

01 | année 01
sept 2020

La compliance, une idée européenne ?

RED



La Revue Européenne du Droit

Direction scientifique
Pierre Servan-Schreiber

DOCTRINE
LE GRAND
CONTINENT

D

RED

La Revue Européenne du Droit

Revue éditée par le Groupe d'Etudes
Géopolitiques.

45, Rue d'Ulm, 75005 Paris
<https://legrandcontinent.eu/>
geg@ens.fr

Président du comité scientifique

Guy Canivet

Comité scientifique

Alberto Alemanno, Emmanuel Breen, Gilles
Briatta, Laurent Cohen-Tanugi, Jean-Gabriel
Flandrois, Antoine Gaudemet, Aurélien
Hamel, Noëlle Lenoir, Emmanuelle Mignon,
Astrid Mignon Colombet, Pierre-Louis Périn,
Sébastien Pimont, Alain Pietrancosta.

Rédacteurs en chef

Hugo Pascal et Vasile Rotaru

Directeurs de la publication

Gilles Gressani et Mathéo Malik

Comité de rédaction

Lorraine De Groot (Dir.), Gwennaëlle Barral,
Dano Brossmann, Jean Cattani, Jean Chuilon-
Croll, Pierre-Benoit Drancourt, David Djaïz,
Gérald Giaoui, Sara Gwiadza, Joachim-Nicolas
Herrera, Kate Johnstone, Francesco Pastro,
Armelle Royer, Valeriya Tsekhanska.

Pour citer un article de la Revue :

[Nom de l'auteur / Titre],

La Revue européenne du droit,
septembre 2020, n°1



Pierre Servan-Schreiber • Médiateur,
avocat aux Barreaux de Paris et New York,
co-auteur de « Deals de justice » (PUF) 2013

Hugo Pascal • Doctorant en droit civil,
Université Paris 2 - Panthéon-Assas

Vasile Rotaru • Doctorant en droit (D. Phil.),
Oxford University

Le droit à l'échelle pertinente

2

La Revue européenne du droit est née d'un constat. Celui que la quête d'une apparente neutralité et objectivité conduit à traduire toutes les problématiques contemporaines – qu'elles soient d'origine politique, sociale, sociétale ou économique – dans des concepts juridiques, dont la technicité est censée apaiser toutes les passions. Ensuite, le constat que les juristes, praticiens et académiques, seuls locuteurs de ce langage omniprésent, ne semblent pas suffisamment audibles dans le débat public. Ce double constat fait naître, enfin, le souhait de bâtir une plateforme propice à rapprocher la prise en compte de la réalité par la construction juridique et par celle issue d'autres champs d'action et de connaissance au travers des contributions de leurs praticiens et chercheurs.

La revue s'intègre parfaitement dans le mouvement initié par le Groupe d'études géopolitiques. Depuis sa fondation au sein de l'École normale supérieure (Paris), le 10 avril 2017, ce dernier permet une approche interdisciplinaire et plurilingue des problématiques contemporaines. Au travers ses multiples conférences et articles, publiés dans *Le Grand Continent*, le Groupe d'études géopolitiques veille à allier et confronter le temps long de la recherche à l'immédiateté de la vie politique, privilégiant des analyses au carrefour de la géopolitique, des sciences sociales et économiques afin d'enrichir le débat sur les phénomènes qui traversent la vie des européens à une échelle pertinente.

La Revue européenne du droit, publication semestrielle, poursuit le même objectif. Elle s'adresse bien sûr à un public de juristes, mais aussi, sans renoncer à la précision technique, à un public plus large, celui des décideurs, des chercheurs et lecteurs issus d'horizons différents, qui ne manqueront pas de saisir la pertinence et l'urgence des positions prises par nos auteurs. Son ambition est d'irriguer la réflexion publique en décortiquant la complexité des problématiques contemporaines à travers

le prisme du droit et en incitant ses auteurs à puiser dans ses ressources traditionnelles pour leur trouver des solutions innovantes, et parfois surprenantes.

La revue a également l'ambition, comme son nom l'indique, d'être européenne, et ce non pas (seulement) du point de vue du droit étudié, mais de celui des problématiques abordées. Certes, les droits européens ne tiennent pas tous de la même famille, et les spécificités nationales sont nombreuses. Néanmoins, et c'est là notre conviction, ils partagent un vaste héritage culturel, qui les rend mutuellement compréhensibles, et ce notamment dans les domaines, nombreux et fondamentaux, où l'Union exerce le plus sa force centripète. A l'évidence, les Européens sont confrontés aux mêmes défis et leur action s'inscrit nécessairement dans un cadre partagé. La diversité des composantes de ce dernier ne fait que renforcer le rôle du droit et de son langage, seul à même de relater cette expérience commune. C'est pourquoi nous invitons nos auteurs, issus de pays, cultures et institutions différentes, à s'inscrire dans un réseau dynamique de chercheurs, de praticiens et d'institutions à travers l'Europe et à exposer et aborder les problématiques qui les intéressent à l'échelle européenne, seule pertinente, indifféremment en anglais ou en français.

Rien de plus naturel, dès lors, que de consacrer notre premier numéro à la *compliance*, une idée prétendument américaine qui marque profondément, désormais, le discours des juristes et hommes politiques à travers l'Europe.

A n'en pas douter, la notion de *compliance* nous est devenue familière notamment à la suite des lourdes sanctions infligées par les autorités américaines à quelques entreprises européennes. Les termes du débat politique qui s'en est suivi, celui de la souveraineté économique et d'instrumentalisation du droit, ont très vite trouvé leur traduction dans le langage juridique, celui de la compétence internationale et de l'« extraterritorialité » du droit américain ; ils méritent d'être précisés (E. Breen, *La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ?*, p. 55), et ce d'autant plus qu'ils ne sont pas compris de la même manière des deux côtés de l'Atlantique (L. Cohen-Tanugi, *Le contentieux américain de l'extraterritorialité*, p. 67). Un phénomène parallèle, moins visible, mais tout aussi important, est la diffusion des pratiques de poursuite dans les dossiers les plus emblématiques.

Il en est ainsi du modèle de justice « négociée », qui bouleverse profondément les droits continentaux et, singulièrement, le rôle de l'avocat dans le système judiciaire (A. Mignon Colombet, *Transnational Negotiated Justice: the Cornerstone of an Organized Extraterritoriality?*, p. 117), ou encore les habitudes adoptées par les entreprises européennes confrontées aux exigences concertées des régulateurs (G. Briatta, *L'entreprise confrontée aux défis de la conformité : l'exemple bancaire*, p. 49). L'incorporation de ces pratiques, loin d'en assurer une parfaite uniformi-

té, vient irriguer les systèmes juridiques d'accueil et en réveiller les forces créatrices. La diversité qui s'ensuit ne saurait surprendre (C. Dargham, M. Marhuenda, *Compliance and cultural diversity*, p. 80), même si l'œil accoutumé peut déjà en dégager des tendances générales (D. Kadar, L. Gaillard, S. Abdesselam, *Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des bilans*, p. 93).

Les États-Unis sont, néanmoins, loin d'être seuls à donner le ton de la nouvelle vague de *compliance*.

