de la défense et de celui des industries extractives ont observé que la procédure d'appel d'offres dans leur secteur d'activité respectif s'était « assainie » ces dernières années, notamment pour les grands contrats. À leurs yeux, le problème de la corruption est plus sérieux au niveau de ce qu'ils appellent les points de contact de « deuxième rang », en particulier les douanes. Certaines actions répressives des autorités américaines ont de fait été centrées sur les paiements versés aux douanes⁴³.

105. Selon certains représentants du secteur privé lors de la mission sur place et aux dires d'un déontologue, un effet secondaire de l'action vigoureuse des autorités américaines a été la crainte ressentie par les entreprises d'avoir à examiner rétrospectivement, de manière trop approfondie, leurs actes passés, en application de leurs mesures de contrôle de la conformité, lorsqu'elles découvrent des infractions au FCPA. Ils ont expliqué qu'en application des lois anti-complot, les autorités peuvent engager des poursuites en cas de complots fomentés dans les années 90 et ayant pour objet des infractions au FCPA, si des actes perpétrés en vue de l'exécution de ce complot ont été commis ces cinq dernières années. Selon eux en outre, il est regrettable que certaines entreprises craignent de réexaminer rétrospectivement leurs actes passés car elles peuvent, ce faisant, en tirer d'importants enseignements qui leur seront utiles pour les besoins du contrôle de la conformité. En outre, il est difficile de procéder à des contrôles efficaces sans avoir évalué les éventuelles malversations commises dans le passé.

106. Un certain nombre de représentants non gouvernementaux ont mis en doute le fait que les entreprises soient réellement incitées à examiner rétrospectivement leurs agissements passés. Les autorités américaines ne partagent pas ce point de vue, précisant que si l'existence de contrôles internes anti-corruption ne constitue pas en soi un moyen de défense aux termes des Lignes directrices sur la détermination de la peine, elle peut néanmoins constituer une circonstance atténuante en cas de sanction et est un facteur important permettant aux entreprises de prétendre à un ASP ou un AAP. De surcroît, la mise en œuvre efficace de ces contrôles peut permettre de déterminer qu'une entreprise n'était pas animée par l'intention de commettre un délit, laquelle constitue un critère pénal.

107. Les examinateurs soulignent que même si toutes les entreprises qu'ils ont rencontrées se préoccupaient davantage de ne pas agir de manière contraire au FCPA, seul un petit nombre d'entre elles ont déclaré que ce souci les dissuaderait de se pencher rétrospectivement sur les infractions passées. En effet, la Loi Sarbanes-Oxley impose aux émetteurs d'évaluer le caractère adéquat des contrôles qu'ils ont réalisés au cours des dernières années. Dans l'ensemble, les examinateurs estiment que le souci accru des entreprises a eu un effet très favorable sur la mise au point des programmes de contrôle de la conformité aux États-Unis et, partant, sur la prévention et la détection de la corruption transnationale. Les examinateurs estiment de ce fait que les autorités américaines, en raison de leur engagement très actif vis-à-vis du secteur privé, sont les mieux placées pour trouver un moyen d'inciter les entreprises à réexaminer rétrospectivement leurs actes passés par le biais de leurs contrôles internes.

Commentaire

Les examinateurs reconnaissent l'impact important et généralisé des politiques répressives vigoureuses suivies par les autorités américaines et leur engagement très actif auprès du secteur privé, notamment ces dernières années, en vue de d'inciter notamment les grandes entreprises à mettre en place des programmes et mesures solides de contrôle de la conformité.

⁴³

Voir par exemple, *Helmerich & Payne, Natures Sunshine et Con-way Inc.*

Faute d'une participation plus nombreuse des PME à la mission sur place, les examinateurs n'estiment pas pouvoir étendre cette appréciation au-delà des grandes entreprises.

De plus, les examinateurs regrettent que la mission sur place ne leur ait pas offert l'occasion de rencontrer davantage de petites et moyennes entreprises, mais reconnaissent que les autorités américaines ont fait de leur mieux pour assurer cette participation. Ils soulignent que la capacité à toucher les petites et moyennes entreprises est un problème horizontal qui concerne presque toutes les Parties à la Convention et recommandent au Groupe de travail d'étudier des moyens de les faire participer plus efficacement à ses activités.

Le sentiment du secteur privé concernant les concurrents des grandes économies émergentes qui n'ont pas incriminé la corruption transnationale, les entreprises concurrentes de pays qui n'appliquent pas leur législation nationale sur la corruption transnationale et les problèmes permanents du côté de la demande sont des questions horizontales pour le Groupe de travail dans son ensemble.

4. Sanctions

a) Recours aux transactions pénales, aux accords de suspension des poursuites et aux accords d'abandon des poursuites par le DOJ

108. Le DOJ règle la plupart des affaires relevant du FCPA au moyen de transactions pénales, d'accords de suspension des poursuites (ASP) ou d'accords d'abandon des poursuites (AAP). Les autorités américaines sont convaincues que ces accords sont un moyen efficace de régler les affaires de corruption transnationale. À leurs yeux, ces accords apportent à la fois une sanction appropriée et la souplesse nécessaire pour récompenser les signalements spontanés et la coopération. Cette pratique a bien fonctionné dans le système juridique américain, donnant lieu à une action répressive importante et à de gros efforts du secteur privé pour se mettre en conformité avec la loi.

109. Les transactions pénales sont des accords écrits et négociés conclus entre le ministère public et le prévenu définissant les obligations de chaque partie lorsque le prévenu plaide coupable. L'accord peut, par exemple, préciser que le ministère public ne portera pas certains chefs d'accusation ou fera le nécessaire pour les retirer. Le ministère public peut également accepter d'appuyer la demande d'un prévenu concernant une peine ou une fourchette de peine ou de ne pas s'y opposer, convenir qu'une peine ou fourchette de peine donnée est appropriée ou convenir qu'une disposition donnée des Lignes directrices sur la détermination de la peine s'applique ou non. Le prévenu accepte de reconnaître les faits décrits dans le dossier d'accusation. Lorsque le prévenu plaide coupable, la transaction pénale est communiquée au tribunal qui l'accepte, la modifie ou la rejette⁴⁴.

110. À la différence des transactions pénales, les ASP et les AAP ne donnent pas lieu à des condamnations (sauf en cas de rupture de l'accord). Aux termes d'un ASP, le ministère public établit un dossier d'accusation avec le tribunal mais demande une « suspension » des poursuites pendant la durée de validité de l'accord. Les ASP exigent généralement que le prévenu accepte une suspension du délai de prescription, reconnaisse les faits qui lui sont reprochés, s'engage à prendre certaines mesures de mise en conformité et de réparation et s'acquitte d'une amende. Si le prévenu respecte l'accord, le ministère public retire sa plainte. Les ASP sont techniquement soumis à un examen et à un agrément des autorités

⁴⁴ «Federal Rules of Criminal Procedure» [Règles fédérales de procédure pénale], Rule 11 [Règle 11]. Voir USAM 9-27.400.

judiciaires, mais il semble que la plupart des juges ne les examinent pas en détail⁴⁵. À la différence d'un ASP, un AAP n'implique pas l'intervention des tribunaux. Les autorités conservent un droit d'engager des poursuites, mais acceptent de s'en abstenir. En contrepartie, le prévenu doit respecter des conditions identiques à celles généralement prévues dans les ASP.

111. Même si les ASP et les AAP existent depuis 1993, leur nombre a spectaculairement augmenté ces dernières années. Depuis 2004, le nombre annuel moyen des ASP et AAP conclus par le DOJ est passé de moins de 5 à plus de 20, avec un pic de 38 en 2007⁴⁶. Dans les affaires relevant du FCPA, ces accords n'ont pas été utilisés jusqu'en 2004. Depuis, ils l'ont été dans 30 actions pénales sur 39 engagées à l'encontre de personnes morales.

112. Les explications de cette évolution sont variables. L'augmentation spectaculaire est survenue après les poursuites engagées à l'encontre du cabinet de vérification comptable Arthur Andersen et son effondrement, qui a causé la perte de milliers d'emploi. La volonté d'éviter de telles conséquences collatérales est généralement avancée pour expliquer le recours aux ASP et AAP⁴⁷. Dans les affaires relevant du FCPA, des facteurs comme la protection des salariés et des actionnaires jouent aussi un rôle, selon les autorités américaines. Selon elles en outre, les entreprises préfèrent généralement un règlement des affaires par ce type d'accords plutôt que d'avoir à se présenter devant la justice et de s'exposer à un procès qui peut être long et susciter l'attention de la presse. En outre, dans les affaires relevant du FCPA, le recours aux ASP et AAP est généralement justifié par des facteurs comme la coopération du prévenu et le fait qu'il ait spontanément signalé les infractions. Ces accords sont donc utilisés en tant qu'incitation au signalement spontané et à la coopération. Les autorités américaines y recourent aussi pour régler rapidement les affaires. Enfin, les affaires relevant du FCPA impliquent généralement de recueillir des preuves auprès d'autres pays, ce qui peut prendre beaucoup de temps en vain. Les ASP et AAP peuvent alors être utilisés pour s'assurer la coopération de l'entreprise et obtenir auprès d'elle des preuves se trouvant à l'étranger lorsque la procédure d'entraide judiciaire est trop lourde ou ne peut être utilisée⁴⁸.

113. Il existe des instructions portant sur le moment où le ministère public peut recourir aux transactions pénales, aux ASP et aux AAP mais elles sont plus ou moins précises et implicites selon le type d'accord concerné. Les « Federal Rules of Criminal Procedure » [Règles fédérales de procédure pénale] et le « U.S. Attorney's Manual » (USAM) contiennent des règles exhaustives sur le contenu des transactions pénales et sur la procédure de négociation de ces accords⁴⁹. L'USAM contient en outre de nombreuses directives permettant de savoir si le ministère public doit conclure un AAP en contrepartie de la coopération du prévenu⁵⁰. Les lignes directrices sur les ASP sont plus implicites. Selon les procureurs, le

⁴⁵ Government Accountability Office (décembre 2009), « DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness » [Le DOJ a pris des mesures pour assurer un meilleur suivi du recours aux accords de suspension ou d'abandon des poursuites, mais doit en évaluer l'efficacité], GAO-10-110, pp. 25-26.

⁴⁶ *Ibid.*, pp. 13-14.

⁴⁷ *Ibid.*, p. 1.

⁴⁸ Government Accountability Office (28 juin 2009), « Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements » [Observations préliminaires sur le recours aux accords d'abandon et de suspension des poursuites par le DOJ et sur le suivi de ces accords], GAO-09-636T, p. 9.

⁴⁹ « Federal Rules of Criminal Procedure » [Règles fédérales de procédure pénale], Rule 11 [Règle 11]; USAM 9-27.400 - 9-27.450 et 9-28.1300. Les notes précédentes, qui ont été remplacées par ces dispositions de l'USAM, ont été publiées par les Procureurs généraux adjoints, le General Paul J. McNulty (le 12 décembre 2006), Larry Thompson (en janvier 2003) et Eric Holder (en juin 1999).

⁵⁰ USAM 9-27.600 – 9-27.650

recours à ces accords est régi par les Principes de l'USAM régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises, qui s'appliquent en général aux poursuites engagées à l'encontre des personnes morales. Ces Principes ne font pourtant référence que deux fois aux ASP. En outre, les ASP peuvent être utilisés pour les personnes physiques sous forme de mesures alternatives avant-procès (même si cela n'a pas été le cas jusque-là dans des affaires relevant du FCPA). Comme leur intitulé le laisse entendre, les Principes s'appliquent aux poursuites engagées à l'encontre d'entreprises commerciales et non de personnes physiques. Un ensemble distinct de principes régissant les poursuites à l'encontre des personnes physiques couvre les mesures alternatives avant-procès.

114. Lors de la mission sur place, un petit nombre de participants du secteur privé estimaient que la publication d'un plus grand nombre d'instructions, notamment sur le moment où un type d'accord donné peut être utilisé, permettrait de gagner en cohérence. En revanche, une étude récente laisse entendre que selon une fraction importante du secteur privé, de telles instructions ne sont pas utiles⁵¹. Au cours de cet examen de Phase 3, les autorités américaines partageaient ce dernier avis.

115. Au lieu de cela, les autorités américaines se sont efforcées de renforcer la cohérence et le contrôle de ces procédures en demandant que les décisions de règlement soient approuvées à haut niveau. Au moins un directeur adjoint et le directeur du Service des fraudes doivent examiner et approuver l'ensemble des décisions en la matière. L'agrément d'un sous-Procureur général adjoint et du sous-Procureur général chargé de la Direction des affaires pénales est parfois également nécessaire. Si une entreprise n'est pas d'accord avec la décision de règlement, elle peut faire appel de cette décision de manière informelle auprès du sous-Procureur général.

116. Les autorités américaines ont également cherché à renforcer la transparence en tenant le public informé des règlements conclus. Le DOJ publie sur son site Internet les transactions pénales, les AAP et les ASP. Pour les transactions pénales, les autorités américaines publient en outre la note récapitulative connexe pour la détermination de la peine (*sentencing memorandum*), à savoir leurs observations écrites présentées devant le tribunal. Ces notes récapitulatives sont particulièrement informatives. Elles exposent les avis du DOJ sur la manière dont les Lignes directrices sur la détermination de la peine et les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre s'appliquent à l'affaire concernée. Elles peuvent ainsi décrire plus avant comment le prévenu a coopéré avec les autorités en produisant certains témoins et documents. Elles peuvent aussi donner des précisions sur les mesures correctrices prises par le prévenu, comme l'engagement d'un déontologue extérieur ou la réforme de son système de contrôle de la conformité, etc. Elles peuvent également préciser les facteurs aggravants, comme le fait que le prévenu n'a pas signalé l'infraction au moment opportun. Dans certaines affaires, elles peuvent donc donner un aperçu des raisons qui ont amené le DOJ à conclure la transaction pénale et à chercher à imposer certaines conditions dans le cadre de l'accord.

117. Des informations de cette nature sur les ASP et AAP ne sont toutefois pas souvent disponibles. Dans ce cas, aucune note récapitulative pour la détermination de la peine n'est préparée du fait que les affaires sont réglées au moyen d'un accord et ne nécessitent pas que les tribunaux prononcent une condamnation. Le DOJ a publié des ASP conclus avec des personnes morales et physiques et des AAP conclus avec des personnes morales. Les AAP conclus avec des personnes physiques ne sont pas rendus publics pour des raisons de politique interne⁵². Ces accords peuvent donc donner moins d'informations sur les mesures correctrices prises par les prévenus et sur leur coopération à l'enquête. Certains ASP et AAP

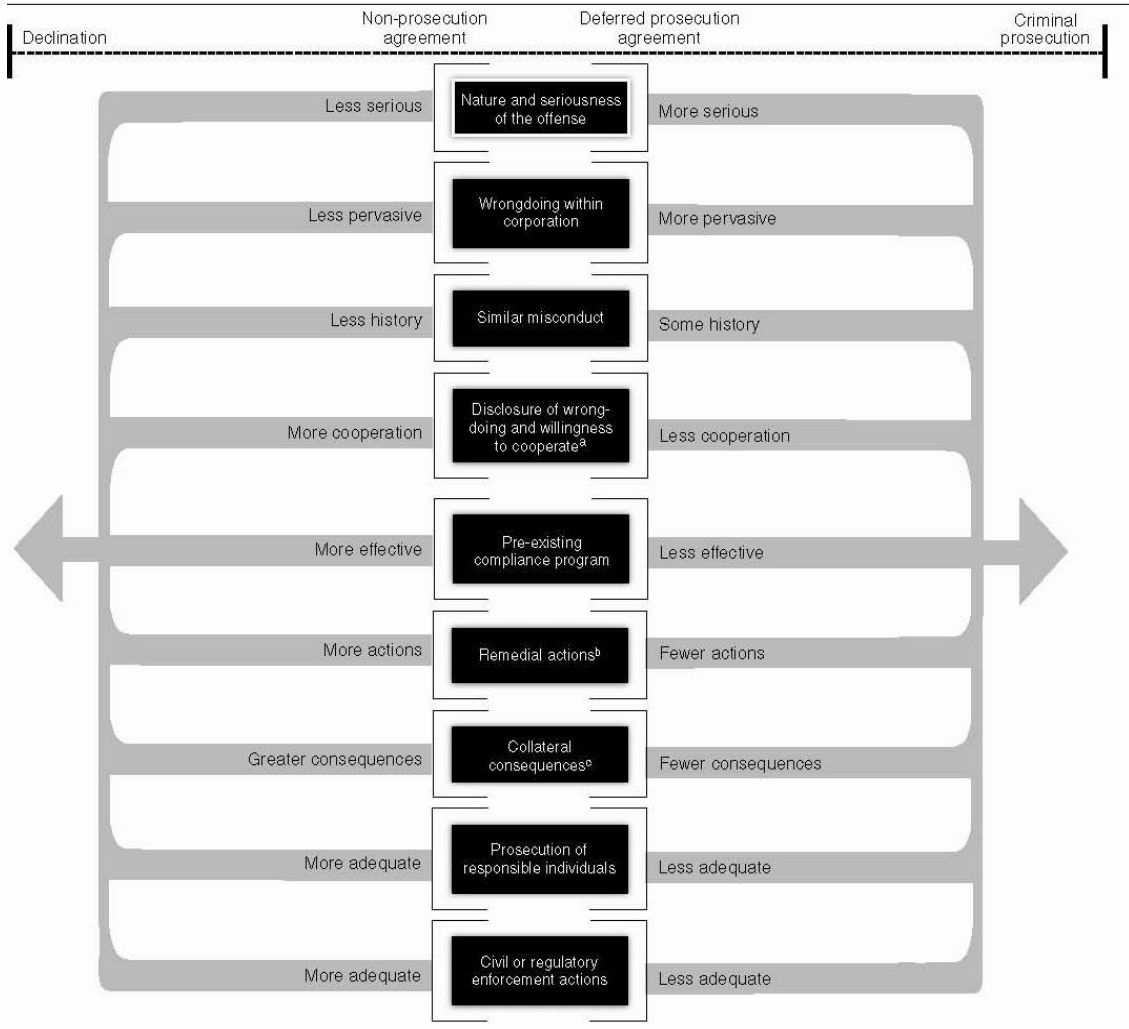
⁵¹ Government Accountability Office (25 juin 2009), «Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements», [Observations préliminaires sur le recours aux accords d'abandon et de suspension des poursuites par le DOJ et sur le suivi de ces accords] GAO-09-636T, pp. 11-12.

⁵² USAM 9-27.760.

précisent en outre que le DOJ a passé l'accord en se fondant « en partie » sur certains facteurs énumérés dans une liste⁵³, ce qui donne à penser que d'autres facteurs non divulgués ont motivé la décision. La publication, plus en détail, des raisons qui ont présidé à la conclusion des ASP et AAP donnerait un meilleur aperçu des motifs pour lesquels le DOJ a choisi d'y recourir et renforcerait de ce fait la reddition de comptes et la transparence du processus.