La lutte contre la corruption transnationale en fournit un parfait exemple. Si elle s'inscrit, au-delà de l'influence du FCPA américain, dans un cadre multilatéral, celui de l'OCDE, témoignage d'une prise de conscience des dangers cachés des pratiques corruptives (P. Moulette, *Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption transnationale*, p. 124), les pays européens ne tardent pas à en esquisser une approche singulière et à en assumer la charge de mise en œuvre (T. Baudesson, C.H. Boeringer, *Les leçons de l'affaire Airbus*, p. 45). Plus généralement, l'Europe semble s'émanciper, dans ce domaine, de la tutelle américaine, tant politique que théorique. La création d'un Parquet européen en est sans doute l'incarnation la plus aboutie (L. Kovesi, *Towards an European Public Prosecutor*, p. 98), mais rien n'empêche d'aller bien plus loin encore, vers un véritable « paquet compliance européen » (B. Cazeneuve, P. Sellal, *Vers un « paquet compliance européen »*, p. 62). Peut-être n'attendait-t-on rien de moins outre-Atlantique (S. L. Dreyfuss, *Replacing The Culture Of Corruption With A Culture Of Compliance: Europe Takes Responsibility For Its Own Future*, p. 83).

Il en est de même du respect des droits de l'homme dans les activités des entreprises.

Certes, l'usage, quelque peu anachronique, de l'*Alien Tort Statute* par les tribunaux américains a permis pendant un temps de sanctionner de graves violations au « droit des gens », mais l'impulsion internationale, incarnée dans les principes *Business & Human Rights*, a trouvé un accueil favorable surtout au sein de l'Union européenne (C. Coslin, L. Neebo, M. Renard, *Duty of Care and Vigilance in Human*

Rights Matters : From an International Impulse to European implementations, p. 71), qui cherche aujourd'hui à se doter d'un véritable cadre d'action commun (J. Ruggie, *Entreprises et Droits de l'homme : vers un programme d'action commun dans le contexte européen*, p. 128).

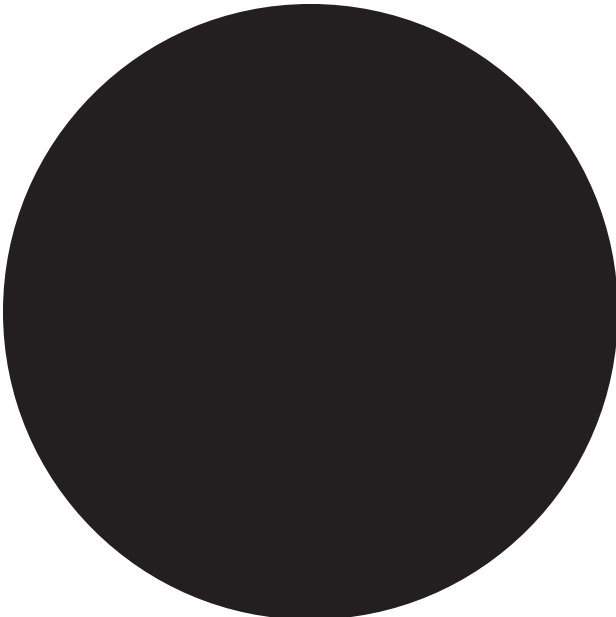
Ce nouvel élan fournit un terreau fertile pour l'innovation juridique, comme en témoignent les premiers contentieux français liés au « devoir de vigilance », où le droit étatique, le droit souple et les engagements volontaires deviennent des concepts poreux à frontières incertaines (O. Claude, A. Levy, *Les enseignements des premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance*, p. 105).

Dans certains domaines, les rôles sont plus clairement encore renversés. On songe par exemple à la régulation de l'économie numérique, domaine, s'il en est, où le souci de l'Union de protéger les données personnelles de ses citoyens la pousse à devenir le véritable chef d'orchestre. A regarder de plus près, néanmoins, son action semble moins efficace s'agissant de ses entreprises, et ce surtout lorsqu'elle est confrontée aux demandes de collaboration aux investigations américaines (E. Mignon, *The Cloud Act: Unveiling European Powerlessness*, p. 108). Le droit est, ici, en plein mouvement, tellement les deux approches semblent incompatibles. Or, les prochaines années verront certainement de nouvelles tentatives de régulation, pour le moins des infrastructures essentielles de l'économie numérique (S. Abiteboul, J. Cattan, *Nos réseaux sociaux, notre régulation*, p. 36) ; seul l'avenir montrera quelle tradition juridique en fournira les meilleurs outils.

Bref, force est de constater que l'Europe du droit est désormais pleinement émancipée, ses propres traditions et concepts juridiques façonnent une idée autonome de *compliance*. Si ses contours précis restent encore à définir (A. Gaudemet, *What is Compliance ?*, 101), les contributions de nos auteurs apporteront sans doute un éclairage original sur cette façon européenne de revisiter un concept que les États-Unis utilisent avec diligence et efficacité à leur profit.

- 2 **Le droit à l'échelle pertinente**
Pierre Servan-Schreiber, Hugo Pascal
et Vasile Rotaru
- PERSPECTIVES**
- 6 **Gouverner la mondialisation par le droit**
Mireille Delmas-Marty
- 12 **Libéralisme et droit de la concurrence :
autour du principe d'autonomie**
Guy Canivet
- 21 **Une Cour peut réguler la mondialisation**
Antoine Garapon
- 25 **Le Nudge et l'analyse comportementale
du droit : une perspective européenne**
Alberto Alemanno
- DOSSIER THÉMATIQUE**
- 34 **L'Edito**
Pierre Servan-Schreiber
- 36 **Nos réseaux sociaux, notre régulation**
Serge Abiteboul, Jean Cattar
- 45 **Entretien : les enseignements de
l'affaire Airbus**
Thomas Baudesson, Charles-Henri Boeringer
- 49 **L'entreprise face aux défis de la conformité**
Gilles Briatta
- 55 **La compétence américaine fondée sur le
dollar : réalité juridique ou
construction politique**
Emmanuel Breen
- 62 **Vers un Paquet compliance européen**
Bernard Cazeneuve, Pierre Sellal
- 67 **Le contentieux transatlantique de l'extra-
territorialité : rétablir l'égalité des armes
sur le terrain**
Laurent Cohen-Tanugi
- 71 **Duty of Care and Vigilance in Human
Rights Matters: From an International
Impulse to European Implementations**
Christelle Coslin, Liam Naidoo et Margaux Renard
- 80 **Compliance and cultural diversity**
Christian Dargham, Marion Marhuenda
- 83 **Replacing the culture of corruption with
a culture of compliance: Europe takes
responsibility for its own future**
Stephen L. Dreyfuss
- 89 **What is compliance?**
Antoine Gaudemet
- 93 **Le nouveau paysage de la conformité
à l'heure des premiers bilans**
Daniel Kadar, Laetitia Gaillard, Stéphanie
Abdesselam
- 98 **Towards a European Public
Prosecutor's Office**
Laura Kövesi
- 99 **La protection européenne des lanceurs
d'alerte : une avancée et un défi**
Noëlle Lenoir
- 105 **Les enseignements des premiers
contentieux de la loi sur le devoir
de vigilance**
Ophélie Claude, Antonin Lévy
- 108 **The CLOUD Act: Unveiling European
Powerlessness**
Emmanuelle Mignon
- 117 **Transnational Negotiated Justice:
the Cornerstone of an Organized
Extraterritoriality?**
Astrid Mignon Colombet
- 124 **Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre
la corruption internationale**
Patrick Moulette
- 128 **Entreprises et Droits de l'homme : vers un
programme européen d'action commun**
John Ruggie

Perspectives





Mireille Delmas-Marty • Professeur émérite
au Collège de France, Membre de l'Institut

Gouverner la mondialisation par le Droit

6

Gouverner la mondialisation par le droit implique de construire un État de droit sans État mondial, donc de repenser l'outil que représente le droit, traditionnellement identifié à l'État, face aux interdépendances nées de la mondialisation et aux défis qu'elles engendrent. Crises économiques et financières, crises sociales, terrorisme global, désastre humanitaire des migrations, crise climatique et, pour couronner le tout, si l'on ose dire, la crise sanitaire du « coronavirus ».