⁵³ Voir, par exemple, les AAP conclus avec Helmerich & Payne, Inc. (29 juillet 2009) et UTStarcom, Inc. (31 décembre 2009).

Encadré 1. Comment les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises influent sur la décision du ministère public de refuser de poursuivre, de conclure un ASP ou un AAP ou d'engager des poursuites en cas d'infraction



Source: GAO analysis of DOJ's Principles of Federal Prosecution of Business Organizations.

^aWillingness to cooperate includes cooperation in the government's investigation of the company's agents.

Source : <http://www.gao.gov/new.items/d10110.pdf>

Légende du graphique

Refus	Suspension des poursuites	Abandon des poursuites	Poursuites pénales
Moins grave	Nature et gravité de l'infraction		Plus grave
Moins généralisées	Malversations au sein de l'entreprise		Plus généralisées
Moins nombreux dans le passé	Agissements analogues		Plus nombreux dans le passé
Plus de coopération	Divulgence des malversations et volonté de coopérer ^a		Moins de coopération
Plus efficace	Programme préexistant de contrôle de la conformité		Moins efficace
Plus de mesures	Mesures correctrices		Moins de mesures
Plus de conséquences	Conséquences collatérales		Moins de conséquences
Moins adéquates	Poursuites à l'encontre des personnes responsables		Plus adéquates
Moins adéquates	Mesures répressives civiles ou réglementaires		Plus adéquates

Source : Analyse par le GAO des Principes du DOJ

^a La volonté de coopérer couvre la coopération des agents de l'entreprise à l'enquête menée par les autorités

b) Recours aux accords de coopération, aux ASP et aux AAP par la SEC

118. En janvier 2010, la SEC a annoncé qu'elle allait commencer à recourir aux accords de coopération, ASP et AAP dans les affaires relevant du FCPA. Un accord de coopération est identique à un ce qu'est une transaction pénale dans le cadre d'une procédure pénale. La personne physique ou morale concernée doit apporter une aide importante à une enquête de la SEC et y coopérer pleinement et sincèrement. En contrepartie, la Direction des affaires opérationnelles de la SEC accepte d'adresser certaines recommandations à la Commission, comme le fait que la personne physique ou morale devrait être récompensée pour sa coopération. Les ASP et AAP imposent à la personne physique ou morale de coopérer pleinement et sincèrement et d'accepter de respecter les interdictions et/ou mesures applicables. Les ASP leur imposent en outre de reconnaître ou de ne pas contester certains faits allégués. Les AAP ne peuvent être utilisés que dans certains cas « limités et appropriés ». Ces trois types d'accords imposent que la personne physique ou morale accepte une suspension du délai de prescription. La SEC n'a pas encore recouru à l'un quelconque de ces accords, sachant que sa politique régissant leur utilisation n'a été adoptée que récemment.

119. La SEC dispose ne dispose guère de directives sur l'utilisation de ces trois types d'accords⁵⁴. Elle prend en compte quatre grands indicateurs de coopération d'une entreprise : l'autodiscipline avant la découverte de l'agissement répréhensible par les autorités, le signalement spontané de l'agissement répréhensible, les mesures de réparation et la coopération avec les autorités répressives. Ces quatre grandes mesures se scindent en une liste non exhaustive de 13 critères. Il existe des instructions supplémentaires concernant l'évaluation de la coopération des personnes physiques. Les instructions imposent aussi la publication des avantages que procure la coopération aux personnes physiques ou morales.

⁵⁴

SEC Enforcement Manual [Manuel opérationnel de la SEC], Chapitre 6 «Promouvoir la coopération». Voir aussi SEC (2001), Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions («Rapport Seaboard») [Rapport d'enquête conformément à l'article 21(a) de la Loi de 1934 sur les opérations boursières et Déclaration de la Commission sur le lien de coopération avec les décisions de mise en œuvre prises par la SEC].

c) *Contrôleurs d'entreprise*

120. Les transactions pénales, ASP et AAP conclus dans les affaires relevant du FCPA imposent souvent aux entreprises qui ont agi de manière contraire au FCPA d'accepter l'engagement d'un contrôleur d'entreprise. Le contrôleur d'entreprise a pour mission d'évaluer et de contrôler le respect, par l'entreprise, des conditions de l'accord, qui visent spécifiquement à traiter et à réduire le risque de récurrence du comportement délictueux de l'entreprise et n'a pas d'autres objectifs punitifs⁵⁵. Depuis 1998, 23 des 44 actions pénales engagées aux termes du FCPA ont donné lieu à l'engagement de contrôleurs d'entreprise, dans la plupart des affaires pour trois ans.

121. Le DOJ et la SEC accordent une grande valeur à l'utilisation de contrôleurs d'entreprise dans le cadre de leurs efforts de mise en application de la loi et de contrôle de la conformité. À leurs yeux, la présence de ces contrôleurs rend moins probables de nouvelles infractions à la loi, garantit que les programmes de contrôle de la conformité sont mis en œuvre et procure un mécanisme d'évaluation de la conformité par rapport aux termes de l'accord et de mise à l'essai de l'entreprise, sans qu'il soit nécessaire d'investir d'importantes ressources supplémentaires pour engager des poursuites. Les Lignes directrices sur la détermination de la peine prévoient que les tribunaux assurent cette mise sous surveillance. Dans la pratique, une entreprise ayant conclu une transaction pénale, un ASP ou un AAP supporte le coût que représente le contrôleur, les tribunaux n'ayant pas les ressources financières de le faire.

122. Selon une déposition faite devant une sous-commission du Government Accountability Office, en octobre 2009, sur les 48 entreprises tenues d'engager un contrôleur pour surveiller la manière dont elles respectent les conditions d'un ASP ou d'un AAP, 23 des contrôleurs avaient auparavant travaillé pour le DOJ et 13 non. En ce qui concerne les 13 restants, six avait acquis leur expérience dans un organisme public de l'État ou à l'échelon local, dont la SEC⁵⁶. Le DOJ ne dispose pas de statistiques sur le nombre de contrôleurs engagés dans le cadre d'affaires relevant du FCPA qui sont d'anciens procureurs attachés au DOJ, mais indique que ce n'est pas le cas de la « majorité » d'entre eux. La même déposition fait état des préoccupations formulées dans une récente étude par certaines entreprises sur le fait que les contrôleurs ayant auparavant travaillé pour le DOJ puissent ne pas être indépendants ou puissent être partiaux en faveur du DOJ⁵⁷. Cela étant, selon cette étude, rien n'indique que cette crainte se vérifie dans les faits et le DOJ observe un processus de sélection des contrôleurs d'entreprise fondé sur le mérite. En outre, de nombreuses entreprises estiment souhaitable que le contrôleur ait acquis une expérience préalable auprès du DOJ⁵⁸. De même, l'équipe d'examen a appris que le DOJ ne favorisait pas la nomination de ses anciens procureurs à la fonction de contrôleur dans les affaires relevant du FCPA, tout en estimant que la présence d'un contrôleur ayant déjà l'expérience du FCPA était un avantage. En effet, les autorités américaines

⁵⁵ Procureur général adjoint par intérim, Craig S. Morford (7 mars 2008), «Memorandum on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations» [note sur la sélection et l'utilisation des contrôleurs dans le cadre des accords de suspension des poursuites et des accords d'abandon des poursuites conclus avec des entreprises] («note Morford»).

⁵⁶ Les autorités américaines soulignent que ces données se rapportaient dans tous les cas aux contrôleurs et n'étaient pas spécifiques aux affaires relevant du FCPA.

⁵⁷ Government Accountability Office (19 novembre 2009), «Prosecutors Adhered to Guidance in Selecting Monitors for Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements, but DOJ Could Better Communicate Its Role in Resolving Conflicts» [Les procureurs ont adopté les lignes directrices sur la sélection des contrôleurs dans le cadre des accords de suspension et d'abandon des poursuites, mais le DOJ pourrait mieux communiquer sur son rôle dans le règlement des conflits], GAO-10-260T, pp. 10-11.

⁵⁸ Les autorités américaines soulignent encore que la déposition faite devant le GAO concernait l'ensemble des affaires et non pas spécifiquement celles relevant du FCPA.

soulignent qu'un grand nombre des critiques qui se sont exprimées concernant les contrôleurs n'ont pas été suscitées par des affaires relevant du FCPA.

123. Afin de faire taire certaines de ces préoccupations, le DOJ a diffusé des instructions précises sur la procédure de sélection des contrôleurs d'entreprise dans le cadre des ASP et AAP⁵⁹. Il n'y a pas de procédure d'appel à candidatures pour les contrats d'embauche des contrôleurs. Au lieu de cela, l'entreprise qui doit être mise sous surveillance désigne trois candidats. Les procureurs du DOJ choisissent l'un d'entre eux, en tenant compte de critères comme ses qualifications, son expérience des programmes de contrôle de la conformité et du secteur dans lequel l'entreprise exerce son activité, sa connaissance des lois pénales concernées, dont le FCPA, son objectivité et son indépendance, ainsi que les ressources disponibles. Si aucun des trois candidats n'est acceptable, l'entreprise doit alors désigner des candidats supplémentaires⁶⁰.

124. De hauts fonctionnaires doivent ensuite confirmer la nomination du candidat choisi. Les procureurs affectés au DOJ doivent préparer un note écrite précisant notamment pourquoi la présence d'un contrôleur est nécessaire et précisant les qualifications des candidats qui ont leur préférence. Cette note est examinée par une commission permanente de sélection des contrôleurs qui est composée du sous-Procureur général adjoint responsable du Service des fraudes et du directeur délégué, chargé de la déontologie, de la Direction des affaires pénales. Si la commission permanente souscrit à la recommandation, celle-ci est transmise au sous-Procureur général pour plus ample examen et au Bureau du Procureur général adjoint pour approbation. Les lignes directrices soulignent à plusieurs reprises l'importance de la sélection des candidats au mérite et de l'observation, à cet égard, des Lignes directrices sur les conflits d'intérêts.

125. Les entreprises mises sous surveillance dans le cadre d'affaires relevant du FCPA ont également exprimé des préoccupations générales sur la rémunération du contrôleur et sur le périmètre de sa mission. L'entreprise négocie la rémunération du contrôleur avec celui-ci. Les ASP, AAP ou transactions pénales permettent de définir le périmètre de la mission. Certaines entreprises ont toutefois estimé que ce périmètre était trop large, ce qui augmente le coût global de la mise sous surveillance⁶¹. Plusieurs participants à la mission sur place étaient de cet avis, même s'il a été également souligné qu'un contrôleur compétent, prenant des initiatives, pouvait aider l'entreprise à faire progresser son processus de réforme. L'équipe

⁵⁹ Procureur général adjoint par intérim, Craig S. Morford (7 mars 2008), «Memorandum on Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations» [note sur la sélection et l'utilisation des contrôleurs dans le cadre des accords de suspension des poursuites et des accords d'abandon des poursuites conclus avec les entreprises] («Memorandum Morford»). La note du General Lanny A. Breuer, sous-Procureur général (du 24 juin 2009), «Selection of Monitors in Criminal Division Matters» [Sélection des contrôleurs dans les affaires relevant du service des affaires pénales] donne des instructions supplémentaires à la Direction des affaires pénales du DOJ.

⁶⁰ Voir «Government's Opposition to Defendant's Motion and Proposed Order for Extension of the Period Both to Engage the Monitor and the Maximum Term of the Monitor» [Objection des autorités à la motion du prévenu et Proposition de décision visant à prolonger le délai d'engagement du contrôleur et la durée maximale de sa mission] (31 mai 2010) dans l'affaire *États-Unis contre BAE Systems plc*, 1:10-cr-00035-JDB (D.C.).

⁶¹ Government Accountability Office (25 juin 2009), «Preliminary Observations on DOJ's Use and Oversight of Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements» [Observations préliminaires sur le recours aux accords d'abandon et de suspension des poursuites par le DOJ et sur le suivi de ces accords], GAO-09-636T, p. 5; Government Accountability Office (19 novembre 2009), «Prosecutors Adhered to Guidance in Selecting Monitors for Deferred Prosecution and Non-Prosecution Agreements, but DOJ Could Better Communicate Its Role in Resolving Conflicts» [Les procureurs ont adopté les lignes directrices sur la sélection des contrôleurs dans le cadre des accords de suspension et d'abandon des poursuites, mais le DOJ pourrait mieux communiquer sur son rôle dans le règlement des conflits], GAO-10-260T, pp. 11-13.

d'examen a appris qu'un contrôleur pouvait aussi aider le déontologue de l'entreprise à convaincre le conseil d'administration de la nécessité d'engager une réforme ou d'affecter des ressources au contrôle de la conformité, ce qui sert l'objectif de prévention de la corruption par l'entreprise elle-même.

126. Les tribunaux ne prennent généralement pas directement part au processus de mise sous surveillance. Le DOJ choisit normalement le contrôleur, définit le périmètre de la mise sous surveillance, reçoit du contrôleur des rapports d'étapes et des rapports de fin de mission et détermine si l'entreprise a satisfait aux exigences qui lui incombaient. On peut cependant citer une exception notable. Dans l'affaire *États-Unis contre Innospec, Inc.*, le juge a assumé la supervision du contrôleur, demandant que ses rapports lui soient soumis et il est resté compétent pour régler les différends survenant entre l'entreprise et le contrôleur, y compris ceux portant sur la rémunération de celui-ci. Une étude récente indique néanmoins qu'un nombre important d'entreprises, de responsables du DOJ, voire de juges, ne sont pas favorables à une implication plus importante des tribunaux dans les procédures de mise sous surveillance⁶². Les préoccupations exprimées vont du manque de temps et de ressources dont disposent les tribunaux à leur ingérence dans le pouvoir discrétionnaire du ministère public et dans les missions du pouvoir exécutif. Cette étude ne recommandait pas, par conséquent, une implication plus grande des tribunaux dans les procédures de mise sous surveillance.

127. La SEC a également largement recouru aux contrôleurs d'entreprise dans le cadre d'affaires relevant du FCPA notamment. Cela étant, elle n'a apparemment pas publié d'instructions sur la sélection et l'utilisation des contrôleurs. Selon les autorités américaines, la SEC dispose de politiques et procédures internes qui l'aident à déterminer le moment où la présence d'un contrôleur est nécessaire et les conditions de la mise sous surveillance. Elle travaille en étroite coopération avec l'entreprise et détermine avec souplesse si une mise sous surveillance est nécessaire. Dans certains cas, l'entreprise engage un contrôleur. La SEC peut aussi autoriser un consultant ayant déjà travaillé pour l'entreprise à remplir cette fonction. Dans d'autres cas, la SEC n'impose pas de mise sous surveillance et autorise au lieu de cela l'entreprise à lui rendre compte d'elle-même des améliorations qu'elle a apportées à son programme de contrôle de la conformité. La SEC précise qu'elle coordonne en outre son action avec celle du DOJ pour ce qui est de la sélection du contrôleur et procède de son côté à une évaluation de l'adéquation du contrôleur choisi et des conditions de l'accord définissant sa mission. Les conditions régissant tous ces accords (et les engagements pris lorsque qu'aucun contrôleur n'est désigné) sont rendus publics.

128. Selon les autorités américaines, la publication de ces accords de règlement est un facteur de transparence. Elles estiment que la souplesse dont elles font preuve pour déterminer comment et quand recourir aux contrôleurs reflète en outre leur volonté de prendre en compte la situation et les circonstances propres à chaque entreprise, notamment sa taille et les efforts qu'elle déploie pour mettre en œuvre un programme réaliste de contrôle de la conformité. Les autorités américaines considèrent en outre que le recours à des contrôleurs et à des mécanismes de reddition de compte par les entreprises elles-mêmes assurent que celles-ci prennent au sérieux les infractions au FCPA. Les entreprises tirent en outre des enseignements de leurs erreurs en examinant rétrospectivement les infractions passées et en mettant en œuvre et à l'essai les programmes de contrôle destinés à prévenir de nouvelles infractions.

Commentaire

Les examinateurs relèvent que les transactions pénales, les ASP et les AAP et la nomination de contrôleurs d'entreprise sont une méthode innovante de règlement des affaires et sont devenus

⁶² Government Accountability Office (décembre 2009), «DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness» », [Le DOJ a pris des mesures pour assurer un meilleur suivi du recours aux accords de suspension ou d'abandon des poursuites, mais doit en évaluer l'efficacité], GAO-10-110, pp. 27-28.

une caractéristique du système de justice pénale américain, qui a contribué à l'importante activité répressive. Ces mesures ont été largement utilisées dans les affaires relevant du FCPA, en particulier ces dernières années. Des instructions ont été diffusées sur les modalités d'utilisation de ces accords. Certains représentants du secteur privé aimeraient disposer de plus d'instructions en la matière, mais les autorités américaines ne partagent pas ce point de vue.

Un compromis acceptable pourrait être que le DOJ et la SEC rendent publiques de manière plus détaillée, en tant que de besoin, les raisons ayant motivé le choix de tel ou tel type d'accord, ainsi que des conditions de l'accord et de sa durée dans les affaires concernées. Le DOJ le fait déjà pour les transactions pénales par le biais des notes récapitulatives pour la détermination de la peine. Le DOJ et SEC doivent donc étendre cette pratique chaque fois que nécessaire, en rendant publiques, de manière détaillée, les raisons pour lesquelles ils ont conclu des ASP et des AAP. Ils pourraient aussi faire de même lorsqu'ils imposent la présence d'un contrôleur. Une plus grande transparence sur ces questions renforcerait la reddition de comptes et la confiance du public dans l'action répressive du DOJ et de la SEC au titre du FCPA. La publication de ces informations permettrait aussi de mieux sensibiliser le public sur la manière dont ces accords renforcent les efforts répressifs déployés pour lutter contre la corruption transnationale.

d) Niveau des sanctions

129. Les sanctions maximales prévues par la loi pour les infractions au FCPA n'ont pas changé depuis la Phase 2 :

- (a) en cas d'infraction aux dispositions du FCPA contre la corruption transnationale, une personne morale est passible d'une amende pénale de 2 millions USD ou de deux fois le gain brut ou la perte brute résultant de l'infraction si cette somme est plus élevée. La personne morale encourt en outre une amende civile qui peut atteindre 10 000 USD⁶³.
- (b) Les dirigeants, administrateurs, salariés ou mandataires d'une personne morale ou les actionnaires agissant pour le compte d'une personne morale, qui commettent des actes de corruption transnationale sont passibles d'une peine de 5 ans d'emprisonnement ou d'une amende pénale de 100 000 USD ou de deux fois le gain brut ou la perte brute résultant de l'infraction si cette somme est plus élevée, ou des deux à la fois. La personne concernée encourt en outre une amende civile pouvant atteindre 10 000 USD⁶⁴. Le gain ou la perte est interprété comme le montant des pots-de-vin perçus par toute personne en conséquence de l'infraction⁶⁵ ou, s'ils peuvent être calculés, comme le montant des avantages (par exemple des bénéfices) perçus en conséquence de l'infraction, selon celle de ces deux sommes qui est la plus élevée.
- (c) Les infractions délibérées à d'autres dispositions du FCPA (y compris celles concernant les livres et états comptables et/ou les contrôles internes) et le fait de faire délibérément et en connaissance de cause une déclaration fausse ou trompeuse concernant un fait essentiel sont

⁶³ 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(1), 78dd-3(e)(1) et 78ff(c)(1) ; 18 U.S.C. § 3571.