Il serait temps de les prendre au sérieux, à mesure que s'accélère la cacophonie née de cette polycrise. Comme si l'indignation citoyenne face aux dérives sécuritaires, la colère des Gilets jaunes face aux inégalités sociales, la révolte des jeunes générations et l'appel des scientifiques face au changement climatique n'avaient pas suffi, il aura fallu un simple virus, plus petit qu'une aile de papillon, pour faire trembler le monde, au point d'ébranler enfin les certitudes de nos dirigeants. Les grandes puissances, ou qui se croient telles, fières de leurs nouvelles technologies et convaincues de leur pouvoir politique et/ou économique, se révèlent incapables de se coordonner à l'échelle de la planète. Comme si ce minuscule être vivant était venu en messenger pour défier notre humanité mondialisée et révéler son impuissance, lui offrant une dernière chance pour prendre conscience de sa communauté de destin.

Le philosophe Michel Serres s'en amuserait, lui qui décrivait de façon prémonitoire l'engagement des humains dans une symbiose au sein du monde vivant (humain et non humain) en vue de (ré)apprendre à habiter la Terre¹. En somme un engagement à mieux gouverner une mondialisation galopante et imprévisible. Un tel engagement n'est pas seulement philosophique. Il appelle à repenser tous nos repères : juridiques (entre souverainisme et universalisme), logiques (une pensée de la complexité), économiques (une économie des biens communs), an-

thropologiques (des récits d'anticipation), politiques (une gouvernance mondiale).

I. Entre souverainisme et universalisme

Notre conception de la souveraineté doit être renouvelée. Pour créer un état de droit sans véritable État mondial, l'universalisme est trop ambitieux et le souverainisme, par repli sur les communautés nationales, trop frileux. Concilier souverainisme et universalisme nécessite de les penser de façon interactive, car il ne s'agit pas de choisir entre les deux, mais de les combiner afin de les concilier. C'est pourquoi nous avons encore besoin des communautés nationales pour responsabiliser les principaux acteurs de la mondialisation (États et entreprises transnationales ETN), mais seule la communauté mondiale pourra définir les objectifs communs et les responsabilités qui en résultent. Et seul leur entrecroisement évitera que les deux dynamiques s'opposent et se neutralisent, aboutissant à une société « à irresponsabilité illimitée ».

Il est nécessaire que le souverainisme soit « internationalisé », à mesure que les droits nationaux incorporent les dispositifs internationaux. Par exemple en matière d'environnement, l'interprétation du droit national se fait à la lumière des engagements internationaux de la France ou plus largement à la lumière des dispositifs internationaux qui se mettent en place. Parallèlement, l'internationalisation conduit les juges nationaux, français en l'occurrence, à devenir des juges européens, voire mondiaux, lorsqu'ils appliquent directement des normes internationales (européennes ou mondiales).

Le phénomène inverse est aussi nécessaire car l'universalisme, pour être applicable dans le monde réel, a besoin d'être « contextualisé ». La technique juridique de l'harmonisation permet, sans aller jusqu'à l'unification, de donner forme concrète à l'idée d'un « pluralisme ordonné ». Pour y parvenir, la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), admet une « marge nationale d'appréciation » sur les questions sensibles, comme par exemple l'interdiction de porter le voile intégral dans des lieux ouverts au public. Au nom du respect de la vie privée, la liberté de religion et la liberté d'expression, la clause des « restrictions nécessaires dans une société démocratique » autorise la Cour à accepter que les juges nationaux aient une « marge nationale » d'appréciation, mais ce n'est qu'une marge et elle ne permet pas une véritable renationalisation. Si l'État franchit les limites de compatibilité, il sera censuré.

Dans le domaine économique et financier, on retrouve la même idée d'un universalisme « contextualisé » avec la formule des « responsabilités communes et différenciées », par exemple dans la jurisprudence de l'Organe de Règlement des Différends (ORD), organe d'appel de l'OMC, ou encore dans le protocole de Kyoto ou l'Accord de Paris sur le climat.

Ce qui semble émerger de ces dispositifs, c'est l'idée d'un commun multiple, au croisement entre l'uniformité

1. M. Serres, *Habiter*, Le Pommier, oct. 2011, p. 192.

et la pluralité. On la retrouve avec la notion « d'équivalence fonctionnelle »². Cette notion tient elle aussi compte de la réalité empirique selon laquelle chaque système de droit a sa propre logique et son propre contexte. Au-delà des comparaisons normatives et institutionnelles, elle permet d'évaluer si les effets produits par un système juridique national respectent les exigences posées par un dispositif international. Particulièrement adaptée à la procédure de l'évaluation par les pairs (*peer evaluation*) cette notion sert notamment à lutter contre la corruption internationale³.

Il en résulte, entre souverainisme et universalisme, une harmonisation imparfaite, un rapprochement par une sorte de « bricolage juridique ». Il n'existe pas de véritable droit de la mondialisation, qui serait parfaitement cohérent et qui ne serait ni national, ni international dans le sens interétatique. En réalité, pour paraphraser la formule du biologiste François Jacob, décrivant l'évolution du vivant, les juristes font « du neuf avec de l'ancien »⁴. Autrement dit, ils font « du neuf » en croisant l'ancien droit, national ou international. En les croisant, on remplace la logique binaire par des formes plus complexes telles que le souverainisme « internationalisé » ; ou l'universalisme « contextualisé ». C'est ainsi que les juristes sont conduits à faire l'apprentissage de la complexité.

II - Une pensée de la complexité

Certes il serait possible de gouverner la mondialisation par le droit de façon simple. Il suffirait de mettre en place un système hégémonique, par extension du droit du pays le plus puissant au reste de la planète. Il y a eu la tentative américaine pour les délits financiers et l'on devine le rêve chinois à l'horizon des « Nouvelles routes de la soie ». Mais jusqu'à présent aucun empire n'a fonctionné à l'échelle planétaire.