⁶⁴ 15 U.S.C. §§ 78dd-2(g)(2) , 78dd-3(e)(2) et 78ff(c)(2) ; 18 U.S.C. § 3571.

⁶⁵ Voir, par exemple, l'affaire *États-Unis contre Bourke*, S2 05 Cr. 518 (SAS) (S.D.N.Y.), Government's Sentencing Memorandum [note récapitulative pour la détermination de la peine], pp. 34-35 ; Transcript of Sentencing Hearing [transcription de l'audience de prononcé de la peine], pp. 17-18.

passibles de 20 ans d'emprisonnement et/ou d'une amende de 5 millions USD pour les personnes physiques et de 25 millions USD pour les personnes morales. Comme pour les infractions de corruption transnationale, l'amende maximale peut être portée à deux fois le gain brut ou la perte brute résultant de l'infraction⁶⁶. Le gain ou la perte est également interprété comme le montant des pots-de-vin perçus par toute personne en conséquence de l'infraction⁶⁷ ou, s'ils peuvent être calculés, comme le montant des avantages (par exemple des bénéfiques) perçus en conséquence de l'infraction, selon celle de ces deux sommes qui est la plus élevée. Une personne morale encourt en outre une amende civile pouvant atteindre 250 000 USD ou l'équivalent du gain brut si cette somme est plus élevée. Une personne physique encourt en outre amende civile pouvant atteindre 50 000 USD ou l'équivalent du gain brut si cette somme est plus élevée.

- (d) Un émetteur qui manque à son obligation de communication d'informations, de documents ou de rapports doit acquitter une amende de 100 USD par jour d'infraction⁶⁸.

130. En ce qui concerne les points (a) à (c) ci-dessus, le tribunal peut en outre imposer une période de cinq ans de mise à l'essai et un prélèvement spécial obligatoire [*mandatory special assessment*] de 400 USD pour les personnes morales et de 100 USD pour les personnes physiques⁶⁹. Les sanctions maximales prévues par la loi pour plusieurs chefs d'accusation peuvent être cumulées et être appliquées successivement.

131. Dans la pratique, les Lignes directrices pour la détermination de la peine sont essentielles pour déterminer les sanctions réelles. Elles permettent de déterminer une fourchette de peines en se fondant sur de nombreux facteurs comme l'existence d'un programme efficace de contrôle de la conformité et de déontologie et le fait que le contrevenant a signalé spontanément l'infraction et a coopéré avec les autorités. Elles devraient être modifiées le 1^{er} novembre 2010 pour donner davantage d'instructions sur les mesures qu'une personne morale doit prendre après avoir détecté un acte délictueux. Les Lignes directrices modifiées seront en outre plus favorables aux entreprises qui demanderont à leur responsable du contrôle de la conformité et de la déontologie de rendre directement compte à leur organe directeur.

132. Les fourchettes de peines prévues par les Lignes directrices pour la détermination de la peine ne sont indiquées qu'à titre consultatif⁷⁰, ce qui n'était pas le cas lors de l'examen de Phase 2. Les tribunaux disposent désormais d'un important pouvoir discrétionnaire quand à la sanction imposée. Les amendes imposées en application des ASP et AAP peuvent être inférieures à la peine plancher de la fourchette prévue par les Lignes directrices afin de tenir compte du signalement spontané de l'infraction, de l'importance de l'enquête interne menée par l'entreprise, de sa coopération, des mesures de réparation et d'autres circonstances atténuantes. Dans certain cas, l'écart par rapport à la fourchette peut être très important. Une entreprise s'est ainsi vu imposer une amende pénale de 450 millions USD alors que la fourchette prévue par les Lignes directrices était comprise entre 1.35 milliard USD et 2.7 milliards USD (sans tenir compte des autres dispositions des Lignes directrices relatives aux circonstances

⁶⁶ 15 U.S.C. § 78ff(a) et 18 U.S.C. § 3571.

⁶⁷ 15 U.S.C. § 78ff(b).

⁶⁸ 18 U.S.C. §§ 3013 et 3561.

⁶⁹ *Affaire États-Unis contre Booker*, 543 U.S. 220 (2005).

⁷⁰ *Affaire États-Unis contre Siemens Aktiengesellschaft*, 08-CR-367-RJL (D.C.).

atténuantes qui sont mentionnées dans la note récapitulative pour la détermination de la peine préparée par le DOJ)⁷¹.

133. D'importantes sanctions pénales ont été imposées à des personnes morales et physiques pour des infractions au FCPA. Depuis 1998, plus de 2 milliards USD d'amendes pénales ont ainsi été infligées à des personnes morales. Sur les 36 personnes physiques condamnées pour infractions au FCPA et sanctionnées durant cette période, 25 se sont vu imposer des peines d'emprisonnement. La durée moyenne des peines était d'un peu plus de 30 mois. Dans une affaire récente, un prévenu a été condamné à 87 mois d'emprisonnement pour des infractions au FCPA. Il faut noter que, lors de la mission sur place, les représentants du secteur privé avaient tous l'impression que l'action répressive des autres Parties à la Convention n'était pas comparable et que les entreprises américaines et les entreprises multinationales étrangères cotées aux États-Unis pouvaient s'en trouver pénalisées lors de négociations commerciales internationales.

134. La SEC a elle aussi régulièrement cherché à imposer des amendes civiles en cas d'infractions au FCPA. Ainsi, 63 millions USD d'amendes civiles ont été imposées dans 48 affaires depuis 2000. L'amende la plus élevée infligée au titre d'une seule affaire s'élève à 16.5 millions USD. Pour décider si elle doit réclamer l'application de sanctions civiles à l'encontre d'une entreprise, la SEC se demande principalement si l'entreprise a tiré directement profit de l'infraction et dans quelle mesure l'amende sera bénéfique aux actionnaires ou les lèsera encore plus. Elle prend également en compte des facteurs comme la nécessité de l'effet de dissuasion, le préjudice causé aux parties innocentes, la complicité généralisée au sein de l'entreprise, le degré d'intention du contrevenant, la difficulté de détection de l'infraction et les efforts déployés par l'entreprise pour réparer le préjudice et pour coopérer⁷². À la différence des amendes pénales, les fonds provenant des amendes civiles peuvent être utilisés pour dédommager les victimes de l'infraction, bien que cela ne se soit encore jamais produit dans le cadre d'affaires relevant du FCPA. La restitution des actifs, analysée ci-dessous, a aussi donné lieu à des sanctions portant sur des montants nettement plus importants. L'observation faite dans le rapport de Phase 2 (paragraphe 48), selon laquelle la plupart des affaires relevant du FCPA ont abouti à des amendes assez modérées et à des peines non privatives de liberté, n'est plus vraie.

Commentaire

Les États-Unis font état d'un bilan significatif en matière de sanctions, en particulier depuis la Phase 2, notamment d'un niveau record de sanctions pécuniaires et de mesures de restitution, qui devrait fortement dissuader les entreprises américaines, les entreprises multinationales étrangères cotées aux États-Unis et les personnes physiques de se livrer à la corruption d'agents publics étrangers et les inciter, dans une large mesure, à mettre en place des programmes et mesures efficaces de contrôle de la conformité.

e) Refus d'octroyer des avantages publics

135. La Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption encourage les pays à permettre « aux autorités de suspendre, à un niveau approprié, l'accès aux contrats publics ou autres avantages octroyés par les pouvoirs publics, y compris les marchés publics et les marchés financés par l'aide publique au développement, des entreprises qui ont été convaincues de corruption d'agents publics étrangers en violation de leur législation nationale et [à s'assurer] que, dans la mesure où les pays Membres appliquent pour les marchés publics des sanctions aux entreprises convaincues de corruption d'agents

⁷¹ Statement of the Concerning Financial Penalties [Déclaration de la *Securities and Exchange Commission* sur les sanctions pécuniaires], 4 janvier 2006.

Federal Acquisition Regulation, 48 CFR Partie 9, sous-partie 9.4

publics nationaux, ces sanctions soient appliquées de la même manière en cas de corruption d'agents publics étrangers ». Cette partie du présent rapport fait le point sur la mise en œuvre de cette recommandation aux États-Unis.

(i) *Radiation*

136. Une personne ou une entreprise qui enfreint le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) [Loi sur les pratiques de corruption transnationale) ou d'autres lois pénales peut être exclue temporairement ou radiée de la passation de marchés publics avec l'administration fédérale des États-Unis. Les motifs d'exclusion temporaire et de radiation dépendent de l'établissement de la « responsabilité actuelle » d'un sous-traitant de l'administration publique et parmi eux figurent une condamnation ou un jugement civil pour fait de corruption, la falsification ou la destruction de registres et les fausses déclarations. Si un sous-traitant est accusé d'un tel comportement, il peut se voir temporairement interdire de participer à des marchés publics. La décision de radier ou d'exclure est discrétionnaire. Elle n'est pas prise par l'autorité chargée des poursuites, mais relève d'une instance distincte, qui cherche à établir de façon indépendante certains éléments, notamment si le sous-traitant a signalé ou non le manquement, s'il a coopéré avec les autorités et mis en œuvre des mesures correctrices. Chaque département ou organisme fédéral détermine l'éligibilité des sous-traitants avec lesquels il traite. Cependant, si un département ou un organisme radie ou exclut temporairement un sous-traitant, la radiation ou l'exclusion temporaire s'applique à tout l'organe exécutif de l'administration fédérale, sauf si un département ou organisme motive de façon convaincante sa décision de ne pas radier ou exclure temporairement le sous-traitant. La radiation porte généralement sur une période allant jusqu'à trois ans, tandis que les exclusions temporaires durent au maximum 18 mois⁷³.

137. Une infraction au FCPA peut aussi entraîner un refus de l'administration fédérale d'accorder des avantages. Un régime de radiation comparable à celui qui concerne les marchés publics décrit plus haut s'applique aux « opérations hors marchés publics », comme les subventions, les contrats d'aide, les crédits, les garanties de crédit, les autorisations, les assurances et les paiements à usages spécifiques⁷⁴. En outre l'Export-Import Bank peut rejeter une demande de crédit à l'exportation, de garanties et autre soutien s'il existe des preuves de fraude ou de corruption ou si un quelconque participant à l'opération s'est livré ou a été associé à une fraude ou des faits de corruption par le passé. La Commodity Futures Trading Commission [autorité de tutelle chargée de surveiller les marchés des contrats à terme et des options] et l'Overseas Private Investment Corporation (organe en charge de promouvoir l'investissement privé à l'étranger) peuvent aussi exclure ou radier une entité de ses programmes en raison d'un manquement au FCPA.

138. Un aspect important de ce mécanisme de radiation est qu'il n'est pas censé être punitif. Les règlements fédéraux sur les opérations se déroulant ou non dans le cadre d'un marché public exigent que la radiation et l'exclusion soient « imposées seulement dans l'intérêt public pour la protection de l'administration publique et non aux fins d'une sanction »⁷⁵. Cela étant, les règlements fédéraux permettent aux autorités de radier des entreprises qui ont été convaincues de corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de contrats publics. En outre, les règlements s'appliquent apparemment de la même manière à la corruption nationale et transnationale comme le prescrit la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption.

139. Les informations rendues publiques ne permettent pas de savoir si la radiation due au non-respect du FCPA est souvent appliquée, une impression partagée par un participant de la société civile lors de la

⁷³ Federal Acquisition Regulation (règlement des achats fédéraux), 48 CFR Part 9, Subpart 9.4.

⁷⁴ 5 CFR Part 919.

⁷⁵ 48 CFR Part 9, Subpart 9.4, 9.402. Voir également 5 CFR Part 919, 919.110.

mission sur place. Il est impossible de s'en assurer dans la mesure où les États-Unis ne disposent pas d'informations groupées sur le recours à la radiation dans ce contexte. Les autorités américaines expliquent que les services chargés des radiations sont dispersés entre les administrations publiques locales, étatiques et fédérales et qu'il n'existe pas de statistiques sur le recours à la radiation. Elles ne sont pas non plus en mesure de fournir des exemples de radiations au titre de violations du FCPA. La sous-utilisation manifeste de la radiation a récemment attiré l'attention du Congrès. Au moment de la rédaction du présent rapport, la Chambre des Représentants avait adopté un projet de loi qui, s'il est également voté par le Sénat et ratifié par le Président, exigera spécifiquement de proposer la radiation des entreprises et des émetteurs nationaux condamnés pour corruption transnationale au titre du FCPA⁷⁶.

140. Les autorités américaines n'estiment pas que l'utilisation des AAP et des ASP ait un impact sur le recours à la radiation et affirment que la reconnaissance d'une infraction dans le cadre d'un AAP ou d'un ASP peut motiver une radiation. Elles n'ont cependant pas pu confirmer si le cas s'était présenté dans la pratique. Elles ne considèrent pas que le règlement des poursuites par le DOJ empêche d'autres organismes publics américains de prendre des mesures visant à exclure ou radier des entreprises de la passation de marchés publics, car les dispositions pertinentes dans les transactions pénales ne sont contraignantes que pour le DOJ (ou une partie du ministère). Dans certains cas, le DOJ a décidé de recourir à un AAP ou un ASP pour éviter la radiation obligatoire qu'imposent certaines juridictions comme l'Union européenne dans des circonstances où une telle sanction était jugée disproportionnée ou aurait pu avoir des conséquences collatérales indésirables.

141. Un ASP ou un AAP peut aussi permettre au DOJ de contribuer à des décisions de radiation prises par d'autres organismes. Selon les autorités américaines, un organisme chargé des marchés publics peut consulter le DOJ lorsqu'une décision de radiation doit être prise. Le DOJ peut donc convenir dans un ASP ou un AAP de formuler des observations, à l'intention d'un organisme chargé de la passation de marchés publics, sur le comportement délictueux d'une entreprise et les mesures correctrices envisagées. Une récente Commission du Congrès a identifié deux exemples de ce type, dont un ASP dans une affaire en lien avec le FCPA qui contenait la formulation suivante engageant le DOJ à aider l'entreprise lors d'une décision de radiation :

En ce qui concerne la fiabilité et la responsabilité actuelles [de l'entreprise] en tant que sous-traitant de l'administration publique, le ministère accepte de coopérer avec [l'entreprise], selon des modalités devant être convenues, pour porter des faits concernant la nature du comportement sous-tendant le présent Accord et la coopération et les mesures correctrices [de l'entreprise] à l'attention des autorités et autres instances chargées de la radiation, y compris les [banques de développement multilatéral], conformément à ce qui est requis⁷⁷.

142. Cette pratique a amené la Commission à exprimer ses craintes que « les règlements des affaires civiles et pénales par le DOJ servent de bouclier pour empêcher d'autres mesures appropriées, comme l'exclusion et la radiation, qui protègent l'administration publique contre la poursuite de relations d'affaires avec des sous-traitants n'ayant pas d'antécédents satisfaisants sur le plan de la qualité de leur travail et sur le plan de l'éthique commerciale »⁷⁸.

⁷⁶ H.R. 5366. Cependant, le projet de loi autorise un organisme fédéral à déroger à l'exigence de proposer la radiation d'une entreprise.

⁷⁷ ASP dans *États-Unis contre Daimler*, n°1:10-CR-063 (D.C.), paragraphe 21.

⁷⁸ Lettre du Committee on Oversight and Government Reform, Chambre des Représentants, au ministre de la Justice Eric Holder en date du 18 mai 2010. La réponse du ministre de la Justice à la Commission n'était pas disponible au moment de l'adoption du rapport.

143. Une autre inquiétude porte sur l'application du mécanisme de radiation. Comme on l'a souligné plus haut, la radiation est décidée par les ministères et organismes publics fédéraux. Le DOJ consulte ces instances dans certains cas, mais pas tous, lorsqu'un AAP, un ASP ou une TP a été négocié, afin que la radiation entre en ligne de compte lors de la détermination de la sanction globale à l'encontre d'une entreprise.

(ii) *Licences d'exportation d'armement*

144. L'article 38 du Arms Export Control Act (AECA) [Loi sur le contrôle de l'exportation d'armement] confère au Président (par le truchement du ministère des Affaires étrangères) le pouvoir discrétionnaire de refuser d'accorder les licences d'exportation d'armement lorsque le demandeur ou toute autre partie à l'exportation a été accusé ou condamné pour corruption transnationale au titre du FCPA. Les condamnations en vertu d'autres dispositions légales, y compris l'article 38 de l'AECA, peuvent aussi empêcher la délivrance d'une licence. Des exceptions peuvent être faites au cas par cas par le ministère des Affaires étrangères après consultation avec le Secrétaire du ministère de la Sécurité intérieure et après un examen des circonstances entourant la condamnation ou l'inéligibilité à l'exportation et une fois que le ministère des Affaires étrangères a conclu que les mesures appropriées ont été prises pour apaiser toute inquiétude quant au respect de la législation.)

145. De plus, les International Traffic in Arms Regulations (ITAR) [règlements fédéraux sur les exportations et importations d'armement] prévoient une radiation légale et stipulent que le ministère des Affaires étrangères a pour politique de ne pas prendre en compte les demandes de licence ou d'autres autorisations émanant de toute personne qui a été condamnée pour une infraction ou un complot en vue d'enfreindre l'AECA. Ces personnes se verront signaler par écrit qu'elles sont légalement radiées conformément à cette politique. Les radiations légales se fondent uniquement sur l'aboutissement de poursuites pénales, menées par un tribunal américain qui a établi la culpabilité au-delà de tout doute raisonnable conformément à la procédure prévue. Les radiations légales portent généralement sur une période de trois ans mais, en tout état de cause, perdurent jusqu'à leur levée par le ministère des Affaires étrangères. Ce dernier commence à accepter les demandes de réintégration un an après l'imposition de la radiation légale.

146. Conformément à l'article 120.1 des ITAR, les ressortissants des États-Unis qui ont été condamnés pour violation de certaines dispositions pénales, y compris l'article 104 du FCPA et l'article 38 de l'AECA, sont généralement considérés inéligibles aux termes des ITAR. Dans la pratique, les ressortissants étrangers qui ont été condamnés pour violation de telles dispositions pénales sont également considérés comme étant inéligibles.

147. Il n'est pas facile d'établir avec précision si des licences d'exportation d'armement ont été refusées au motif de violations du FCPA car aucune statistique n'existe en la matière. Lors de la mission sur place, les représentants du secteur de l'aérospatiale et de la défense ont déclaré que l'éventualité d'un refus d'accorder une licence était un important moyen de dissuasion qui a incité le secteur à se conformer au FCPA. Cela étant, un représentant a déclaré que le refus d'accorder une licence d'exportation peut porter sur une durée plus courte que la période standard ou être adapté pour ne s'appliquer qu'à une partie de l'entreprise. Ce même représentant était aussi d'avis que les refus n'étaient pas fréquents et que le seuil permettant d'opposer un refus était élevé en ce qui concerne les entreprises fournissant aux pouvoirs publics américains des produits essentiels. Les examinateurs constatent également que, dans une affaire récente liée au FCPA, une entreprise a plaidé coupable pour complot en vue d'enfreindre l'AECA et les ITAR le 1^{er} mars 2010. Le même jour, le ministère des Affaires étrangères a publié un avis sur Internet indiquant qu'il examinait si la condamnation et la transaction pénale affectaient les demandes de licence de l'entreprise. L'avis a été retiré quelques jours plus tard. Le ministère des Affaires étrangères a déclaré que, au moment de la rédaction de ce rapport, il n'a pas publié de radiation légale dans le cadre de cette affaire,

mais il a mis en attente les demandes de licence. Il réfléchissait à la politique à adopter par la suite, mais n'avait pas pris de décision définitive.

Commentaire

Comme le souligne la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, l'interdiction de l'accès aux marchés publics et à d'autres avantages peut être une sanction en cas de corruption transnationale dans des cas appropriés. Les États-Unis ont un cadre légal permettant de refuser des licences d'exportation d'armement et d'interdire la participation à des opérations donnant lieu ou non à des marchés publics, lorsqu'une entreprise s'est livrée à des faits de corruption transnationale. Pourtant, il semble qu'ils ont rarement pris de telles mesures dans des affaires de corruption transnationale, ce qui est d'autant plus étonnant compte tenu du nombre important d'actions intentées au titre du FCPA qui ont été réglées. De plus, à première vue, les dispositions légales pour le refus d'octroyer une licence et la radiation s'appliquent de la même manière selon que l'affaire de corruption est nationale ou transnationale. Il n'a cependant pas été possible de vérifier si l'approche est effectivement identique dans la pratique, étant donné l'absence de statistiques correspondantes.

Les examinateurs recommandent par conséquent aux États-Unis de prendre les mesures nécessaires pour s'assurer qu'en conformité avec la Recommandation de 2009, la radiation et le refus d'accorder une licence d'exportation d'armement s'appliquent de la même manière dans la pratique à la corruption nationale et transnationale. Les États-Unis pourraient, par exemple, utiliser plus efficacement l'« Excluded Parties Lists System »⁷⁹ (EPLS) [système de listes des parties exclues].

5. Confiscation du pot-de-vin et du produit de la corruption

148. Deux recours sont disponibles pour confisquer un pot-de-vin et le produit de la corruption : la restitution et la saisie.

149. La SEC cherche à obtenir la restitution (assortie de dommages-intérêts avant jugement) des gains mal acquis lors de poursuites civiles liées au FCPA contre un émetteur et ceux qui agissent en son nom pour violations des dispositions du FCPA relatives à la lutte contre la corruption, à la tenue des livres et états comptables et aux contrôles internes. Cette possibilité de recours, qui existe pour les personnes physiques et les personnes morales, découle des principes d'équité (*equity*), et non de la législation. Le but est de s'assurer que les contrevenants ne tirent pas profit de leurs activités illégales. Un deuxième objectif est de dédommager les investisseurs qui auraient pu être lésé du fait de l'infraction⁸⁰.

⁷⁹ L'EPLS est un service public fourni par la General Services Administration (GSA) pour diffuser de façon efficace et pratique des informations sur les parties exclues de la possibilité d'obtenir des contrats fédéraux, certains contrats de sous-traitance, aides ou avantages fédéraux financiers ou non, conformément aux dispositions de 31 U.S.C. 6101, note, E.O. 12549, E.O. 12689, 48 CFR 9.404, et à la codification de chaque organisme pour l'exclusion et la radiation aux termes de la Common Rule for Nonprocurement. Disponible sur le site Internet : <https://www.epls.gov/>

⁸⁰ *SEC contre Texas Gulf Sulphur Co.*, 312 F. Supp. 77 (S.D.N.Y. 1970), confirmé sur ce point, 446 F. 2d 1301 (2d Cir.), rejet du pourvoi, 404 U.S. 1005 (1971) ; Government Accountability Office (1994), «Improvements Needed in SEC Controls Over Disgorgement Cases» [améliorations nécessaires concernant les contrôles de la SEC relatifs aux cas de restitution] (GAO/GGD-94-188), pp. 2-3.

150. Depuis l'entrée en vigueur de cette loi, la SEC a cherché à obtenir la restitution dans les affaires liées au FCPA. Elle a cherché à obtenir, et a de fait obtenu, la restitution de commissions versées à un tiers ayant facilité un acte de corruption pour le compte d'un émetteur. Elle a également cherché à obtenir, et a de fait obtenu, la restitution de primes et autres avantages pécuniaires versées par des entreprises à des cadres et des employés qui avaient enfreint le FCPA. Depuis 2004, la restitution est devenue un aspect fréquent des procédures civiles en rapport avec le FCPA, les tribunaux ayant rendu une telle décision dans 43 cas, ce qui a représenté au total plus de 1 milliard USD. Les ordres de restitution correspondent en moyenne à environ 25 millions USD. Dans bien des cas, l'ordre de restitution s'applique en plus d'une amende pénale d'un montant comparable. Pour résumer, la restitution est devenue un recours important lors d'actions concernant les entreprises en cas de non-respect du FCPA.

151. Une infraction au FCPA peut aussi entraîner une confiscation civile et pénale des actifs qui représentent les produits ou les instruments d'une infraction. Tout bien qui constitue un produit ou dérive de produits obtenus directement ou indirectement du fait d'une violation du FCPA, ou d'un complot en vue d'enfreindre le FCPA, peut être confisqué. La confiscation peut prendre la forme d'un jugement d'exécution de paiement, d'une confiscation directe du bien ou d'actifs de substitution⁸¹. Contrairement à la restitution, la confiscation ne concerne pas uniquement les émetteurs et ceux qui agissent en leur nom.

152. En pratique, il est rare que la confiscation des produits de la corruption transnationale s'applique au corrupteur. Une telle décision est survenue à l'occasion d'environ cinq poursuites pénales au titre du FCPA. Cela s'explique, dans bien des cas, par le caractère redondant qu'aurait la confiscation des produits par rapport à la restitution des avantages que cherche à obtenir la SEC. Le plus souvent, la confiscation est d'ordre pécuniaire, mais une affaire a donné lieu à une confiscation de la résidence, du véhicule et de la participation à un plan de retraite des corrupteurs⁸². Dans le cas de plusieurs condamnations récentes au titre du FCPA, le DOJ avait signalé son intention de demander une confiscation⁸³. Au moment de la rédaction de ce rapport, le DOJ était également engagé dans une procédure de confiscation importante dans le cadre de l'affaire *Siemens*. Le procureur général adjoint a en outre fait savoir récemment que le DOJ avait l'intention de « demander désormais la confiscation dans tous les cas appropriés »⁸⁴. Cette évolution serait la bienvenue.

153. Il est rare que, dans les affaires de violation du FCPA, la confiscation des produits de la corruption transnationale soit appliquée aux agents publics étrangers corrompus, ce qui se comprend, car le pot-de-vin se situe habituellement dans un pays étranger et les États-Unis ont rarement la compétence sur le bénéficiaire du pot-de-vin. Selon le DOJ, les tentatives visant à obtenir des documents bancaires et autres informations nécessaires peuvent prendre du temps ou se solder par un échec dans certains cas s'il n'existe pas d'entraide judiciaire ou si elle est compliquée. Néanmoins, dans une affaire donnée, un tribunal a confisqué 1.58 million USD de pots-de-vin reçus par un agent public étranger et blanchis aux États-Unis⁸⁵. Dans une deuxième affaire, le DOJ cherche à obtenir l'application d'une décision de justice dans une affaire de corruption transnationale portant sur la confiscation d'actifs détenus par un agent public

⁸¹ 18 U.S.C. §§ 981 et 1956 ; 21 U.S.C. § 853 ; 28 U.S.C. § 2461.

⁸² *États-Unis contre Green*, CR n°08-59(B) -GW (C.D. Cal. 16 janvier 2008)

⁸³ Par exemple, *États-Unis contre Spiller*, 09-cr-00350-RJL (D.C.) et *États-Unis contre Haim Geri*, 09-CR-00342-RJL (D.C.)

⁸⁴ Breuer, L. (17 novembre 2009), «Prepared Address to the 22nd National Forum on Foreign Corrupt Practices Act» [projet d'allocation à l'occasion du 22^e forum national sur la Loi relative aux pratiques de corruption transnationale].

⁸⁵ *États-Unis contre Antoine*, n°09-21010-CR-MARTINEZ (S.D. Fla. 2009).

étranger sur un compte bancaire à Singapour⁸⁶. Les autorités américaines ajoutent qu'elles ont récupéré et rapatrié des millions de dollars qui étaient dissimulés aux États-Unis et qui ont été générés par des infractions de corruption vis-à-vis desquelles les autorités américaines n'étaient pas compétentes, y compris des actifs de l'ancien président péruvien Alberto Fujimori.

154. Les États-Unis se sont par ailleurs engagés, si cela se justifie, à restituer les produits de la corruption aux États étrangers qui en sont les victimes. Depuis 2006, ils ont adopté la politique « No Safe Haven » [pas de refuge] qui refuse l'entrée sur leur territoire aux personnes corrompues, à ceux qui les corrompent et à leurs actifs. En adoptant cette politique, les États-Unis se sont engagés, entre autres, à poursuivre énergiquement les infractions de corruption transnationale, à saisir les actifs acquis illicitement et à concevoir et à promouvoir des mécanismes permettant de récupérer et de céder ces actifs au bénéfice des citoyens des pays victimes d'une corruption publique généralisée. Les États-Unis se sont en outre engagés à cibler l'assistance technique et à concentrer l'attention internationale sur le renforcement des capacités pour détecter, poursuivre et récupérer les produits d'une corruption publique généralisée. Dans une affaire en cours dans le cadre de laquelle le DOJ a demandé une confiscation civile, les États-Unis sont convenus d'utiliser les fonds saisis pour financer des programmes sociaux et publics au Kazakhstan⁸⁷. Une nouvelle initiative, la Kleptocracy Asset Recovery Initiative (initiative pour la récupération des actifs pillés par la kleptocratie), a été annoncée le 25 juillet 2010. Selon les autorités américaines, elle a pour but de favoriser la récupération de fonds publics des États étrangers qui ont été perdus en raison d'une corruption officielle à grande échelle et de les restituer au bénéfice de la population de ces pays étrangers.

155. La récupération des actifs est couverte par le paragraphe XIII.i de la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption. De plus, le Groupe de travail sur la corruption a décidé de compiler des informations sur cette question dans toutes les évaluations de Phase 3. Le partage d'actifs reste rare dans les affaires liées au FCPA. Les sommes considérables correspondant aux amendes et aux fonds confisqués ou restitués en cas de manquement au FCPA n'ont pour leur grande majorité pas été partagés avec les États des agents publics corrompus. Les autorités américaines considèrent que la récupération et le rapatriement d'actifs sont un sujet très controversé, dans la mesure où ils existent des préoccupations contradictoires entre, d'une part, la volonté de restituer les actifs souverains et, d'autre part, celle de vérifier que les actifs restitués ne sont pas tout simplement volés une fois de plus par le même agent public. Les autorités américaines précisent que, dans la grande majorité des affaires liées au FCPA, les pays d'origine des agents publics n'engagent pas de poursuites et les bénéficiaires des pots-de-vin peuvent être encore au pouvoir.

Commentaire

Le Groupe de travail a souligné à maintes reprises que la confiscation était une composante importante d'un régime de sanctions efficaces de la corruption transnationale. La SEC a systématiquement cherché à obtenir la confiscation du produit d'infractions au FCPA en engageant des actions de restitution à l'encontre d'émetteurs et de ceux agissant en leur nom. Le DOJ en revanche a rarement cherché à obtenir une confiscation dans le cadre de procédures civiles ou pénales concernant des affaires relevant du FCPA. Les examinateurs sont toutefois conscients que, dans bien des cas, une telle confiscation serait redondante par rapport aux actions de restitution menées par la SEC. Par ailleurs, des amendes significatives ont été imposées. La confiscation peut cependant jouer un rôle important dans la mesure où la restitution n'est disponible qu'à l'encontre des émetteurs et de ceux agissant en leur nom.

⁸⁶ Communiqué de presse du DOJ (9 janvier 2009), «Department of Justice Seeks to Recover Approximately \$3 Million in Illegal Proceeds from Foreign Bribe Payments» [le ministère de la Justice cherche à récupérer environ 3 millions USD de produits illicites provenant du paiement de pots-de-vin].

⁸⁷ *États-Unis contre Giffen, et al.* (S.D.N.Y., 2 avril 2003).

La récente déclaration de l'Assistant Attorney General (procureur général adjoint), précisant que le DOJ a l'intention de chercher à obtenir la confiscation dans les cas appropriés en lien avec le FCPA, est donc bienvenue.

6. Blanchiment de capitaux

156. Depuis la Phase 2, les infractions américaines de blanchiment de capitaux, telles qu'elles s'appliquent aux affaires de corruption transnationale, n'ont pas beaucoup changé, mais leur mise en œuvre a été renforcée. En 2002, le Groupe de travail a signalé qu'il n'y avait « que quelques affaires en cours de blanchiment en relation avec des actes de corruption d'agents publics étrangers »⁸⁸. Cela étant, de 2003 au 16 septembre 2010, 54 personnes physiques ont été accusées de blanchiment de capitaux dans des affaires de corruption transnationale et 19 ont été condamnées. Au moins deux de ces condamnations portaient sur le blanchiment d'un pot-de-vin reçu par un agent public⁸⁹. Le nombre est nettement inférieur en ce qui concerne les personnes morales, une seule ayant été accusée et une seule condamnée. Les procédures civiles engagées contre une deuxième personne morale ont été interrompues sans sanction. Cela étant, l'application aux États-Unis des infractions de blanchiment de capitaux s'est nettement améliorée depuis l'évaluation de Phase 2. Les États-Unis ont aussi rapatrié d'importants montants correspondant au produit de faits de corruption commis par des agents publics étrangers (voir la section 5 « Confiscation du pot-de-vin et du produit de la corruption »).

157. La législation et la réglementation pour prévenir et détecter le blanchiment du produit de la corruption transnationale n'ont pour l'essentiel pas changé, elles non plus, par rapport à la Phase 2. Comme on l'a signalé plus haut, les États-Unis ont adopté une politique « No Safe Haven » qui refuse l'entrée des actifs des personnes corrompues et de ceux qui les corrompent. Pour éviter le blanchiment de capitaux, une institution financière doit effectuer des contrôles préalables en prenant des mesures raisonnables pour s'assurer de l'identité du propriétaire apparent et du propriétaire effectif du « compte bancaire privé », et de la source des fonds déposés dans ce compte, demandé ou détenu par un non-ressortissant des États-Unis ou en son nom. L'institution financière doit aussi vérifier si cette personne est une « personnalité politique étrangère de haut rang », à savoir une personne politiquement exposée (PEP). Si tel est le cas, l'institution financière doit alors soumettre le compte à un « examen renforcé » pour détecter et signaler les opérations susceptibles de porter sur le produit de faits de corruption transnationale. Les institutions financières doivent en outre obtenir et conserver les informations sur la propriété effective des comptes ouverts ou détenus aux États-Unis par des personnes étrangères (en dehors des entreprises cotées) résidant dans des juridictions signalées comme présentant un risque élevé de blanchiment de capitaux⁹⁰.

158. Ces dispositions ont cependant un champ d'application limité. Premièrement, elles ne s'appliquent qu'aux comptes de correspondants bancaires et aux « comptes de banque privée ». Ces derniers sont définis comme un compte (ou une combinaison de comptes) de pas moins de 1 million USD. Cette restriction aux comptes d'une valeur élevée a été qualifiée de « surprenante » et de « grande faiblesse » sur le principe⁹¹. Les contrôles préalables concernant les comptes de faible valeur et d'autres comptes que ceux des correspondants bancaires sont recommandés par les instructions publiées en 2001 par les Federal Banking Agencies et le ministère des Affaires étrangères : « Guidance on Enhanced Security for Transactions that May Involve the Proceeds of Foreign Corruption » [instructions pour une sécurité renforcée vis-à-vis d'opérations pouvant porter sur le produit de la corruption transnationale]. Ces instructions ne sont toutefois pas juridiquement contraignantes. Deuxièmement, les exigences vis-à-vis des

⁸⁸ Phase 2 Report: United States, para. 125.

⁸⁹ L'affaire Haiti Telco et l'affaire Green.

⁹⁰ 31 U.S.C. §§ 5318(i)(3) et 5318A(a) ; C.F.R. § 103.178.

⁹¹ GAFI (2006), Rapport d'évaluation mutuelle : États-Unis, paragraphe 514.

personnes exposées politiquement (PEP) ne s'appliquent pas explicitement aux sociétés d'assurance, aux entreprises de transfert de fonds, aux conseillers en investissement et aux conseillers pour les opérations sur les matières premières. Aussi les États-Unis ne présentent-ils pas une « conformité totale » à la Recommandation du Groupe d'action financière (GAFI) sur les PEP et les bénéficiaires effectifs⁹².

159. Certaines inquiétudes ont également été formulées quant à l'efficacité de ce système pour la prévention et la détection du blanchiment du produit de la corruption. L'enquête préalable et les poursuites engagées dans le cadre de l'affaire Riggs Bank en 2004-5 ont compté parmi les exemples les plus médiatisés du blanchiment par des PEP au moyen du système financier américain. Plus récemment, une sous-commission sénatoriale a décelé quatre affaires dans lesquelles des PEP ont blanchi le produit de faits de corruption aux États-Unis avec l'aide de juristes américains, d'agents immobiliers, de dépositaires, de lobbyistes et de banquiers⁹³. Dans certains cas, les PEP ont exploité les failles et les dérogations du système législatif. Dans d'autres, des institutions financières disposant de listes de PEP insatisfaisantes ne se sont pas aperçus du statut de PEP de leurs clients. Cette difficulté à repérer les PEP est apparemment un problème qui se pose régulièrement au sein du secteur financier et des organismes de réglementation⁹⁴. Les autorités américaines précisent que des enquêtes ont été ouvertes concernant des cas de corruption transnationale à la suite d'une déclaration d'opération suspecte soumise par une institution financière. Cependant, rien ne permet de savoir si cela se produit souvent.

Commentaire

Les examinateurs considèrent que la détection efficace des opérations de blanchiment de capitaux concernant des agents publics étrangers qui sont des personnes politiquement exposées (PEP) a posé des problèmes à bon nombre de Parties à la Convention. Comme l'amélioration de cette détection favoriserait la mise en œuvre efficace de la Convention par l'ensemble des Parties, ils recommandent que cet aspect fasse l'objet de travaux plus approfondis sur un plan horizontal.