L'image traditionnelle à laquelle se réfère la pensée juridique est celle de la pyramide des normes, construite par chaque État de façon linéaire, hiérarchique et statique. Or, dans l'univers de la mondialisation, le système juridique est pluriel, interactif, et combinatoire et évolutif, car il se construit à partir d'interactions qui relèvent de logiques non standard, comme la logique des ensembles flous (*fuzzy logic*). Cette logique, formelle mais graduée, consiste à évaluer le degré de proximité d'une pratique par rapport à la norme de référence.

Une étude attentive des arrêts de la CEDH montre que le flou n'est pas toujours synonyme d'arbitraire et d'incohérence : on peut construire un raisonnement rationnel et prévisible avec des concepts flous, à condition que le juge fasse un effort de transparence pour expliciter ses critères et de rigueur pour appliquer les mêmes critères

avec la même pondération d'une affaire à l'autre. Ainsi formalisée, la logique floue permet d'adapter le raisonnement juridique à des situations trop imprécises pour être pensées en logique binaire.

La notion autonome de « matière pénale » en est un exemple frappant. Alors que traditionnellement est « pénal » ce que le législateur a qualifié tel, la Cour européenne des droits de l'Homme a développé l'idée selon laquelle les garanties du régime juridique propre au droit pénal pouvaient s'étendre dans les domaines voisins à la « matière pénale ». Encore faut-il que le juge explicite les critères d'application de ce concept (transparence). Qu'est-ce qui fait qu'une norme ou une sanction soit suffisamment proche du pénal pour imposer le respect de règles plus exigeantes (légalité, non rétroactivité, etc) ?

La Cour a posé plusieurs critères, tels la sévérité de la sanction ou encore la généralité de l'infraction. Rationnelle, la logique floue devient nécessaire dans un univers juridique qui devient de plus en plus imprécis à mesure qu'il se mondialise. Mais elle implique un transfert de pouvoir à l'interprète (le juge ou l'organe assimilé) et ne sera prévisible qu'à la condition que la motivation soit transparente et le raisonnement rigoureux.

Encore faut-il ajouter que le flou s'accompagne parfois d'un droit mou (non obligatoire) et doux (non sanctionné). L'anglais, qui confond les trois termes, oppose différentes sortes de *soft law* (le flou, le mou, le doux) au *hard law* (le précis, l'obligatoire et le sanctionné). Apparemment moins contraignante, la *soft law* est parfois plus efficace, et finalement plus répressive, que la *hard law*⁵.

La *compliance* en fournit un bon exemple, car le mécanisme des *deals of justice*⁶, qui est à l'origine de cette mise en conformité qu'on appelle *compliance*, constitue un assouplissement du droit pénal américain. Il offre la possibilité, au lieu de lancer un procès pénal, de procéder à une négociation entre l'accusation et la défense, afin de renoncer aux poursuites pénales. Le procureur s'épargne des années de recherche des preuves ; tandis que l'accusé évite un long procès qui peut déboucher sur des peines de prison très lourdes pour les dirigeants accusés, et porter durablement atteinte à l'image de l'entreprise. Tout le monde y trouve son intérêt, y compris le Trésor américain qui reçoit le montant d'une amende qui peut se chiffrer en milliards de dollars.

La RSE fournit un autre exemple d'interaction entre *soft law* et *hard law*. Au départ, il s'agissait d'une responsabilité au sens anglais, c'est-à-dire une participation aux décisions au sein de l'entreprise, mais sans le devoir d'en rendre compte. Néanmoins, cette *soft law* se durcit au fil du temps en raison des conséquences attachées aux engagements des entreprises. Des engagements, même spontanés et volontaires, peuvent ensuite être invoqués contre

2. v. M. Delmas-Marty, M. Pieth et U. Sieber (dir.), in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, Société de législation comparée, Vol. 15, mai 2008, p. 423 et s.

3. *op. cit.*, p. 425.

4. F. Jacob, *La logique du vivant*, Gallimard, 1976.

5. M. Delmas-Marty, *Le flou du droit*, PUF, 1986, p. 336 (2e éd. 2004) ; adde M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (II), Le pluralisme ordonné*, 2006, p. 314.

6. A. Garapon et P. Servan-Shreiber (dir.), *Deals de justice - Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2014.

les entreprises afin de mettre en cause leur responsabilité, juridique cette fois-ci. Plusieurs incriminations, comme le délit de publicité mensongère ou certains délits du code du travail, en permettant de lancer un procès en responsabilité, déclenchent des processus transformateurs.

De même avec les nouveaux « procès climatiques », intentés non seulement contre des États, mais aussi contre des entreprises. La loi française sur le devoir de vigilance⁷, adoptée en 2017, à la suite de l'incendie de l'atelier de textiles du Rana Plaza au Bangladesh, contribue à cette responsabilisation. Façon de durcir la *soft law*, ce dispositif impose aux entreprises le devoir de vérifier ce qui se passe tout au long de la chaîne de valeur, y compris dans les filiales et chez les sous-traitants.

Enfin, même si l'on ne mesure pas encore les bouleversements qui pourraient naître de la nouvelle loi Pacte de 2019⁸ sur la raison d'être des entreprises et l'intérêt social élargi, on peut estimer que le durcissement de ces notions pourrait devenir l'un des processus contribuant à consacrer une économie des biens communs.

III. Une économie des biens communs⁹

Introduite d'abord dans les années soixante, au titre de « patrimoine commun de l'humanité », puis relancée, vingt ans plus tard, par des économistes sous le nom de « biens publics mondiaux », en leur double qualité de bien non exclusif et non rival, la notion de « biens communs mondiaux », comme on nomme à présent le climat ou la santé, entraîne des conséquences juridiques. Elle légitime une appréciation plus souple du droit national, et élargit la compétence des juridictions nationales. Sans l'affirmer à voix haute, on essaie de justifier l'extension de la compétence législative et juridictionnelle en cherchant un « lien de rattachement » suffisant avec le territoire d'un État. A vrai dire, il est très rare qu'il n'y ait aucun lien de rattachement avec le pays dont on cherche à appliquer la norme.

Encore faut-il que les intérêts protégés soient bien des intérêts communs. L'affaire BNP Paribas, pour ne prendre qu'un exemple, reposait sur la violation d'un embargo correspondant uniquement à la politique américaine. Il ne s'agissait pas d'un intérêt général mondial, mais d'un intérêt américain. En revanche, dans plusieurs affaires fondées sur l'application extraterritoriale de l'*Alien Tort Statute* (1789), l'objectif était de lutter contre la violation du droit international par « les ennemis du genre humain ». Au 18^{ème} siècle, il s'agissait de poursuivre des pirates agissant hors du territoire national ; au 20^{ème}, seront ainsi jugés par un juge américain des violations des droits de l'homme commises par des dirigeants politiques d'Amérique du sud. Mais au 21^{ème} siècle, qui sont les pirates ? On pense notam-

ment aux ETN complices de crimes internationaux, aux émetteurs de gaz à effet de serre et autres pollueurs, voire aux terroristes, mais la Cour suprême reste très prudente.

En fait, la protection du climat est peut-être le domaine dans lequel l'existence d'un intérêt commun pose le moins de difficultés. Plusieurs techniques juridiques peuvent faciliter la mise en cause d'une responsabilité en ce domaine. On songe, par exemple, à la décision de la Cour suprême de Colombie, reconnaissant la personnalité juridique de la région Amazonienne. L'écosystème amazonien deviendrait donc une personne juridique à qui l'on reconnaît des droits et qui peut être représentée en justice. Au prix cependant d'une déformation de la notion de personne juridique, par une dichotomie entre droits et devoirs. On n'imagine pas de poursuivre une rivière qui inonderait un village.