7. Exigences comptables, vérification externe des comptes, programmes de contrôle de la conformité et de déontologie des entreprises

a) Exigences américaines en termes de comptabilité et de vérification des comptes

160. L'article 10A du Securities Exchange Act (« Article 10A » de la Loi sur les opérations boursières)⁹⁵ exige que les opérations de vérification des comptes des émetteurs comportent des procédures conçues pour fournir l'assurance raisonnable d'une détection des actes illégaux⁹⁶ susceptibles d'avoir une incidence directe et majeure sur les états financiers de l'entreprise. Les actes illégaux couverts par l'Article 10A englobent la violation des dispositions du FCPA relatives à la tenue des livres et états comptables et aux contrôles internes, qui existent parallèlement aux dispositions du FCPA sur la lutte contre la

⁹² GAFI (2006), Rapport d'évaluation mutuelle : États-Unis, paragraphes 445-455, 516 et sections 3.2.2 et 3.2.3.

⁹³ U.S. Senate Permanent Subcommittee on Investigations [sous-commission du sénat américain] (2010), Keeping Foreign Corruption Out of the United States: Four Case Histories [maintenir la corruption transnationale hors des États-Unis : quatre études de cas].

⁹⁴ GAFI (2006), Rapport d'évaluation mutuelle : États-Unis, paragraphe 513.

⁹⁵ Le Securities and Exchange Act de 1934 peut être consulté à l'adresse Internet <http://www.sec.gov/about/laws/sea34.pdf>

⁹⁶ L'Article 10A définit un «acte illégal» comme étant : «un acte ou une omission qui enfreint toute loi, toute règle ou toute réglementation ayant force de loi».

corruption. Ces dispositions imposent aux émetteurs de présenter à la SEC des rapports périodiques sur la tenue de leurs livres et états comptables qui doivent refléter avec exactitude les opérations commerciales et la vente d'actifs de l'entreprise et sur l'efficacité de leurs contrôles comptables internes.

161. L'Article 10A ne modifie pas les responsabilités des vérificateurs des comptes concernant la détection de fraudes et d'actes illégaux⁹⁷. Cependant, il impose aux vérificateurs certaines responsabilités supplémentaires s'ils s'aperçoivent d'actes illégaux et si la direction d'un client inscrit auprès de la SEC ne prend pas à temps des mesures correctrices appropriées en réaction à un acte illégal porté à son attention par le vérificateur qui a des conséquences majeures sur les états financiers de l'émetteur.

162. Les vérificateurs qui détectent des informations signalant qu'un acte illégal a pu se produire sont tenus de suivre certaines procédures et, si nécessaire, de signaler l'acte illégal éventuel dès que possible à la direction et de s'assurer eux-mêmes que le comité de vérification des comptes (ou le conseil d'administration en l'absence d'un comité de vérification des comptes) sera dûment informé. Si après s'être assuré que le comité de vérification des comptes ou le conseil d'administration a été informé de l'acte illégal éventuel, le vérificateur conclut que : (i) l'acte a un impact important sur les états financiers ; (ii) la direction n'a pas pris des mesures correctrices appropriées en temps opportun ; et (iii) on est raisonnablement en droit d'attendre que le fait de ne pas avoir pris des mesures correctrices justifie une distanciation vis-à-vis du rapport standard d'un vérificateur ou une démission de la mission qui lui a été confiée, l'entreprise est alors tenue de rendre compte directement de ses conclusions au conseil d'administration.

163. Si un conseil d'administration reçoit un rapport contenant les conclusions ci-dessus de la part d'un vérificateur, l'émetteur dispose d'un jour ouvré après la réception de ce rapport pour informer la SEC et pour fournir une copie de cette notification au vérificateur. Si le vérificateur ne reçoit pas une copie de la notification avant l'expiration de ce délai d'un jour ouvré, le cabinet de vérification des comptes doit soit : (i) démissionner de sa mission, soit (ii) remettre à la SEC une copie de son rapport (ou le compte rendu de tout rapport oral effectué) au plus tard un jour ouvré après la non-réception de la notification par l'émetteur. Si le vérificateur démissionne de la mission qui lui a été confiée, le cabinet de vérification des comptes doit fournir une copie de la communication de l'acte illégal au conseil d'administration un jour ouvré après la non-réception par le vérificateur de cette notification de la part de l'émetteur.

164. L'article 10A prévoit qu'aucun vérificateur ne peut être jugé responsable, dans le cadre d'une action privée, d'une quelconque constatation, conclusion ou déclaration formulée dans le rapport mentionné précédemment. Cela étant, si un vérificateur ne reçoit pas une copie de la notification qui doit être fournie à la SEC par l'émetteur, et soit ne démissionne pas de la mission qui lui a été confiée ni ne fournit à la SEC une copie du rapport, soit ne fournit pas à la SEC une copie du rapport tout en continuant de se charger de la mission, la SEC peut imposer une sanction civile contre le vérificateur et toute autre personne qui, selon la SEC, est à l'origine d'un tel manquement.

⁹⁷ Selon la section 110 des Interim Auditing Standard (normes intermédiaires de vérification des comptes) du Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB), «le vérificateur est chargé de planifier et d'effectuer la vérification des comptes pour s'assurer raisonnablement que les états financiers ne présentent pas de déclarations inexacts majeures, qu'elles soient due à une erreur ou à une fraude. Compte tenu de la nature des éléments de preuve que peut apporter la vérification des comptes et des caractéristiques de la fraude, le vérificateur peut obtenir l'assurance raisonnable, mais pas absolue, que les déclarations inexacts majeures sont détectées. Le vérificateur n'a pas l'obligation de planifier et d'effectuer la vérification des comptes pour s'assurer raisonnablement que des déclarations inexacts, qu'elles soient dues à une erreur ou à une fraude soient décelées qui n'ont pas d'incidence majeure sur les états financiers». (Pour plus d'informations sur le PCAOB et ses normes de vérification des comptes, on se reportera à la section 7.b.)

b) Modification des exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes depuis la Phase 2

165. Des exigences supplémentaires de reddition de comptes ont été imposées aux vérificateurs des émetteurs avec la promulgation de la Loi Sarbanes-Oxley de 2002, dont l'article 404 exige, premièrement, de l'équipe dirigeante des émetteurs qu'elle rende publique son évaluation des vérifications internes des comptes et des procédures de communication financière et, deuxièmement, des vérificateurs des émetteurs qu'ils certifient et communiquent cette évaluation par l'équipe dirigeante. L'exigence de reddition de comptes par l'équipe dirigeante s'applique aux émetteurs de toutes tailles depuis 2007⁹⁸, mais l'exigence de reddition de comptes du vérificateur ne s'appliquait initialement qu'aux grands émetteurs (généralement ceux dont les actions en circulation étaient détenues par des investisseurs publics à hauteur d'au moins 75 millions USD). Après la mission sur place, le Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act (loi Dodd-Frank sur la réforme de Wall Street et la protection des consommateurs ou « loi Dodd-Frank ») a été adoptée⁹⁹. (Cet aspect est aussi traité au point B.1.e.i. du présent rapport, « Sources des allégations ») L'article 989G de la loi Dodd-Frank a modifié les dispositions de l'article 404 de la Loi Sarbanes-Oxley, les émetteurs ayant une capitalisation boursière inférieure à 75 millions USD n'étant plus tenus d'inclure dans leurs déclarations auprès de la SEC la certification par un vérificateur du rapport de la direction rendant compte du contrôle interne de la communication financière¹⁰⁰. Tous les émetteurs, indépendamment de leur taille, restent soumis aux exigences de l'article 404(a) de la Loi Sarbanes-Oxley, selon lesquelles le rapport annuel d'un émetteur doit comporter un rapport de la direction sur les contrôles internes de la communication financière de l'émetteur.

166. La Loi Sarbanes-Oxley a institué le Public Company Accounting Oversight Board (PCAOB – conseil de surveillance comptable des sociétés cotées) qui a pour mission de surveiller les vérificateurs des comptes des entreprises publiques en usant de son autorité pour définir des normes de vérification des comptes et établir des pratiques professionnelles connexes et d'autres règles, d'inspecter les cabinets comptables afin de s'assurer de leur respect des normes et des règles du PCAOB, ainsi que des règles de la SEC, et de prendre des mesures disciplinaires, si nécessaire, afin d'imposer une mise en conformité ou des sanctions et des amendes. Les vérificateurs des comptes d'entreprises publiques sont liés par ces normes du PCAOB.

167. La responsabilité des vérificateurs des entreprises publiques — qui doivent tous être enregistrés auprès du PCAOB — est définie dans la section 317 des Interim Auditing Standards¹⁰¹ (normes intermédiaires de vérification des comptes) du PCAOB, *Illegal Acts by Clients* (« AU 317 »)¹⁰², qui précise la nature et l'étendue de l'attention qu'un vérificateur indépendant doit, lors d'une vérification des états

⁹⁸ Il a été demandé aux grands émetteurs de présenter un rapport dès 2004.

⁹⁹ Pub. L. No. 111-203 (21 juillet 2010).

¹⁰⁰ L'article 404(b) exigeait légalement de tous les émetteurs que l'évaluation des contrôles internes par leur équipe dirigeante soit certifiée par un vérificateur des comptes. La SEC accordait aux petits émetteurs un délai plus long pour se conformer à cette exigence, en partie pour évaluer les avantages et les coûts chez les petits émetteurs. Aux termes de la Loi Dodd-Frank, les petits émetteurs peuvent déroger à cette exigence.

¹⁰¹ Les Interim Auditing Standards du PCAOB se composent des normes de vérification des comptes généralement admises, telles que décrites dans l'Auditing Standards Board's Statement of Auditing Standards No. 95 [communiqué des normes de vérification des comptes n°95 de l'Auditing Standards Board] de l'American Institute of Certified Public Accountant (AICPA, institut américain des experts-comptables agréés), depuis sa création le 16 avril 2003, et des normes adoptées par le conseil après la création du PCAOB.

¹⁰² Les normes du PCAOB sont disponibles à l'adresse <http://pcaobus.org/Standards/Auditing/Pages/default.aspx>

financiers, accorder à la possibilité qu'un client ait commis des actes illégaux¹⁰³. Elle donne aussi des instructions sur la responsabilité du vérificateur en cas de détection d'un acte illégal. La section 316 (« AU 316 ») des Interim Auditing Standard du PCAOB, *Consideration of Fraud in a Financial Statement Audit* [traitement de la fraude lors d'une vérification des états financiers], établit une obligation pour les vérificateurs de détecter une fraude¹⁰⁴ qui entraînerait des déclarations inexactes majeures dans les états financiers¹⁰⁵.

168. En certifiant et en rendant compte de l'évaluation des contrôles internes et des procédures de communication financière par l'équipe dirigeante aux termes de l'article 404 de la Loi Sarbanes-Oxley, les vérificateurs des entreprises publiques doivent aussi se conformer à la norme de vérification des comptes n°5 (AS 5), *An Audit of Internal Control Over Financial Reporting that is Integrated with an Audit of Financial Statements* (une vérification du contrôle interne de la communication financière intégré dans une vérification des états financiers) du PCAOB. L'AS 5 précise les obligations des vérificateurs chargés de vérifier l'évaluation, par la direction, de l'efficacité de ses mécanismes internes de contrôle de la communication financière, et donne des lignes directrices dans ce domaine. Elle fournit aussi aux vérificateurs des indications pour appliquer le concept de *materiality* (caractère significatif des faits) et examiner les risques de fraude, y compris les actes de corruption susceptibles d'avoir un impact important sur les états financiers.

169. En 2009, le PCAOB a publié le norme de vérification des comptes n°7¹⁰⁶, *Engagement Quality Review*, qui exige des examinateurs chargés de s'assurer de la qualité de la mission qu'ils évaluent les opinions de l'équipe responsable de la vérification des comptes sur l'importance des faits, l'impact de ces opinions sur la stratégie adoptée lors de la mission, l'étude des risques de fraude réalisée par l'équipe responsable de la mission de vérification des comptes et les réponses apportées dans le cadre de la vérification des comptes. De plus, le PCAOB a récemment publié pour approbation par la SEC un ensemble de normes, appelées collectivement « normes d'évaluation du risque » qui intègre les obligations actuellement faites aux vérificateurs de se montrer attentifs aux fraudes susceptibles de donner lieu à des déclarations inexactes majeures dans les états financiers, et leur obligation d'identifier les risques de déclarations inexactes majeures dans les états financiers et d'y réagir¹⁰⁷. Les « normes d'évaluation du risque » comportent en outre une norme liée à l'examen du caractère significatif des faits par le vérificateur lors de la planification et de l'exécution de la vérification des comptes. Cette norme remplacerait les exigences et les instructions existantes concernant le caractère significatif des faits dans les normes de

¹⁰³ Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, paragraphes X.B

¹⁰⁴ Dans ce rapport, la «fraude» est définie comme un acte intentionnel, par opposition à un «acte illégal», qui n'est pas toujours intentionnel. La documentation concernant la vérification des comptes décrit généralement la fraude comme un acte intentionnel qui résulte d'une déclaration inexacte significative dans des états financiers, due à des actifs frauduleux et/ou à une appropriation illicite d'actifs.

¹⁰⁵ Les normes intermédiaires AU 316 et AU 317 ne prévoient pas nécessairement une profonde modification par l'administration publique américaine des exigences en matière de comptabilité et de vérification des comptes. Toutes deux remplacent, ou prévalent sur, une partie des «U.S. Generally Accepted Auditing Standards» (normes GAAP ou principes comptables généralement admis), qui doivent être suivis pour la vérification des comptes de tous les émetteurs depuis les années 80.

¹⁰⁶ La norme de vérification des comptes (Auditing Standard) n°7 du PCAOB peut être consultée à l'adresse [pcaobus.org/Standards/Auditing/Pages/Auditing Standard 7.aspx](http://pcaobus.org/Standards/Auditing/Pages/Auditing%20Standard%207.aspx)

¹⁰⁷ Le communiqué (Release) n°2009-007 du PCAOB, Proposed Auditing Standards Related to the Auditor's Assessment of and Response to Risk and Related Amendments to PCAOB standards [proposition de normes de vérification concernant l'évaluation des risques par le vérificateur et sa réaction à ces risques et modifications correspondantes des normes du PCAOB], peut être consulté à l'adresse [pcaobus.org/Rules/Rulemaking/Docket%202009-12-16 Release No 2009-007.pdf](http://pcaobus.org/Rules/Rulemaking/Docket%202009-12-16%20Release%20No%202009-007.pdf).

vérification des comptes. Elle contient des exigences nouvelles ou révisées pour décider du caractère significatif de certains comptes ou de certaines divulgations, de différents sites ou de différentes entités commerciales lorsque les missions portent sur de multiples sites, et réévaluer le caractère significatif des faits et la portée des procédures de vérification des comptes. Les normes d'évaluation du risque ont été finalisées par le PCAOB en 2010 et attendent l'approbation de la SEC.

170. L'évaluation, par l'équipe dirigeante, de l'efficacité de ses mécanismes internes de contrôle de la communication financière doit être conforme à la définition d'un dispositif convenable pour des contrôles internes efficaces. Cette définition doit préciser les éléments qui doivent être présents et fonctionner dans le dispositif pour que le contrôle interne soit efficace. Le dispositif le plus communément reconnu est l'*Internal Control—Integrated Framework* [dispositif intégré – contrôle interne] conçu par le Committee of Sponsoring Organizations (COSO) [comité des organismes promoteurs], qui définit le « contrôle interne » comme un processus destiné à s'assurer raisonnablement de la réalisation des objectifs en matière de fiabilité de la communication financière, d'efficacité et d'efficience des opérations et de conformité avec la législation et la réglementation applicables.

171. En 2005, le COSO a publié un document, « *Guidance for Smaller Public Companies Reporting on Internal Control over Financial Reporting* » [instructions pour la communication des petites entreprises publiques sur le contrôle interne de la communication financière], pour compléter son « *Internal Control—Integrated Framework* » [*Contrôle interne – cadre intégré*]. Les instructions se concentrent sur ce dont les petites entreprises ont besoin pour se conformer à l'article 404 de la Loi Sarbanes-Oxley et exposent les principes fondamentaux associés aux cinq composantes essentielles du contrôle interne : le contexte du contrôle ; l'évaluation du risque ; les activités de contrôle ; les informations et la communication ; et le suivi.

172. En 2007, la SEC a publié des instructions interprétatives¹⁰⁸ à l'intention des équipes dirigeantes concernant leur évaluation et leur examen du contrôle interne de la communication financière. Ces instructions proposent une approche dans le cadre de laquelle l'équipe dirigeante peut effectuer son évaluation de haut en bas et en fonction du risque, lorsqu'elle examine les contrôles internes de la communication financière. Elles comportent des lignes directrices pour permettre à l'équipe dirigeante d'identifier les risques et les contrôles mis en place en matière de communication financière et d'évaluer les signes d'efficacité opérationnelle du contrôle interne de la communication financière. En outre, ces instructions contiennent des informations pour aider l'équipe dirigeante à instaurer la divulgation du résultat des contrôles internes en matière de communication financière, y compris des carences importantes qui peuvent être décelées.

Commentaire

Les examinateurs accueillent favorablement la clarification des normes de vérification des comptes depuis la promulgation de la Loi Sarbanes-Oxley en 2002, notamment les précisions sur le caractère significatif des faits et la plus grande rigueur des contrôles exercés sur les vérificateurs en vue d'améliorer la détection de la corruption transnationale. Les examinateurs notent aussi que les petits émetteurs ne sont pas tenus de fournir la certification d'un vérificateur en vertu de la Loi Dodd-Frank. Les examinateurs estiment que la

¹⁰⁸ Le «Commission Guidance Regarding Management's Report on Internal Control Over Financial Reporting Under Section 13(a) or 15(d) of the Securities Exchange Act of 1934» [instructions de la commission concernant le rapport de l'équipe dirigeante sur le contrôle interne de la communication financière aux termes de l'article 13(a) ou 15(d) du Securities Exchange Act de 1934] peut être consulté à l'adresse <http://www.sec.gov/rules/interp/2007/33-8810.pdf>

recommandation relative à ce problème qui persistait depuis la Phase 2 est pleinement mise en œuvre.

c) *Respect et connaissance du FCPA par les comptables et vérificateurs des comptes*

173. Depuis la Phase 2 et depuis l'adoption de la loi Sarbanes-Oxley, la connaissance du FCPA qu'ont les comptables et vérificateurs des comptes s'est nettement améliorée. Ces deux dernières années, les mesures répressives de la SEC et du DOJ — souvent extrêmement médiatisées — ont capté l'attention non seulement des sociétés américaines, mais aussi des cabinets de comptabilité, de conseil et d'avocats. La création en janvier 2010 d'une unité spéciale au sein de la Direction des affaires opérationnelles de la SEC qui se concentre sur les violations du FCPA a aussi suscité l'intérêt des spécialistes dans ce domaine.

174. Selon les comptables et vérificateurs des comptes représentant leur profession, la sensibilisation accrue parmi les membres de ces professions s'explique aussi par les progrès réalisés dans l'organisation et l'offre de formations sur la fraude depuis la publication de la norme intermédiaire AU 316 en 2002. En outre, les programmes des établissements éducatifs comportent désormais des cours sur la fraude et l'expertise comptable judiciaire pour que les étudiants soient dotés des connaissances et des compétences requises aujourd'hui pour les postes de comptables débutants. D'après les déclarations du Certified in Financial Forensics Committee (comité délivrant des attestations de compétences en criminalité financière) de l'American Institute of Certified Public Accountants (AICPA) [institut américain des experts-comptables agréés], environ 50 universités américaines proposent des diplômes du premier cycle et au-delà ou un certificat en comptabilité judiciaire, ce qui est cinq fois plus qu'il y a cinq ans.