Alors que les droits de l'Amazonie, opposables aux populations autochtones, peuvent aboutir à des conséquences désastreuses pour les Indiens, une alternative plus équitable consisterait à considérer que l'Amazonie est un bien commun mondial et que les humains ont des devoirs à l'égard des biens communs mondiaux. Cela permettrait d'éviter ces acrobaties juridiques à propos de ces « personnes » ayant des droits sans devoirs, tout en reconnaissant aux populations autochtones un droit premier à l'usage de ces biens communs mondiaux, que, par ailleurs, les États et les entreprises auraient l'obligation de protéger.

Quelle que soit la qualification juridique, l'économie des biens communs invite à revisiter la notion de souveraineté. Par exemple, la souveraineté territoriale du Brésil sur l'Amazonie n'est pas contestée, mais elle pourrait changer de nature. Au lieu d'être une souveraineté « solitaire », elle deviendrait une souveraineté « solidaire ». Il ne s'agit pas de diminuer la souveraineté, mais de l'augmenter. La souveraineté « solidaire » doit être comprise comme une souveraineté agrandie, augmentée, car au lieu de défendre seulement ses intérêts nationaux, chaque État est responsable de la défense des biens communs.

Certes, l'obligation de protéger les biens communs pourrait s'exercer au détriment de la protection exclusive des intérêts nationaux. C'est donc un équilibre dynamique qu'il faut rechercher. Dans cette perspective, il serait utile d'inscrire dans les Constitutions nationales l'engagement par chaque État de participer à la protection des biens communs mondiaux. La décision rendue par le 31 janvier dernier par le Conseil constitutionnel, où ce dernier affirme que « la protection de l'environnement, patrimoine commun des êtres humains, constitue un objectif de valeur constitutionnelle »¹⁰ pourrait d'ailleurs être reprise dans le texte de la Constitution française. Il reste à souhaiter que la Convention citoyenne envisage aussi cette possibilité dans ses recommandations pour le climat.

7. L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017.

8. P.-L. Périn, *Intérêt social élargi : un nouveau Pacte pour l'entreprise*, La Revue des Juristes de Sciences Po 16, janv. 2019, p.11.

9. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (IV), Vers une Communauté de valeurs*, Seuil, 2011.

10. v. Décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020.

En attendant, voici que la Chine, lors de sa réforme constitutionnelle de 2018, a introduit dans le préambule une formule selon laquelle « la Chine contribue à construire le destin de l'Humanité ». C'est une manière, sans doute moins précise, de reconnaître qu'on ne peut plus cantonner le gouvernement de la mondialisation par le droit au seul droit national. Même les pays les plus souverainistes devront admettre que leur droit national s'élargisse à la protection des biens communs mondiaux, voire du destin commun de l'humanité. Ainsi se dessine, entre l'humanité et la nature, une nouvelle anthropologie.

IV - Une anthropologie de l'anticipation

Les communautés nationales se sont construites principalement sur l'histoire et sur le couple mémoire et oubli. La communauté mondiale, qui n'a guère de mémoire commune, ne peut pas se construire sur l'histoire. Malgré les efforts des historiens, il n'y a pas (pas encore ?) de véritable histoire commune du monde. En revanche, on entrevoit, face aux défis mondiaux, le début d'une prise de conscience de ce destin commun. En ce sens la crise climatique et la crise sanitaire sont peut-être une chance pour l'humanité. Une chance si elles incitent la communauté mondiale à se penser et se construire, non pas sur la mémoire mais sur des récits d'anticipation. Mais, de même que la mémoire ne peut être pensée sans une part d'oubli, l'anticipation ne peut être pensée sans une part d'imprévisible. Alors que la communauté nationale repose sur la trilogie histoire, mémoire et oubli, la communauté mondiale reposera sur une autre trilogie : destin, anticipation, imprévisibilité.

L'Europe se trouve ici à mi-chemin. Des historiens comme Patrick Boucheron sont à la recherche d'une histoire commune pour l'Europe¹¹, qu'ils peinent à trouver. Indépendamment de quelques esprits visionnaires, le sentiment européen ne fait guère vibrer les peuples d'Europe. Alors que le sentiment national précède la construction des totems de la nation, l'inverse fonctionne mal et le fait de doter l'Europe d'un drapeau, d'un hymne et d'une devise commune, tous ces signes symboliques d'une nation, n'a pas suffi pour engendrer un sentiment d'appartenance à la même communauté.

Et pourtant, l'Europe s'est bien construite dans la perspective d'un destin : le plus puissant facteur d'union, de communautarisation au sens symbolique du terme, de l'Europe, tient dans la croyance, plus faible à la périphérie de l'Union européenne (*Brexit*) et du COE (Russie et Turquie), que le destin commun européen est inéluctable. Paradoxalement, c'est maintenant davantage au niveau mondial que se vérifie ce constat.

Au niveau de l'Europe, la grande lacune du Traité constitutionnel européen (rejeté en 2005 par referendum en France et aux Pays Bas) fut le silence du préambule sur

la raison d'être de l'Europe, réduite à la nécessité d'éviter les guerres qui abondent dans notre histoire – « plus jamais cela ». Mais il est difficile de construire un avenir sur un passé que l'on rejette. C'est encore moins stimulant pour les nouvelles générations, qui n'ont pas elles-mêmes connu ces guerres. Quant au désir un peu naïf de s'inspirer des États-Unis d'Amérique, il partait d'un véritable contre sens, confondant des États nouvellement reconnus qui s'unissent pour consolider leur indépendance toute fraîche et de vieilles nations entre lesquelles les interdépendances sont devenues si fortes qu'il vaut mieux les organiser en un destin commun plutôt que les subir passivement.

Ainsi comprise, l'Europe deviendrait, par rapport à la mondialisation, un véritable laboratoire : l'Europe permettrait de préfigurer, en les expérimentant, les nouvelles formes d'organisation normative, étant la seule région au monde où l'on essaye de mettre en place un pluralisme juridiquement ordonné, selon un ordre qui ne soit pas autoritaire et uniforme mais démocratique et pluraliste, un pluralisme qui essaie de dialoguer, d'harmoniser les différences, et pas simplement de les juxtaposer. Allant même jusqu'à une hybridation par emprunts réciproques afin de valoriser le meilleur de chaque tradition nationale (le statut du procureur européen en est un exemple).

Pour l'instant, le résultat peut sembler plutôt décevant, mais le laboratoire européen a déjà engendré de nombreuses techniques juridiques qui s'avèrent nécessaires à l'échelle mondiale, à l'instar des « responsabilités communes mais différenciées ». Quels que soient les reproches de « déficit démocratique », l'UE est aussi en train d'inventer une façon démocratique de gouverner par le droit, non pas en séparant les pouvoirs, mais en agrégeant les acteurs, publics (étatiques, *infra* et *supra* étatiques) aux acteurs privés (ETN) et à la société civile dans une gouvernance mondiale.