175. Cela étant, il est ressorti d'une récente étude de l'Institute of Internal Auditors que les comptables et vérificateurs des comptes auraient tout intérêt à suivre une formation plus approfondie non seulement concernant le FCPA, mais aussi sur les moyens de gérer des situations où une violation du FCPA est détectée. La formation a également été identifiée comme la première pratique permettant au sein d'une entreprise de s'assurer de la conformité avec le FCPA¹⁰⁹.

Commentaire

Les examinateurs font remarquer que, depuis la Phase 2, la connaissance du FCPA qu'ont les comptables et vérificateurs de comptes s'est considérablement améliorée, en grande partie en raison d'un renforcement de la mise en œuvre des dispositions du FCPA relatives à la tenue des livres et états comptables et aux contrôles internes, et du fait de l'introduction de la loi Sarbanes-Oxley en 2002 et de la création du PCAOB.

d) *Traitement des paiements de facilitation compte tenu des exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes*¹¹⁰

176. Si les dispositions du FCPA concernant la lutte contre la corruption autorisent les paiements de facilitation, les dispositions relatives à la comptabilité et à la tenue des livres et des états comptables de cette même loi exigent des entreprises effectuant de tels paiements qu'elles les inscrivent avec exactitude dans les livres et états comptables. Les examinateurs ont donc cherché à comprendre l'impact de cette pratique sur l'application globale du FCPA concernant les infractions de corruption transnationale, ainsi

¹⁰⁹ L'étude *Knowledge Briefing: Internal Auditing and the Foreign Corrupt Practices Act*, publiée par l'Institute of Internal Auditors en avril 2010, peut être consultée à l'adresse <http://www.theiia.org/guidance/benchmarking/gain/knowledge-services/new-report-provides-recommendations-to-enhance-fcpa-compliance-efforts/>.

¹¹⁰ Les paiements de facilitation sont aussi traités sous les points B.2.b et B.8.

que les efforts de mise en conformité effectués par les entreprises à propos des paiements de facilitation. Ils se sont notamment demandé si les entreprises enregistraient ces paiements en tant que paiements de facilitation et, le cas échéant, si la SEC vérifiait si les paiements ne correspondaient pas en fait à un pot-de-vin à l'intention d'un agent public étranger, ce qui serait contraire au FCPA. Les examinateurs ont en outre cherché à savoir si les paiements de facilitation pouvaient être enregistrés comme d'autres dépenses pour dissimuler leur objectif et, en pareils cas, si la SEC adopterait des mesures répressives parce qu'ils n'ont pas été enregistrés convenablement dans les livres et les états comptables.

177. La SEC a informé les examinateurs que, d'après les dossiers qu'elle avait traités, il était apparu clairement que, dans certains cas où une entreprise prétend que des paiements sont des paiements de facilitation en vertu du FCPA, les paiements sont en fait des pots-de-vin. Pour chaque enquête qu'elle mène, la SEC analyse tous les paiements à un agent public étranger pour déterminer s'ils sont ou non illicites. Elle cherche aussi à déterminer si les paiements ont été correctement enregistrés dans les livres et les états comptables et si le contrôle comptable interne concernant les paiements a été satisfaisant, autrement dit si des comptables en interne, parfois même des vérificateurs extérieurs, les ont examinés. La SEC pense que les multiples niveaux de vérification des livres et des états comptables et de la conformité interne chez les émetteurs américains et étrangers ont réduit le nombre de paiements de facilitation qui font l'objet d'une déclaration inexacte ou qui sont passés sous silence.

178. La SEC a engagé de nombreuses actions dans le cadre desquelles des entreprises étaient accusées d'enfreindre les dispositions du FCPA concernant la tenue des livres et des états comptables et les contrôles internes. Elle informe les examinateurs que parmi elles figurent des poursuites engagées contre des émetteurs qui avaient communiqué de fausses informations sur les paiements de facilitation. Dans un cas, une des accusations retenues était que la filiale étrangère d'une entreprise américaine avait effectué des fausses déclarations concernant des paiements mensuels à hauteur d'environ 1 000 USD à des employés à un niveau inférieur de la hiérarchie d'une société pétrolière appartenant à l'État pour s'assurer du traitement en temps opportun des recettes mensuelles issues du pétrole brut¹¹¹. D'autres affaires ont aussi porté sur des déclarations inexactes de paiements de facilitation, dans les domaines des douanes, de l'immigration et du traitement des visas, des inspections, de la formation, des dons, des voyages et du divertissement. Voir, par exemple, *Lucent*, *UTStarcom*, *Natco*, *Veraz Networks* et *Avery Dennison*.

179. Selon certains représentants du secteur privé, les paiements de facilitation sont insuffisamment signalés dans les livres et états comptables des entreprises, ce qui a conduit l'équipe d'examineurs, dans le cadre de leur évaluation, à demander aux autorités américaines pourquoi les actions répressives menées par la SEC contre les déclarations inexactes de paiements de facilitation n'étaient pas plus nombreuses. La SEC a indiqué que, lors de ses enquêtes sur d'éventuels manquements aux dispositions sur la tenue des livres et des états comptables, elle recherche les paiements qui n'auraient pas été correctement signalés, y compris les paiements de facilitation. Elle a également expliqué que son Unité FCPA continuera d'examiner tous les paiements effectués à l'intention d'agents publics étrangers dans le cadre de ses responsabilités d'enquête. De plus, elle s'occupe de formations et collabore avec sa Division de financement des entreprises, qui examine les dossiers déposés par les sociétés. A l'occasion de nombreuses conférences et autres événements publics sur la comptabilité et les contrôles internes, la SEC fournit également des informations sur les types d'infractions aux dispositions sur la tenue des livres et des états comptables et sur les contrôles internes qu'elle a constatés dans le cadre d'affaires de corruption et de paiements de facilitation.

180. Un certain nombre de représentants du secteur privé et des professions chargées de veiller à la conformité ont fait part d'une tendance croissante des entreprises à mettre en place des politiques de

¹¹¹ SEC contre Triton Energy Corporation, Philip W. Keever, et Richard L. McAdoo, n°97-CV-00401, (D.D.C. 1997)

« tolérance zéro » contre le versement de paiements de facilitation, car elles redoutent d'effectuer des déclarations inexactes et sont animées par des inquiétudes plus générales, notamment à l'idée que les paiements de facilitation soient illégaux sur les marchés étrangers et que des paiements de facilitation réguliers puissent avoir un impact corrosif sur les contrôles internes. Des représentants du secteur privé ont notamment confié à l'équipe d'examineurs qu'ils craignaient que le fait de prévoir des exceptions à l'interdiction générale des pratiques de corruption qui s'applique aux entreprises ne soit dommageable pour la formation interne et pour la communication avec des partenaires commerciaux à l'étranger et ne les entraîne sur une « pente savonneuse », des paiements de facilitation réguliers pouvant facilement se transformer en paiements visant à obtenir une intervention officielle discrétionnaire. Une entreprise a souligné qu'elle autorisait les paiements de facilitation sur un marché étranger où les paiements de faibles montants n'étaient pas illégaux, mais qu'elle appliquait des contrôles supplémentaires aux courtiers en douanes car elle était consciente du risque de fausses déclarations et de paiements visant à obtenir une intervention officielle discrétionnaire.

181. Compte tenu de ces inquiétudes plus générales du secteur privé, l'équipe d'examineurs a, dans le cadre de son évaluation, demandé aux autorités américaines si l'exception faite régulièrement pour les paiements de facilitation constituait un facteur de risque dans les enquêtes de la SEC. La SEC a reconnu que les professions chargées de veiller à la conformité s'inquiétaient des déclarations inexactes, mais elle a commenté qu'une politique de « tolérance zéro » était difficile à mettre en œuvre et pouvait donner lieu à des carences plus graves des contrôles, des employés locaux effectuant par exemple des paiements sans autorisation, contrôle ou reddition de compte de l'entreprise. Le ministère du Commerce a fait écho à ce point de vue et souligné que, si certains déontologues préféreraient ne pas proposer de formation sur les dérogations concernant les paiements de facilitation, une politique de « tolérance zéro » nécessitait tout de même une formation sur les exceptions spéciales prévues pour cette politique, notamment la contrainte ou la santé et la sécurité des employés.

Commentaire

Les examinateurs recommandent aux États-Unis d'engager avec diligence des poursuites en cas d'infractions au FCPA concernant la tenue des livres et des états comptables, notamment à propos des paiements de facilitation, et encouragent les États-Unis à favoriser une sensibilisation à cet effort.

e) Conformité et sensibilisation aux exigences en termes de comptabilité et de vérification des comptes parmi les émetteurs

182. L'obligation pour les vérificateurs des comptes de signaler à la SEC les cas où la direction ou le conseil d'administration ne prend pas les mesures nécessaires incite fortement les entreprises à donner suite aux signalements d'actes illégaux. L'application plus rigoureuse de ces exigences depuis la Phase 2 a entraîné une plus grande sensibilisation et une meilleure conformité aux dispositions du FCPA sur la tenue des livres et des états comptables et les contrôles. (De 1998 à fin 2010, environ 63 % de l'ensemble des décisions prises pour faire respecter le FCPA dans le cadre de procédures administratives et/ou civiles ont porté sur des manquements aux dispositions relatives à la lutte contre la corruption et presque toutes les décisions concernaient, entre autres, la tenue des livres et des états comptables et les contrôles internes.)

183. Les émetteurs et les vérificateurs des comptes ont constaté ce renforcement de la mise en œuvre des dispositions du FCPA relatives aux livres et aux états comptables et aux contrôles internes. Du fait de cette application plus rigoureuse, les comptables et vérificateurs des comptes ont vu se multiplier les contrôles/examens de conformité au FCPA sans rapport avec des poursuites ou une enquête interne (à savoir, des contrôles et examens préventifs ou spontanés). Le recours à des services de vérification interne des comptes pour examiner la conformité au FCPA s'est également révélé plus fréquent. Les comptables et

vérificateurs des comptes représentant leur profession ont fait remarquer que, depuis 2002, les dirigeants d'entreprises sont plus attentifs à leurs obligations en matière de comptabilité et de vérification des comptes aux termes de la législation américaine dans le cadre d'une approche plus générale de la gestion des risques de l'entreprise. Les contrôles préalables concernant les tiers représentent un domaine spécifique qui nécessite une surveillance étroite, ont répondu les représentants de plusieurs branches du secteur privé.

184. Un certain nombre de déontologues et de comptables et vérificateurs des comptes ont remarqué que beaucoup d'entreprises proposaient des formations axées sur le FCPA à leurs services internes de vérification des comptes. Ils ont aussi constaté que les entreprises dispensaient plus fréquemment des formations fondées sur les risques, notamment aux personnes qui occupent des postes dans les services financiers ou comptables, dans la vente ou le marketing, ou encore dans les services chargés des affaires juridiques ou de la conformité.

185. Selon ces représentants, les entreprises qui prévoient de tels programmes dans le cadre de leur stratégie de gestion des risques tendent à se montrer plus rigoureuses pour la mise en œuvre, la formation et le suivi permanent. Ils ont fait remarquer à l'équipe d'examineurs la grande disparité entre les entreprises qui effectuent de solides contrôles préalables concernant les tiers et les co-entreprises, et celles qui ne le font pas. Par ailleurs, le degré de sensibilisation et de mise en œuvre des programmes de contrôle de la conformité par le personnel local dans les juridictions à haut risque continue de poser un problème.

186. Les représentants du secteur privé dans les branches de l'aérospatiale et de la défense, ainsi que les comptables et vérificateurs des comptes ont souligné que la disponibilité de ressources posait un problème croissant aux entreprises, les petites comme les grandes, pour concevoir, mettre en œuvre et assurer le suivi de programmes destinés à favoriser la conformité au FCPA. Aussi est-il de plus en plus difficile, dans bien des entreprises, aux services financiers et aux services de vérification interne des comptes, surchargés, de tester l'efficacité de leurs programmes anti-corruption. Cela vaut tout particulièrement pour les petites entreprises. Cela étant, il ressort d'une récente étude sur le coût de la mise en conformité avec l'article 404, réalisée par l'Office of Economic Analysis de la SEC, que les vérificateurs indépendants interrogés estiment ce processus de mise en conformité plus efficace et moins coûteux que la mise en œuvre initiale des exigences en 2004¹¹².

187. Enfin, pour des raisons échappant au contrôle des autorités américaines (qui ont déjà été exposées précédemment au paragraphe 103 du présent rapport), les examineurs n'ont pu rencontrer qu'une seule PME lors de la mission sur place et il n'a pas été possible d'évaluer le niveau général de sensibilisation des PME vis-à-vis de leurs obligations aux termes du FCPA. Cela étant, certains représentants de grandes entreprises et des comptables et vérificateurs des comptes ont exprimé le sentiment que les petits émetteurs avaient sans doute besoin d'être mieux sensibilisés aux problèmes de mise en conformité, notamment en ce qui concerne les aspects particulièrement difficiles des contrôles préalables de tiers.

Commentaire

Les examineurs notent que les États-Unis ont consacré des ressources importantes à la mise en œuvre des dispositions du FCPA concernant la comptabilité et les contrôles internes. La création au sein de la SEC d'une unité spéciale pour le FCPA, la poursuite de la mise en œuvre des dispositions sur la tenue des livres et des états comptables et les contrôles internes par le DOJ et la SEC, la priorité croissante accordée aux poursuites visant les personnes

¹¹² Office of Economic Analysis of the SEC, *Study of the Sarbanes-Oxley Act of 2002 Section 404 Internal Control over Financial Reporting Requirements*, [étude sur l'article 404, Contrôle interne des exigences en matière de communication financière, de la Loi Sarbanes-Oxley de 2002], disponible à l'adresse : http://www.sec.gov/news/studies/2009/sox-404_study.pdf

physiques et la rigueur des sanctions ont eu un effet dissuasif et, associées aux instructions sur la mise en œuvre de ces normes, ces mesures ont favorisé la sensibilisation des émetteurs aux exigences en matière de comptabilité et de vérification des comptes aux États-Unis.

L'engagement vis-à-vis des PME est un problème horizontal qui concerne toutes les Parties à la Convention. Les États-Unis devraient chercher à saisir toutes les opportunités pour améliorer la sensibilisation des PME à la prévention et à la détection de la corruption transnationale.

f) Pratiques de comptabilité et vérification des comptes parmi les non-émetteurs

188. Dans son évaluation des États-Unis dans le cadre de la Phase 2, le Groupe de travail sur la corruption a recommandé aux États-Unis « 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 ». Les autorités américaines continuent de penser que le niveau de dissuasion obtenu grâce au FCPA est dans l'ensemble raisonnable et que d'autres lois et réglementations, y compris celles régissant la fraude bancaire, la fraude par voie postale (*mail fraud*) ou la fraude par voie téléphonique, télégraphique ou électronique (*wire fraud*), couvrent les non-émetteurs et peuvent servir de fondements à des poursuites en cas de mauvaise tenue des livres et des états comptables. Les autorités américaines ont fourni de nombreux exemples de cas où elles ont engagé des poursuites contre des non-émetteurs de toutes tailles pour des faits de corruption transnationale et autres infractions liées, par exemple, le blanchiment de capitaux pour des fausses factures¹¹³. Elles n'ont donc pas l'intention d'étendre aux non-émetteurs la portée des dispositions du FCPA relatives aux livres et aux registres.

189. Bien que les dispositions du FCPA sur les livres et les états comptables et sur les contrôles internes ne s'appliquent pas aux non-émetteurs, les comptables et vérificateurs des comptes ont fait remarquer que ces entreprises témoignaient de plus en plus souvent de leur volonté de mettre en œuvre spontanément les dispositions concernant les livres et les états comptables et d'instaurer des contrôles internes plus stricts sur fond d'application plus rigoureuse du FCPA par le DOJ et la SEC. Cela vaut tout particulièrement pour les non-émetteurs les plus à la pointe, qui considèrent que les initiatives de grande envergure qu'ils prennent pour se mettre en conformité constituent un argument commercial.

Commentaire

Les examinateurs principaux reconnaissent que, même si les dispositions du FCPA sur les livres et les états comptables ne sont pas appliquées aux non-émetteurs, de nombreux cas de corruption transnationale concernant des non-émetteurs ont été détectés et ont fait l'objet de poursuites. Les examinateurs pensent par conséquent qu'il pourrait être utile pour le Groupe de travail d'assurer un suivi de la pratique sur ce point.

8. Mesures fiscales visant à lutter contre la corruption¹¹⁴

190. Les discussions lors de la mission sur place et ultérieurement se sont concentrées sur les dispositions dans la législation fiscale américaine concernant les paiements de facilitation, qui constituent une exception au FCPA, de même que sur le traitement de ces paiements en pratique par l'administration

¹¹³ Voir, par exemple : Aibel Group Limited ; BAE Systems plc ; Control Components, Inc. ; Latin Node Inc. ; Micrus Corporation ; Nexus Technologies, Inc. ; Paradigm, B.V. ; et Vetco Gray Controls, Inc.

¹¹⁴ La question des paiements de facilitation est traitée dans les sections B.1.b et B.7.d.

fiscale américaine (l'IRS).¹¹⁵ Les examinateurs ont décidé d'être particulièrement attentifs à ce problème car : 1 : certaines entreprises peuvent classer un paiement parmi les paiements de facilitation alors qu'il s'agit, en fait, d'un paiement pour une intervention officielle discrétionnaire contraire au FCPA ; et 2 : il est possible que, dans certains cas, des paiements de facilitation réguliers n'ayant pas fait l'objet de contrôles internes adéquats soient le signal qu'une entreprise se livre également à des actes de corruption en violation des dispositions du FCPA.

191. En vertu du droit américain, un « paiement qui est illégal aux termes du Foreign Corrupt Practices Act [Loi sur les pratiques de corruption transnationale] de 1977 » n'est pas déductible fiscalement. Le DOJ a confirmé que les paiements de facilitation « peuvent » être déductibles fiscalement aux États-Unis lorsqu'ils sont répertoriés convenablement comme des « dépenses ordinaires et nécessaires », car ils ne sont pas « illicites aux termes du FCPA ».

192. Le représentant de l'IRS qui a participé à la mission sur place a déclaré ignorer si les équipes de contrôle fiscal avaient repéré des paiements de facilitation dans les déclarations fiscales des entreprises. Il n'était pas certain du traitement que l'IRS réserverait à ces paiements. Il a expliqué qu'une telle dépense ne serait déductible fiscalement que s'il s'agissait d'une « dépense ordinaire et nécessaire » effectuée ou encourue durant l'exercice fiscal dans le cadre d'une opération ou une transaction réalisée conformément à la législation fiscale. Il était cependant convaincu qu'une demande de déduction fiscale pour un paiement de facilitation soulèverait sans doute des interrogations au sein d'une équipe de contrôle fiscal. Le DOJ a fait remarquer qu'il n'était pas étonnant que les équipes de contrôle fiscal de l'IRS ne soient pas confrontées aux paiements de facilitation car seuls les agents de l'IRS voient les détails des liasses fiscales des sociétés. L'IRS a commenté que les faibles montants correspondant habituellement aux paiements de facilitation en font un aspect mineur des comptes des entreprises et qu'il est donc peu probable que les contrôles de l'IRS permettent de relever de tels détails.

193. Un certain nombre de représentants du secteur privé avaient l'impression que les paiements de facilitation étaient insuffisamment signalés, ce qui soulève la question de savoir si on les invoque pour une déduction fiscale sous un autre intitulé. Une entreprise qui participait aux discussions du panel du secteur privé a déclaré qu'elle réservait une rubrique spéciale du grand livre dans ses registres comptables pour les paiements de facilitation. Cette entreprise et un autre représentant du secteur privé estimaient cependant que, du fait des incertitudes autour du statut légal des paiements de facilitation à l'étranger, une demande de déductibilité fiscale était risquée.

Commentaire

Les examinateurs pensent que l'efficacité de la mise en œuvre, par les États-Unis, de la Recommandation de 2009 du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales pourrait être améliorée en éliminant les incertitudes entourant le traitement en pratique par les autorités fiscales américaines des paiements de facilitation pour lesquels des déductions fiscales sont demandées. Ils recommandent par conséquent aux États-Unis de clarifier leur politique à cet égard et de donner des directives sur les signes devant inciter à une vigilance accrue pour aider les contrôleurs des impôts à repérer les paiements présentés comme étant des paiements de facilitation mais qui en fait enfreignent le FCPA et/ou témoignent d'un comportement contraire au FCPA. Les examinateurs pensent que de telles directives

¹¹⁵

Les examinateurs ont choisi de s'intéresser spécifiquement aux paiements de facilitation, qui constituent une priorité dans la nouvelle Recommandation de 2009 et dont le traitement fiscal aux États-Unis n'a pas été examiné durant la Phase 2.

pourraient aussi aider les entreprises qui cherchent à obtenir la déductibilité fiscale pour des paiements de facilitation.

9. Coopération internationale

194. Les États-Unis comptent sur trois principaux réseaux pour obtenir une coopération internationale en cas de corruption transnationale : (1) les demandes officielles de coopération pour les affaires pénales s'appuyant sur des conventions internationales, les lettres rogatoires ou les lettres de requête de la part de ministères de la Justice ; (2) les demandes au titre de protocoles d'accord ; et (3) les demandes par des moyens informels.

a) Demandes officielles

195. Un certain nombre de conventions peuvent permettre d'obtenir une coopération internationale. Les États-Unis sont parties à 80 conventions bilatérales d'entraide judiciaire en matière pénale et à 133 sur l'extradition. Toutes les conventions bilatérales d'entraide judiciaire comportent des dispositions sur le produit des délits. En tant que partie à la Convention des Nations Unies contre la corruption et à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, les États-Unis peuvent recourir à ces conventions multilatérales pour chercher à obtenir une coopération. Les demandes au titre de conventions bilatérales, si elles existent, sont privilégiées, même si les États-Unis ont effectué un certain nombre de demandes au moyen d'instruments multilatéraux. De plus, les États-Unis peuvent traiter des demandes déposées en l'absence d'une convention, à savoir des demandes par le biais de lettres rogatoires ou de lettres émanant de ministères de la Justice.

196. Les États-Unis ont reçu un nombre relativement important de demandes d'entraide judiciaire pour des affaires liées à des faits de corruption transnationale. De juillet 2002 à mars 2010, les États-Unis ont traité 31 demandes entrantes d'entraide judiciaire, une aide ayant été accordée dans 24 cas. Plusieurs demandes ont été retirées. D'autres ont été rejetées, principalement parce que les éléments recherchés n'étaient pas aux États-Unis ou parce que l'État requérant n'avait pas fourni suffisamment d'informations à l'appui. Les demandes ont porté généralement sur des archives de banques, d'entreprises et en lien avec l'Internet.

197. Pendant la même période, les États-Unis ont aussi adressé 65 demandes officielles concernant des affaires en lien avec le FCPA et n'ont pas toujours obtenu satisfaction. La coopération s'est révélée tantôt excellente, tantôt inexistante. Les obstacles sont parfois de nature juridique, comme l'absence d'une double incrimination ou l'impossibilité d'exécuter des ordonnances de confiscation dans le cadre d'une affaire civile. Dans d'autres cas, les États ayant fait l'objet de la demande n'ont pas réagi. Les États-Unis ont par exemple déposé pour un certain dossier une demande d'entraide judiciaire puis une demande supplémentaire en 2007, et ont ensuite cherché à obtenir des renseignements dans le cadre d'un suivi, en 2008 et en 2009. Ils n'ont toujours pas obtenu de réponse. Dans plusieurs cas, les États-Unis ont soulevé la question de l'absence de coopération auprès d'autorités étrangères en s'adressant aux plus hautes instances de l'administration publique. Le DOJ et la SEC participent également à de nombreux forums internationaux qui encouragent une application rigoureuse du FCPA et des lois contre la corruption transnationale. Les autorités américaines affirment que si elles pouvaient obtenir plus d'aide de la part des pays ou territoires étrangers, en particulier de ceux qui ne sont pas encore membres de la Convention, le taux de poursuites pour faits de corruption transnationale augmenterait. Cela vaut d'autant plus pour les poursuites à l'encontre des personnes physiques instigatrices de faits de corruption et à l'encontre des tiers remettant les pots-de-vin aux agents publics étrangers.

Commentaire

La difficulté d'obtenir une aide et une coopération internationales dans les affaires de corruption transnationale constitue un grand problème horizontal auquel sont confrontées toutes les Parties à la Convention. Les efforts des États-Unis pour surmonter ces obstacles sont louables. Les examinateurs accueillent favorablement la poursuite du dialogue par toutes les Parties à la Convention concernant cet aspect (comme on le verra plus loin). Cette discussion pourrait comporter une réflexion sur les moyens d'améliorer la transparence à propos des problèmes à l'origine du retard de traitement ou de l'échec d'une demande d'aide dans le cadre de conventions d'entraide judiciaire ou au moyen d'autres instruments.

b) Demandes au titre de protocoles d'accord et de la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale

198. La SEC peut aussi chercher à obtenir une coopération pour des affaires de corruption transnationale au moyen de protocoles d'accord signés avec des instances comparables dans d'autres pays ou territoires. Parmi eux figurent le Protocole d'accord multilatéral de l'Organisation internationale des commissions de valeurs (OICV), dont sont signataires 71 autorités de tutelle des marchés de valeurs mobilières et d'instruments dérivés. Le Protocole d'accord multilatéral autorise la SEC à demander, entre autres informations, des documents détenus par une autorité de tutelle des marchés de valeurs mobilières, des précisions sur des comptes bancaires et de titres, ainsi que la déposition de témoins. La SEC peut utiliser les informations obtenues dans ses procédures civiles ou administratives et les partager avec des autorités de marché et des instances pénales. Par ailleurs, la SEC a conclu des protocoles d'accord pour l'échange d'informations avec 20 autorités de tutelle des marchés de valeurs mobilières.

199. Selon les autorités américaines, ce système de protocoles d'accord complète utilement les réseaux officiels de coopération internationale en matière pénale. Les éléments obtenus par la SEC grâce aux protocoles d'accord peuvent ensuite servir dans des procédures pénales et donc réduire les obstacles à une entraide judiciaire officielle pour les affaires pénales. Dans certains cas, les États-Unis ont pu bénéficier, par le biais d'un protocole d'accord, d'une coopération plus efficace et plus rapide qu'à l'aide d'une convention ou d'une demande rogatoire, selon les autorités américaines. Un inconvénient, cependant, est que les demandes au moyen d'un protocole d'accord ne sont pas prises en compte pour le délai de prescription dans les procédures pénales ou civiles en lien avec le FCPA.

200. Les États-Unis sont aussi partie à la Convention concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale. La Convention prévoit l'échange d'informations entre les parties essentiellement à des fins administratives et fiscales. Cependant, les informations reçues par les États-Unis dans le cadre de la Convention peuvent être utilisées à d'autres fins (par exemple, une enquête sur des faits de corruption dans une procédure pénale) si la législation et l'autorité compétente de la partie fournissant les informations autorisent une utilisation à de telles fins (article 24(4) de la Convention).

c) Demandes informelles

201. Les États-Unis peuvent fournir ou chercher à obtenir une aide par des voies informelles, notamment par le biais d'une communication directe entre les instances répressives et/ou les procureurs dans d'autres pays ou territoires. Dans bien des cas, ces demandes informelles ont abouti. Les demandes informelles constituent une première étape avant de recourir à d'autres voies. Les États-Unis ont par ailleurs obtenu et fourni des informations de la part ou à l'intention d'institutions financières multilatérales comme la Banque mondiale. Dans certains cas, une aide informelle n'est pas possible, par exemple quand les éléments recherchés nécessitent une authentification officielle ou quand l'État à qui est adressée la demande n'autorise pas les demandes informelles.

d) *Entraide judiciaire et recours aux TP, AAP et aux ASP*

202. Le recours aux TP, aux ASP et aux AAP ne restreint pas la recherche ou la fourniture d'une aide de la part ou à l'intention d'États étrangers. Bon nombre de ces accords s'appuient sur les informations et les éléments de preuve obtenus par les moyens décrits plus haut, y compris les demandes informelles. Ces accords peuvent aussi faciliter la fourniture d'une aide à des pays étrangers car ils exigent généralement de la partie à l'accord qu'elle coopère pleinement aux enquêtes menées par les autorités répressives étrangères.

e) *Lois étrangères sur la protection des données*

203. Les autorités américaines soulignent que les lois étrangères sur la protection des données les empêchent régulièrement d'obtenir des éléments de preuve. Dans plusieurs cas, des entreprises faisant l'objet d'une enquête souhaitaient fournir certains éléments de preuves aux autorités américaines, mais ont affirmé qu'elles ne pouvaient le faire en vertu de lois d'application de la Directive de l'Union européenne relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données¹¹⁶. Dans d'autres cas, les entreprises dans des circonstances comparables n'ont pas exprimé de réticences à divulguer des éléments de preuve. Ce manque de cohérence est due, selon les autorités américaines, aux instructions insuffisantes concernant l'application de la législation sur la protection des données à la divulgation d'éléments de preuve aux instances répressives étrangères.

10. *Sensibilisation du public et signalement de faits de corruption transnationale*

204. Du point de vue des examinateurs, la sensibilisation au FCPA est de manière générale élevée. Il est ressorti des entretiens pendant la mission sur place avec les représentants du secteur privé et de la société civile que la mise en œuvre plus rigoureuse du FCPA était à elle seule le facteur le plus important à l'origine d'une amélioration de la sensibilisation. En particulier, les représentants des secteurs à haut risque pendant la mission sur place ont précisé aux examinateurs que le montant des amendes récentes (par exemple, dans l'affaire Siemens) et la couverture médiatique internationale correspondante¹¹⁷, les enquêtes sectorielles coordonnées et le ciblage de personnes physiques spécifiques¹¹⁸ ont eu un effet largement dissuasif. Un représentant des professions de la comptabilité et de la vérification des comptes a fait remarquer, par exemple, que les secteurs pharmaceutiques et de la santé sont ceux qui chercheront probablement le plus à se mettre spontanément en conformité avec le FCPA car ils ont déjà été la cible d'une action de sensibilisation au FCPA.

¹¹⁶ Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995.

¹¹⁷ Les examinateurs principaux ont remarqué qu'aucun représentant des médias n'avait participé à la mission sur place. Les examinateurs ont cependant appris par la société civile que cela pouvait venir du fait que les membres des médias considèrent peut-être que la participation à une telle évaluation constitue un conflit d'intérêt.

¹¹⁸ Par exemple, il ressort de la 11th Global Fraud Survey [11^e enquête sur la fraude mondiale] de Ernst & Young's (mai 2010) que 76 % des conseils d'administration nord-américains sont relativement inquiets, voire très inquiets en ce qui concerne leur responsabilité personnelle pour les actes de leur entreprise. ([http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_11th_GLOBAL_FRAUD_Survey/\\$FILE/EY_11th_GLOBAL_FRAUD_Survey.pdf](http://www.ey.com/Publication/vwLUAssets/EY_11th_GLOBAL_FRAUD_Survey/$FILE/EY_11th_GLOBAL_FRAUD_Survey.pdf))

a) *Activités de sensibilisation menées par les autorités américaines*

(i) *Portée*

205. Depuis la Phase 2, la lutte contre la corruption est devenue une des grandes priorités de l'action publique aux États-Unis. Les représentants des pouvoirs publics ont fait remarquer que le Président des États-Unis, Barack Obama, de même que les organismes publics américains concernés, avaient souligné publiquement et à maintes reprises l'importance de la lutte contre la corruption à l'échelle internationale. Un représentant de la société civile a ajouté que presque tous les grands discours américains de politique étrangère mentionnaient la corruption sous une forme ou une autre.

206. Pour l'heure, les autorités américaines prennent la parole environ 40 à 50 fois par an dans des conférences, des séminaires, des cyberséminaires et autres, tant aux États-Unis qu'à l'étranger, certaines conférences faisant intervenir plusieurs porte-parole du gouvernement des États-Unis. À ces conférences participent des entreprises américaines et des entreprises étrangères qui sont des émetteurs aux États-Unis. De grandes entreprises, de même que des PME, y assistent en grand nombre. Lors de ces conférences, un temps considérable est consacré à l'examen des cas récents traités par le DOJ et la SEC, une description détaillée étant donnée des types de comportements conduisant à des faits de corruption ou des infractions aux dispositions sur les livres et états comptables et les contrôles internes. Selon les autorités américaines, les cas qui ont fait l'objet de poursuites constituent des ressources utiles pour la formation par les entreprises de leurs salariés, comptables, responsables des contrôles internes et déontologues.

207. Le ministère du Commerce et le ministère de la Justice ont aussi des sites Internet qui fournissent au grand public des informations sur le FCPA et sur la Convention sur la lutte contre la corruption, y compris des traductions du FCPA dans quatre langues (arabe, chinois, espagnol et russe)¹¹⁹. Les allégations de faits de corruption transnationale en violation de lois non américaines peuvent aussi être soumises par voie électronique grâce au lien direct du ministère du Commerce sur la corruption¹²⁰. Les allégations en lien avec le FCPA peuvent aussi être soumises en utilisant l'adresse électronique dédiée du ministère de la Justice (FCPA.Fraud@usdoj.gov).

(ii) *Formation*

208. Le ministère du Commerce propose des formations aux agents de l'United States and Foreign Commercial Service sur la Convention relative à la lutte contre la corruption et sur le FCPA. Entre les exercices 2003 et 2007, 94 % des agents du Commercial Service avaient suivi une formation sur le FCPA. De nouveaux agents ont aussi reçu une formation durant l'exercice 2008. À l'automne 2009, le ministère du Commerce a mis en place une formation sous forme d'une série de cyber-séminaires sur le FCPA qui a concerné 80 agents supplémentaires du Commercial Service. Durant l'exercice 2010, le ministère du Commerce a fourni une formation sur le FCPA à 533 agents du Commercial Service dans 48 pays. Depuis 2000, le ministère du Commerce a également accordé une formation à des agents du département d'État devant occuper un poste à l'étranger, formant environ 50 agents, quatre fois par an. De plus, depuis sa création en 2008 pour superviser les enquêtes en matière de fraude et de corruption à l'étranger, l'International Corruption Unit du FBI dispense chaque année une formation sur les enquêtes en lien avec le FCPA pour les agents des instances répressives partout aux États-Unis. La SEC et le DOJ ont organisé des formations sur les enquêtes et les poursuites en cas de corruption transnationale pour plus de 100 procureurs, avocats de la SEC et agents du FBI.

¹¹⁹ Les traductions peuvent être consultées à l'adresse www.ogc.doc.gov/trans_anti_bribery.html

¹²⁰ Le lien direct du ministère du Commerce est le suivant : tcc.export.gov/Report_a_Barrier/index.asp

(iii) *Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption et Annexe II*

209. Les formations assurées par le ministère du Commerce et le ministère des Affaires étrangères pour les agents du Commercial Service devant occuper un poste à l'étranger mettent désormais en avant la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption et son Annexe II, le *Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité*. La Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption peut aussi être consultée sur les sites Internet anti-corruption du ministère du Commerce et elle est incluse dans le Guide à l'intention des exportateurs sur le site Internet du Trade Compliance Center du ministère du Commerce¹²¹. Les interventions des ministères du Commerce et de la Justice et de la SEC à l'occasion de conférences sectorielles mentionnent également la Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption et son Annexe II en se référant aux programmes de mise en conformité. Enfin, en avril 2010, le ministère de la Justice a révisé les éléments requis dans les programmes de mise en conformité des entreprises pour tous les accords d'entreprise afin qu'ils incluent l'Annexe II.

(iv) *Aide à l'étranger*

210. L'United States and Foreign Commercial Service de l'International Trade Administration (ITA) du ministère du Commerce dispose d'un réseau de spécialistes de l'exportation et des différents secteurs d'activité situés dans plus de 100 villes américaines et dans plus de 80 pays dans le monde. Ces professionnels du négoce proposent leurs conseils et divers produits et services pour aider les entreprises américaines à exporter. Ils fournissent aussi aux entreprises américaines des informations générales sur le FCPA ; cependant, ils ne donnent pas de conseils juridiques spécifiques et recommandent aux entreprises de poser leurs questions juridiques spécifiques en recourant à la procédure de demande d'avis du DOJ ou à un conseiller privé.

211. Le Commercial Service fournit aux entreprises américaines des rapports financiers détaillés sur d'éventuels agents ou partenaires commerciaux à l'étranger. Ces rapports, appelés International Company Profiles (ICP) (profils de sociétés internationales), comportent des listes des principaux dirigeants et cadres de l'entreprise, des informations sur les relations bancaires et d'autres informations financières sur l'entreprise ; et des renseignements sur le marché, notamment les chiffres d'affaires et les bénéfices ainsi que l'endettement potentiel. Les ICP donnent aussi un avis sur la viabilité et la fiabilité de l'entreprise étrangère choisie, ainsi qu'une opinion sur la vigueur relative du secteur auquel appartient l'entreprise. Les rapports sur les PME¹²² coûtent 500 USD et 900 USD pour les grandes entreprises. Ils sont remis dans un délai de 10 jours et sont souvent exigés par les banques et les organismes publics de financement des exportations. Ils ne sont pas censés se substituer, cependant, aux contrôles préalables que doit réaliser l'entreprise elle-même.