V. Une gouvernance mondiale agrégeant Savoir/Vouloir/Pouvoir (SVP)

Dans la conclusion du livre *Aux quatre vents du monde*¹², j'avais transposé un poème d'Edouard Glissant intitulé « Au congrès des vents », imaginant une sorte de congrès réunissant tous les grands acteurs de la mondialisation, chacun se voyant « maître des vents ». Arrive alors, un « petit souffle innommé venu de sa campagne ». Citoyen du monde, dont l'élan vital représente les nouvelles générations, il affirme « qu'on n'a pas besoin d'un maître des vents », car il sera impuissant ou se transformera en tyran. Mieux vaut que chacun prenne en charge une part des biens communs. Pour préserver ces biens, on a donc besoin d'une constellation d'acteurs, publics et privés.

Les États ne peuvent pas être les seuls acteurs publics. À leur côté, les collectivités territoriales, déjà organisées en réseaux, contribuent à structurer horizontalement la mondialisation. Mais ce sont sans doute les juges et les

11. P. Boucheron (ed.), *Histoire mondiale de la France*, Seuil, 2017.

12. M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde - Petit guide de navigation sur l'océan de la mondialisation*, Seuil, 2016.

procureurs (nationaux et internationaux) qui auront à jouer le rôle du tiers garant de l'impartialité, condition essentielle d'un état de droit que les avocats contribueront à vivifier.

Dans certains domaines, tels le droit économique ou le droit du numérique, la Cour de Justice de l'Union européenne est même devenue un lieu de régulation mondiale et a déjà beaucoup contribué à la conceptualisation d'un droit commun. Seulement, elle ne peut pas être la seule institution en charge du contrôle démocratique. Il est important en Europe d'avoir deux cours suprêmes : une cour des droits de l'homme et une cour réservée au début au « marché commun ». Bien qu'elle ait incorporé aujourd'hui les droits fondamentaux inscrits dans la Charte européenne de 2000, la CJUE ne remplace pas la CEDH en matière de droits de l'homme. Maintenir cette bipolarité (marché / droits de l'homme) avec les deux cours (CJUE et CEDH), est peut-être l'une des clés d'un équilibre dynamique.

À l'échelle mondiale on peut imaginer un équilibre analogue entre l'organe d'appel de l'OMC, et le panel d'experts de l'OIT, à condition que l'on renforce son contrôle sur les droits sociaux, ainsi que le Comité de l'ONU pour les droits de l'homme. On pourrait même imaginer une Cour des biens communs qui serait chargée de la mise en cohérence de l'ensemble. À moins que la Cour internationale de justice devienne suffisamment autonome pour jouer ce rôle. En tout cas, il faut éviter la trop grande sectorisation du droit international.

Quant à la mise en œuvre, il ne faut pas négliger le rôle des procureurs nationaux qui pourraient être tentés de s'inspirer des pratiques du procureur américain pour les délits financiers relevant de l'application extraterritoriale du droit américain. Au plan international, il faut mentionner le procureur de la CPI pour les crimes internationaux « les plus graves ». Également le procureur européen, nouvellement créé, qui pourrait participer à cette constellation, à la condition qu'il soit suffisamment puissant pour être efficace, à l'instar du procureur américain, qui reste une référence.

Or, ce procureur européen, tel que l'ont voulu les États, a perdu en autonomie par rapport au statut que nous avons envisagé au sein du groupe d'experts que j'avais présidé (*Corpus Juris*, 1998¹³) et qui avait souhaité le doter d'une certaine autonomie à l'égard des États membres. Le parquet européen, finalement entré en fonction en 2020, est beaucoup moins autonome. Seul le procureur général et son adjoint ont un statut européen. Il en résulte que le parquet européen reste tributaire des droits nationaux et du statut propre à chacun des pays européens. S'il risque d'en être affaibli, il n'en demeure pas moins que l'existence même d'un procureur européen est une avancée et que son avenir dépendra aussi de l'incarnation qui en sera

faite dès les premiers mois d'activité : une compétence de haut niveau et une autorité charismatique forte pourraient compenser cette faiblesse juridique.

Enfin, un rôle important dans la régulation de la mondialisation est joué par les acteurs civiques, c'est-à-dire les citoyens, ONG, associations et syndicats. Mais la société civile est plus large encore car elle englobe les acteurs économiques privés (les ETN devenus de véritables pouvoirs concurrents des États) et les acteurs scientifiques, dont le savoir est parfois déterminant, notamment dans un domaine comme le changement climatique. L'alliance entre le savoir (scientifique) et le vouloir (civique) devraient permettre d'encadrer les pouvoirs (politiques et économiques).

Au niveau européen et *a fortiori* au niveau mondial, on ne peut pas directement transposer la théorie classique de la séparation des pouvoirs, ne serait-ce parce qu'il n'existe pas de pouvoir exécutif mondial, ni de législateur mondial. En revanche les juridictions sont impliquées dans la gouvernance mondiale, même quand leur statut reste lié au cadre national. La théorie de Montesquieu n'est donc pas transposable, car elle supposerait un État mondial, ni faisable, ni souhaitable. Il faut donc chercher à transposer l'idée démocratique des contre-pouvoirs.

À défaut d'une véritable séparation entre les trois pouvoirs, l'agrégation savoir-vouloir-pouvoir pourrait assurer une sorte de rééquilibrage, chacun des acteurs ayant un rôle dans l'élaboration et l'application des normes. À condition de respecter l'indépendance, et de garantir la compétence, des scientifiques et d'assurer l'impartialité des acteurs civiques. D'où l'importance d'une régulation d'éventuels conflits d'intérêts.

En résumé, il ne s'agit plus de séparer les pouvoirs, mais d'agréger le savoir et le vouloir face à des pouvoirs qui, tantôt économiques, tantôt politiques, tantôt les deux, sont la véritable incarnation d'une communauté qui émerge d'un droit en mouvement.

Conclusion - Penser un droit en mouvement

À l'évidence, le droit est en mouvement : c'est pourquoi les phénomènes normatifs émergents ne peuvent être pensés à la seule lumière de la métaphore de la pyramide des normes. En dépit des piliers, des socles, des droits fondamentaux, nous sommes entrés dans une zone de turbulence, par nature instable. Certes la métaphore des réseaux rend mieux compte des horizontalités (réseaux des villes, des juges), que celle de la pyramide¹⁴, mais elle ne suffit pas à exprimer cette instabilité croissante qui caractérise nos sociétés. D'où la métaphore des nuages et des vents¹⁵.

Au-delà des problèmes habituels de traduction (l'état

13. M. Delmas-Marty et J. Vervaele (dir.), *La mise en œuvre du Corpus Juris dans les États membres*, Intersentia, 4 vol., 2000-2001.

14. F. Ost et M. van de Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, 2002.

15. M. Delmas-Marty, *Aux quatre vents du monde*, op.cit. ; M. Delmas-Marty, *Sortir du pot au noir : l'humanisme juridique comme boussole*, Bouchet Chastel, mars 2019.

de droit n'est pas un synonyme de *rule of law*, les droits de l'homme peuvent renvoyer à l'État soumis au droit comme à l'État qui fait des lois, le droit commun n'a pas le même sens que la *common law* etc), il faudrait remplacer les « concepts fondateurs » par des « processus transformateurs ». Dès lors, petit à petit, subrepticement on subvertit le sens des mots : c'est ainsi que la souveraineté qui se voulait « solitaire » pourrait devenir « solidaire ».

En résumé, on ne peut ni choisir entre le souverainisme et l'universalisme, ni enfermer les systèmes de droit dans une logique hiérarchique et binaire ; ni admettre l'appropriation des biens communs mondiaux par les États ou les ETN ; ni transposer la séparation des pouvoirs à l'échelle d'un gouvernement du monde ; ni penser la communauté mondiale comme une communauté de mémoire.

C'est pourquoi le juriste doit être innovant et le droit novateur. Certes, il ne s'agit pas de donner libre cours à une imagination débridée, mais simplement de sortir des sentiers battus, parce que la réalité n'y passe plus. Elle passe par une complexité qui pourrait paradoxalement renforcer la justice et par de nouveaux récits d'anticipation qui devraient contribuer à équilibrer la force.

Pour y parvenir, il faudra changer nos repères. Dans ce monde déboussolé, il n'y a plus de pôle nord, en ce sens qu'il est impossible de choisir parmi les vents contraires de la mondialisation. Mais on peut imaginer une boussole inhabituelle¹⁶.

Au centre, engendré par la spirale des humanismes juridiques, un réceptacle octogonal recueille l'eau, symbole de la vie, où se rencontrent les principes régulateurs réconciliant les vents contraires de la mondialisation. Plongé dans ce réceptacle, le fil à plomb de la bonne gouvernance stabiliserait les mouvements désordonnés sans pour autant immobiliser ce monde en mouvement.

C'est ainsi qu'inspiré par les « forces imaginantes du droit »¹⁷, le juriste peut tenter de répondre au constat désabusé de Pascal au 17^{ème} siècle « ne pouvant fortifier la justice, on a justifié la force, afin que la justice et la force fussent ensemble et que la paix fût, qui est le souverain bien ».

Si la spirale des humanismes fortifiait la justice, l'octogone des principes régulateurs équilibrerait la force. Il ne s'agit pas pour autant d'adhérer au rêve utopique des deux K : la « Grande paix » des classiques chinois, reprise à la fin du 19^{ème} siècle par le juriste Kang Youwei et la « Paix perpétuelle » du philosophe Emmanuel Kant au 18^{ème} siècle. De façon plus modeste, il s'agit de mettre en place des dispositifs d'apaisement, de faire la paix avec la Terre.

16. M. Delmas-Marty, *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques*, Éditions du Collège de France, collection « Leçons de clôture », 2020 ; Pour une illustration vidéo voir : <<https://academiesciencesmoralesetpolitiques.files.wordpress.com/2020/01/une-boussole-des-possibles.mp4>>.

17. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit*, Seuil, 2004-2011.



Guy Canivet • Premier président honoraire de la Cour de cassation, ancien membre du Conseil constitutionnel

Libéralisme et droit de la concurrence : autour du principe d'autonomie

12

Nul n'ignore que l'origine du libéralisme est la reconnaissance de l'individu comme concept de base de l'organisation sociale ; un individu libre, à égalité de droits quelle que soit sa position, en puissance de vouloir les règles qui le gouvernent et affranchi de toute soumission naturelle tant à la religion qu'à l'État. En un mot, un individu « autonome », au sein d'une société civile, tout à la fois laïque et distincte de l'État. À partir de cette idée fondatrice, toute l'histoire intellectuelle du libéralisme fut la recherche du lien de cet individu avec la société. Si l'individu est autonome, qu'est-ce qui institue la société dans laquelle il vit ? Après diverses théories philosophiques, dans cette quête fondamentale, s'est progressivement imposée, depuis le XVIII^{ème} siècle, l'idée que ce lien résidait dans les rapports du commerce et qu'il était donc de nature économique¹.

C'est le point de départ du concept de « société de marché », pour certains du « dogme du marché »². Mais quelle que soit la nature de ce lien : soumission volontaire à un pouvoir protecteur mais absolu, le « Léviathan », chez Hobbes³, contrat pour la garantie du droit de propriété pour Locke⁴, adhésion à une organisation politique démocratique séparant les pouvoirs, pour Montesquieu⁵, inclusion dans la nation pour la Révolution⁶ ou enfin réciprocité des intérêts individuels, pour Adam Smith⁷ et à sa suite les utilitaristes (Ricardo, Bentham, Mill)⁸, le ratta-

chement social de l'individu est nécessairement en tension avec sa liberté⁹. Il la bride plus ou moins d'une manière ou d'une autre. De cette relation entre liberté individuelle et contrainte sociale, dépend le degré d'autonomie de l'individu qui serait le principe dialectique de l'organisation politique dans une société libérale.

L'économie de marché n'échappe pas à cette logique mais elle la renouvelle¹⁰. D'un côté, elle soumet l'individu, acteur économique, l'« *homo oeconomicus* », aux lois du marché ; elle réduit donc son degré d'autonomie, mais de l'autre, ces mêmes lois protectrices du libre jeu de la concurrence requièrent de lui un comportement autonome.

En développant sommairement, d'une part, quelle que soit la conception plus ou moins absolue que l'on a du libéralisme¹¹, il n'est aujourd'hui guère contestable que le jeu naturel et spontané du marché ne suffit pas à sa propre régulation¹². Pour que l'économie de marché remplisse les objectifs du droit de la concurrence, qu'il s'agisse de l'efficacité économique ou du bien-être du consommateur, tout opérateur doit être soumis à des règles dont le respect est imposé par l'État¹³. La doctrine ordo-libérale allemande insiste particulièrement sur la force nécessaire de ces règles¹⁴. L'autonomie des opérateurs n'est donc pas absolue, elle est encadrée.

Or précisément, d'autre part, la théorisation des rapports de marché par la doctrine américaine de la fin du XIX^{ème} siècle a démontré que, dans la mise en relation de l'offre et la demande de biens et services, le marché ne peut fonctionner qu'à la condition que les acteurs économiques agissent de manière autonome¹⁵. Par un effet miroir, pour la protection du marché, l'autonomie doit tout à la fois être imposée aux uns pour être garantie aux autres. C'est un devoir prescrit pour la protection d'un droit.

De cette analyse est né le droit *anti-trust* qui, depuis les États-Unis, s'est lentement répandu partout dans le monde, y compris en Europe et en France¹⁶.

zeland, *Vers une économie du bonheur : influence de l'utilitarisme anglo-saxon de Francis Bacon à John-Stuart Mill*, L'Harmattan, 2014.