212. Les représentants des secteurs de l'aérospatiale, de la défense, de la construction et des industries manufacturières ont reconnu que ce service présentait un intérêt. Ils ont cependant signalé aux examinateurs que les rapports coûtaient plus souvent aux alentours de 900 USD, que la qualité des informations était inégale et que, dans certains cas, elles n'étaient « pas fiables ». De manière plus générale, les représentants du secteur privé ont souligné le caractère variable de l'aide qu'ils reçoivent en tant qu'entreprise et en relation avec le FCPA de la part des ambassades des États-Unis à l'étranger. Une entreprise commerciale a déclaré que, s'il arrive que certains membres du personnel des ambassades « n'aient pas de connaissances élémentaires sur le FCPA, ce n'est pas fréquent ».

¹²¹ On trouvera le guide à l'intention des exportateurs (*Exporter's Guide*) à l'adresse www.tcc.export.gov/Bribery/Exporter's_Guide/index.asp

¹²² Le ministère du Commerce considère comme une PME toute entreprise employant jusqu'à 500 salariés.

Commentaire

Les examinateurs sont d'avis que la sensibilisation au FCPA est de manière générale élevée, mais ils n'ont pas pu évaluer le degré de sensibilisation parmi les PME. Il est ressorti des entretiens lors de la mission sur place avec des représentants des professions comptables, de vérification des comptes et juridiques, du secteur privé et de la société civile, que l'application plus rigoureuse du FCPA était à elle seule le principal facteur à l'origine d'une plus grande sensibilisation. Les examinateurs ont été encouragés par la forte volonté, au sein de l'administration publique américaine, d'améliorer la sensibilisation au FCPA. La présence des autorités américaines à des conférences sectorielles a été signalée par toutes les branches du secteur privé présentes lors de la mission sur place.

Les examinateurs considèrent que les moyens de s'assurer que les représentations étrangères de Parties, y compris les attachés commerciaux, diffusent efficacement les informations sur la lutte contre la corruption transnationale à leurs entreprises réalisant des opérations à l'étranger, constituent un problème horizontal qui concerne toutes les Parties. Ils pensent que l'expérience américaine à cet égard donne des enseignements précieux qui pourraient être inclus dans une future analyse horizontale de ce problème.

b) Protections prévues pour les dénonciateurs^{123,124}

213. Des protections pour les dénonciateurs sont exigées des émetteurs en vertu de la Loi Sarbanes-Oxley¹²⁵ et sont prévues pour les vérificateurs aux termes de l'article 10A¹²⁶. Aucune protection juridique fédérale pour les dénonciateurs n'est actuellement requise en ce qui concerne les non-émetteurs, même si les représailles à l'encontre d'un dénonciateur (que ce soit dans une entreprise publique ou privée) peuvent dans bien des cas constituer une entrave à la justice, qui prévoit une mesure de protection pour tous ceux qui signalent d'éventuelles infractions. Dix-huit États¹²⁷ sont ainsi dotés d'une législation étatique prévoyant la protection des dénonciateurs qui sont salariés de non-émetteurs ou salariés n'appartenant pas à l'administration publique.

214. La majorité des participants du secteur privé aux panels de la mission sur place étaient des émetteurs. Dans leur ensemble, ces représentants ont signalé que leurs entreprises appliquaient des politiques institutionnalisées de protection des dénonciateurs contre les représailles et mettaient à disposition des mécanismes spéciaux permettant un signalement anonyme, notamment par lettre, télécopie, courriel ou appel téléphonique. Tous ont souligné l'utilité de telles protections, tandis qu'un représentant des industries extractives a précisé avoir mis un terme à l'emploi d'une personne physique pour représailles. Un autre représentant du même secteur a fait remarquer qu'ils reçoivent des comptes rendus

¹²³ La Loi Dodd-Frank a été adoptée après la mission sur place. L'article 922 de la Loi Dodd-Frank étend la protection des dénonciateurs auparavant prévue par la législation américaine. Aux termes de cette Loi, la SEC est tenue de reverser entre 10 et 30 % des sanctions pécuniaires récupérées par l'administration publique au moyen de procédures civiles ou pénales. Cette nouvelle règle s'applique aux dénonciateurs qui fournissent à la SEC des « informations initiales » donnant lieu à des poursuites couronnées de succès.

¹²⁴ Les protections prévues pour les dénonciateurs sont traitées dans la section B.1.e.i., paragraphes 49-50.

¹²⁵ 15 U.S.C. § 7201 *et suivants*.

¹²⁶ Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, X.B.iii

¹²⁷ Californie, Connecticut, Floride, Hawaï, Louisiane, Maine, Massachusetts, Michigan, Minnesota, Nebraska, New Hampshire, New Jersey, New York, Dakota du Nord, Ohio, Oregon, Rhode Island et Tennessee

ou des questions à propos d'un certain nombre de problèmes liés au FCPA, généralement concernant des paiements de facilitation, l'immigration et les douanes.

215. Ces opinions ont été prises en compte et les comptables et vérificateurs des comptes soulignent que, selon une enquête nationale de 2009 sur l'éthique commerciale (National Business Ethics Survey)¹²⁸, 15 % des salariés ayant signalé un manquement ont fait l'objet de représailles sous une forme ou une autre au sein de leur entreprise.

11. Avantages publics¹²⁹

a) Mesures en vue de favoriser la transparence des marchés publics

216. Au niveau fédéral, les autorités américaines peuvent s'appuyer sur plusieurs dispositions législatives pour assurer l'équité et la transparence de la passation des marchés publics. Les dispositions pertinentes exigent de recourir à des mesures comme la soumission sous pli cacheté, la passation de marchés publics négociée quand la soumission sous pli cacheté n'est pas appropriée, le respect de critères précis lors d'une acquisition commerciale ou encore l'examen des prix des acquisitions commerciales pour déterminer s'ils sont raisonnables.

217. La législation fédérale accorde aussi des pouvoirs de surveillance à certaines instances, comme l'autorité conférée : (1) au Comptroller General du Government Accountability Office pour enquêter sur toutes les questions concernant le déboursement et l'utilisation de fonds publics ; (2) au Chief Acquisition Officers Council pour contrôler et évaluer les résultats des activités et des programmes d'acquisitions et formuler des recommandations en vue de leur amélioration ; (3) aux Offices of the Inspectors General pour effectuer et superviser des audits et des enquêtes concernant des instances et des services exécutifs ; et (4) à l'Acquisitions Advisory Panel pour examiner la législation, la réglementation et les politiques pertinentes et apporter les modifications nécessaires.

218. De plus, le False Claims Act [Loi sur les fausses déclarations] permet à toute personne d'intenter une action *qui tam*¹³⁰ au Tribunal de District contre des sous-traitants de l'administration fédérale au motif qu'ils ont commis une fraude contre les pouvoirs publics. En pareils cas, la personne qui engage les poursuites a le droit de récupérer une part du produit de l'action.

b) Crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public

219. Les autorités américaines signalent que l'organisme public américain de crédit à l'exportation – l'Export-Import Bank of the United States (Ex-Im) – a entièrement intégré dans ses règles, politiques et opérations, la Recommandation du Conseil de l'OCDE de 2006 sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public. L'Ex-Im se réserve par conséquent le droit d'exiger que les exportateurs et, si nécessaire, les candidats, révèlent à sa demande l'identité des personnes agissant en leur nom en relation avec toute transaction pertinente, ainsi que le montant et le but des commissions et des honoraires versés à ces personnes.

220. De plus, l'Ex-Im peut rejeter ou arrêter de traiter toute demande si elle relève des preuves d'une fraude ou de faits de corruption, ou si elle constate qu'un quelconque participant a auparavant participé directement ou indirectement à une fraude ou à des faits de corruption.

¹²⁸ NBES Survey disponible à l'adresse <http://www.ethics.org/nbes/files/nbes-final.pdf>

¹²⁹ La question de la radiation des marchés publics est traitée dans la section 3.d.

¹³⁰ Dans le cadre d'une procédure *qui tam*, le demandeur engage des poursuites pour son propre compte ainsi que pour l'État.

221. L'Ex-Im coopère avec les autorités répressives nationales et étrangères et réfère les allégations de corruption crédibles à ces autorités. L'Ex-Im a signalé des allégations crédibles de violations du FCPA au DOJ.

222. L'Ex-Im a adopté les « Transaction Due Diligence Best Practices » (<http://www.exim.gov/pub/pdf/Due-Diligence-Guidelines.pdf>) [pratiques exemplaires de contrôles préalables aux opérations] pour encourager les parties qui font affaire avec elle à concevoir et à appliquer des contrôles appropriés afin de lutter contre la corruption, et à en rendre compte.

C. RECOMMANDATIONS ET ASPECTS DEVANT FAIRE L'OBJET D'UN SUIVI

223. Le Groupe de travail félicite les États-Unis pour leur soutien manifeste et intensif à la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, notamment leur engagement vis-à-vis du secteur privé, leur importante action répressive et l'implication déclarée du plus haut niveau de l'État. Le Groupe de travail prend connaissance avec satisfaction des efforts importants de mise en œuvre qui ont pu être accomplis grâce aux pratiques exemplaires instaurées au sein du dispositif juridique et politique américain. D'ailleurs, l'action répressive n'a cessé de se renforcer depuis la Phase 2. Les poursuites engagées ont concerné divers secteurs d'activité et divers modes de corruption d'agents publics étrangers. Durant cette période, l'action répressive s'est en outre traduite par un alourdissement des peines de prison, des sanctions pécuniaires et des mesures de restitution dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers.

224. Le Groupe de travail note que toutes les recommandations de Phase 2 qui avaient été considérées comme étant partiellement mises en œuvre ou non mises en œuvre sont désormais pleinement mises en œuvre (les problèmes en suspens de la Phase 2 sont recensés en Annexe 1 du présent rapport). Le Groupe de travail constate que la pratique des États-Unis est conforme à la Convention. L'évaluation des États-Unis a cependant permis de mettre en évidence certains domaines dans lesquels la mise en œuvre de la Convention et de la Recommandation de 2009 peut être encore améliorée. Au cours de cette évaluation de Phase 3, le Groupe de travail a aussi relevé plusieurs problèmes transversaux concernant toutes les Parties à la Convention.

225. En conclusion, d'après les conclusions du présent rapport concernant la mise en œuvre, par les États-Unis, de la Convention et de la Recommandation de 2009, le Groupe de travail : (1) formule dans la Partie I les recommandations exposées ci-après pour améliorer la mise en œuvre de la Convention ; et (2) assurera un suivi des problèmes recensés dans la Partie II. Le Groupe de travail invite les États-Unis à rendre compte oralement de la mise en œuvre des Recommandations 2 et 6 dans un an à compter de la publication du présent rapport (à savoir en octobre 2011). Il invite en outre les États-Unis à présenter, dans un délai de deux ans (à savoir en octobre 2012), un rapport de suivi écrit concernant toutes les recommandations et les questions devant faire l'objet d'un suivi.

I. Recommandations du Groupe de travail

Recommandations en vue d'assurer l'efficacité des enquêtes, des poursuites et des sanctions en cas de corruption transnationale

1. En ce qui concerne du délai de prescription, le Groupe de travail recommande aux États-Unis de veiller à ce que le délai de prescription global applicable à l'infraction de corruption transnationale soit suffisant pour mener à bien, comme il se doit, les enquêtes et les poursuites (Convention, article 6).
2. Pour ce qui est des infractions de corruption transnationale prévues dans le FCPA, aux fins de renforcer l'efficacité de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, le Groupe de travail recommande aux États-Unis :
 - a. Lors du réexamen régulier des politiques relatives aux paiements de facilitation et de leurs modalités d'application, conformément à la Recommandation anti-corruption de 2009, de tenir compte des avis du secteur privé et de la société civile, particulièrement en ce qui concerne les zones « grises » qu'ils ont identifiées (Convention, Article 1, Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption VI.i).
 - b. De regrouper et synthétiser les informations rendues publiques concernant l'application du FCPA, provenant des différentes sources pertinentes, y compris celles qui concernent le moyen de défense affirmatif des frais raisonnables et de bonne foi dont il est question dans de récents avis publiés et actions répressives (Convention, Article 1) et
 - c. De réviser le « Criminal Resource Manual » pour qu'il prenne en compte la décision rendue dans l'affaire *États-Unis contre Kay*, qui conforte la position des États-Unis selon laquelle le critère du lien de marché peut être interprété au sens large, de sorte que les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers « en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international » constituent une infraction au FCPA (Convention, article 1).
3. En ce qui concerne le recours aux AAP et aux ASP, le Groupe de travail recommande aux États-Unis :
 - a. De rendre publiques toutes les informations concernant l'effet dissuasif des AAP et ASP sur la corruption d'agents publics étrangers qui seront disponibles après la publication du rapport 2009 du GAO (Convention, article 3) et
 - b. En tant que de besoin, de rendre publiques, chaque fois qu'un ASP ou un AAP est utilisé, les raisons plus détaillées ayant motivé le choix de tel ou tel type d'accord, ainsi que des conditions de l'accord et de sa durée et l'imposition d'un contrôleur d'entreprise (Convention, article 3).
4. Le Groupe de travail recommande aux États-Unis de prendre les mesures nécessaires pour vérifier que, conformément à la Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, la radiation et le refus d'accorder une licence d'exportation d'armement s'appliquent de la même manière, dans la pratique, aux cas de corruption nationale et transnationale, par exemple en rendant plus efficace l'utilisation de l'« Excluded Parties List System » (EPLS) (Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption XI.i).

Recommandations en vue d'assurer une prévention et une détection efficaces des faits de corruption transnationale

5. Le Groupe de travail recommande aux États-Unis de multiplier les initiatives pour mieux sensibiliser les PME dans le but de prévenir et de détecter la corruption transnationale (Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, III.i).
6. Le Groupe de travail encourage les États-Unis à mieux informer les entreprises sur les poursuites qu'ils engagent avec diligence en cas d'infractions aux dispositions du FCPA relatives aux livres et états comptables, y compris les fausses déclarations concernant les paiements de facilitation (Convention, article 8 et Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, VI.ii et X.A.iii).
7. Pour améliorer l'efficacité de la mise en œuvre de la Recommandation de 2009 du Conseil sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, le Groupe de travail recommande aux États-Unis de clarifier leur politique concernant les demandes de déduction fiscale pour les paiements de facilitation, et de donner des directives pour aider les contrôleurs des impôts à repérer, parmi les paiements faisant l'objet des demandes en tant que paiements de facilitation, ceux qui enfreignent le FCPA et/ou signalent un comportement corrompu contraire au FCPA (Recommandation de 2009 sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, I.i).

II. Suivi par le Groupe de travail

1. Le Groupe de travail assurera le suivi de la question de la détection et des poursuites en cas de violations des dispositions anti-corruption du FCPA par des non-émetteurs, qui ne sont pas soumis aux dispositions du FCPA sur les livres et les états comptables (Recommandation de 2009 visant à renforcer la lutte contre la corruption, II).

ANNEXE 1 : TABLEAU DE RECOMMANDATIONS DE PHASE 2

	RECOMMANDATIONS	SUIVI ÉCRIT
	<p><i>Recommandations en vue d'assurer l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption d'agents publics étrangers</i></p> <p>Le Groupe de travail recommande aux États-Unis :</p>	
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)	<i>Mise en œuvre</i>
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)	<i>Mise en œuvre</i>
	<i>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 :</i>	
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)	<i>Mise en œuvre</i>
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).	<i>Demande plus de considération de la part des États-Unis</i>

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).	<i>Demande plus de considération de la part des États-Unis</i>
	<i>Le Groupe de travail recommande en outre aux États-Unis :</i>	
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))	<i>Mise en œuvre</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)	<i>Demande plus de considération de la part des États-Unis</i>
	<i>En ce qui concerne la détection, le Groupe de travail recommande aux États-Unis :</i>	
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)	<i>Partiellement mise en œuvre</i>
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)	<i>Partiellement mise en œuvre</i>
	<i>Recommandations en vue d'assurer le fonctionnement de mécanismes permettant de poursuivre efficacement les infractions de corruption</i>	

	<p><i>d'agents publics étrangers ainsi que les infractions connexes relatives à la comptabilité et au blanchiment de capitaux</i></p> <p>Le Groupe de travail recommande aux États-Unis:</p>	
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)	<i>Non mise en œuvre</i>
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)	<i>Non mise en œuvre</i>
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)	<i>Mise en œuvre</i>
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)	<i>Mise en œuvre</i>
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)	<i>Mise en œuvre</i>

ANNEXE 2 LISTE DES PARTICIPANTS À LA MISSION SUR PLACE

Ministères et instances publiques

- Ministère du Commerce
- Ministère de la Justice
- ministère des Affaires étrangères
- Federal Bureau of Investigation (FBI)
- Internal Revenue Service (IRS, administration fiscale)
- Office of Special Counsel
- Securities and Exchange Commission

Secteur privé

Entreprises privées

- 6 représentants des secteurs de l'aérospatiale et de la défense
- 5 représentants des industries extractives
- 1 représentant du secteur des télécommunications
- 3 représentants du secteur des services financiers
- 1 représentant du secteur pharmaceutique
- 3 représentants des secteurs du bâtiment et de la production manufacturière

Associations professionnelles

- 3 représentants

Professions juridiques

- 7 représentants

Milieu universitaire

- 1 représentant

Comptables et vérificateurs de comptes

- 7 représentants

Société civile

- 2 représentants

ANNEXE 3 LISTE DES ABRÉVIATIONS, TERMES ET ACRONYMES

AECA	Arms Export Control Act [Loi sur le contrôle des exportations d'armement]
AICPA	American Institute of Certified Public Accountants [institut américain des experts-comptables agréés]
ASB	Auditing Standards Board [conseil des normes de vérification des comptes]
BEA	U.S. Bureau of Economic Analysis [Bureau américain d'analyse économique]
COSO	Committee of Sponsoring Organisations [comité des organismes promoteurs]
DOJ	Department of Justice [ministère de la Justice]
ASP	Accord de suspension des poursuites
EPLS	Excluded Parties List System [système de listes des parties exclues]
Ex-Im	Export-Import Bank of the United States
GAFI	Groupe d'action financière
FBI	Federal Bureau of Investigation
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act [Loi sur les pratiques de corruption transnationale]
FinCEN	Financial Crimes Enforcement Network [réseau pour la répression de la délinquance financière]
GAO	Government Accountability Office [cour des comptes américaine]
PIB	Produit intérieur brut
GRECO	Groupe d'États contre la corruption
ICP	International Company Profile [profil de sociétés internationales]
ICU	International Corruption Unit [unité chargée de la corruption internationale]
OICV	Organisation internationale des commissions de valeurs
IRS	Internal Revenue Service [administration fiscale]

ITA	International Trade Administration [service du ministère du commerce chargé de promouvoir les échanges commerciaux internationaux]
ITAR	International Traffic in Arms Regulations [règlements fédéraux sur les exportations et les importations d'armement]
ONG	Organisation non gouvernementale
AAP	Accord d'abandon des poursuites
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OIA	Office of International Affairs [bureau des affaires internationales]
TP	Transaction pénale
PCAOB	Public Company Accounting Oversight Board [conseil de surveillance comptable des sociétés cotées]
PEP	Personne exposée politiquement
SEC	Securities and Exchange Commission [autorité des marchés financiers]
CNUCC	Convention des Nations Unies contre la corruption
USAM	U.S. Attorney's Manual [Manuel à l'intention des procureurs]