1. P. Manent, *Histoire intellectuelle du libéralisme*, Calmann-Lévy, 1987.
2. P. Rosanvallon, *Le capitalisme utopique*, Seuil, 1999.
3. T. Hobbes (trad. G. Mairet), *Léviathan ou Matière, forme et puissance de l'État chrétien et civil*, Gallimard, coll. « Folio essais », 2000.
4. J. Locke, *Traité du gouvernement civil*, 1689.
5. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, 1748.
6. D. Schnapper, *La communauté des citoyens - Sur l'idée moderne de la nation*, Gallimard, 1994.
7. A. Smith, *Recherches sur les causes et la nature de la richesse des nations*, 1776.
8. C. Audard, *Anthologie historique et critique de l'utilitarisme*, PUF, 1999 ; A. Cluzeland, *Vers une économie du bonheur : influence de l'utilitarisme anglo-saxon de Francis Bacon à John-Stuart Mill*, L'Harmattan, 2014.
9. P. Manent, *op. cit.*
10. Sur les rapports de l'État et du marché, v. J. Chevallier, « Etat et ordre concurrentiel », in *L'ordre concurrentiel*, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano, Editions Frison-Roche, pp. 59-72, 2003.
11. F.-A. Hayek, *Scientisme et sciences sociales : essai sur le mauvais usage de la raison*, Plon, 1953, p. 195 ; *Droit, législation et liberté*, PUF, 1980-1983.
12. J. Tirole, *Economie du bien commun*, PUF, 2016, p. 629.
13. C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, Bruylant, 2013, p. 99 s.
14. P. Commun, *Les ordo libéraux, histoire d'un libéralisme à l'allemande*, *Les belles-lettres*, 2016 ; *L'ordo libéralisme allemand : Aux sources de l'économie sociale de marché*, CIRAC, 2003.
15. E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, précis, éd 2020.
16. E. Combe, *op. cit.* ; C. Prieto et D. Bosco, *Droit européen de la concurrence*, *op. cit.*, p. 111, s.

I. L'autonomie, principe substantiel du droit de la concurrence

Appliqué à la substance du droit de la concurrence, il y a deux manières de comprendre le concept d'autonomie. Tout d'abord, comme l'estiment les ultra-libéraux, à condition d'être plus ou moins régulée, la libre concurrence suffirait à régler l'organisation de la société¹⁷. Ce serait un droit fondamental autonome, exclusif de toute autre intervention de l'État. De ce point de vue, le rôle de l'État serait strictement limité à la protection de la sécurité des personnes et des biens¹⁸. C'est ce premier aspect qui doit être soumis à critique. L'autre approche est la prise en compte du principe d'autonomie dans le contenu du droit de la concurrence ; elle consiste à examiner comment et jusqu'à quel point, pour l'individu économique, l'autonomie est imposée ou garantie par des règles impératives. L'objet du droit de la concurrence serait d'encadrer l'autonomie des acteurs pour la protection du marché. Le droit de la concurrence serait donc tout à la fois un droit autonome (A) et un droit de l'autonomie (B).

A - Un droit autonome ?

Est-il soutenable que le libre jeu de la concurrence sur le marché soit dans l'ordre juridique un droit fondamental autonome et exclusif, assurant à lui seul le bon fonctionnement de la société ? Fondateur d'un ordre concurrentiel, il primerait tout autre principe juridique, bornant le rôle de l'État et créateur du « droit constitutionnel d'un marché transcendant les règles nationales »¹⁹. Autrement dit, aucune loi ne devrait perturber le libre exercice de la concurrence sur le marché. Les promoteurs de cette doctrine et leurs arguments sont connus²⁰, il n'est guère besoin d'y insister. Mais cette théorie correspond-elle à la réalité ?

Le vérifier consiste à examiner la position de la liberté de concurrence dans les droits fondamentaux supranationaux, dans le droit du commerce international, en droit européen et en droit constitutionnel interne afin de comprendre comment cette liberté prend place dans l'ordonnement juridique. Ce qui est en cause c'est sa position dans la hiérarchie des normes (1). Toute autre est la question de l'autonomie de la méthode du droit de la concurrence tant du point de vue des concepts que de la logique de raisonnement (2).

1 - L'autonomie du droit de la concurrence dans la hiérarchie des normes

Sur le plan international la question incite à regarder la place de cette liberté dans les grandes conventions insti-

tuant des droits fondamentaux²¹ : droits civiques et politiques²², droits économiques et sociaux²³, droit de l'environnement²⁴, etc. Il s'agit aussi de la situer dans les règles d'organisation du commerce international et notamment dans celles de l'OMC²⁵. En résumé, cet examen révèle que la libre concurrence n'est pas comprise dans les droits fondamentaux de source internationale, qu'elle peine à s'instituer comme un principe effectif du commerce international et que, si, incontestablement, le marché est le vecteur de la globalisation de l'économie, ni le droit international, ni les droits nationaux ne parviennent à assurer sa protection effective à l'échelle mondiale²⁶. Pour le dire de manière moins négative, l'enjeu est aujourd'hui réduit à la recherche d'un modèle de coopération internationale efficace pour la protection du marché²⁷.

La même démarche s'impose en droit européen. En tant que telle, la liberté de la concurrence n'est directement comprise, ni dans la Convention européenne des droits de l'homme²⁸, ni dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (UE)²⁹. Mais est-elle un principe fondateur de l'UE³⁰ ?

Depuis l'origine, la politique de la concurrence, telle que prévue par les traités successifs, s'est progressivement imposée dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) comme un facteur primor-

17. G. Sorman, *La révolution conservatrice*, Fayard, 1983, *La solution libérale*, Fayard, 1984 ; *L'Etat minimum*, Albin Michel, 1985.

18. S. Longuet, *Hayek et l'école autrichienne*, Nathan, 1998.

19. A. Pirovano, « L'expansion de l'ordre concurrentiel dans les pays de l'Union européenne », in *Les instruments juridiques de passage à l'économie de marché : le cas de l'Algérie*, L'Harmattan, 2001, p. 130.

20. Pour un examen critique de ces doctrines voir J. Chevallier, *op. cit.*

21. Déclaration universelle des droits de l'homme, 1948.

22. Pacte international relatif aux droits civils et politiques Adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

23. Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, adopté et ouvert à la signature, à la ratification et à l'adhésion par l'Assemblée générale dans sa résolution 2200 A (XXI) du 16 décembre 1966.

24. M. T. Demaze, « Les conventions internationales sur l'environnement : état des ratifications et des engagements des pays développés et des pays en développement », *L'Information géographique*, 2009/3 (Vol. 73), p. 84-99.

25. Organisation Mondiale du commerce, Interaction du commerce et de la politique de la concurrence : <https://www.wto.org/french/tratop_f/comp_f/comp_f.htm> ; C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 259, s.

26. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 259 s.

27. Renforcement de la coopération internationale en matière d'enquête dans les affaires de concurrence : outils et procédures, Note du secrétariat de la CNUCED, Commission du commerce et du développement Groupe intergouvernemental d'experts du droit et de la politique de la concurrence Seizième session Genève, 5-7 juillet 2017 Point 3 de l'ordre du jour provisoire Programme de travail, y compris le renforcement des capacités et l'assistance technique en matière de droit et de politique de la concurrence : <https://unctad.org/meetings/fr/SessionalDocuments/ciclpd44_fr.pdf> ; B. Lasserre, *Le droit international de la concurrence*, Académie des sciences morales et politiques, Séance du lundi 7 mars 2016.

28. Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4.XI.1950, version actuelle : <https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_FRA.pdf>.

29. Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne (2000/C 364/01) ; Certains auteurs défendent cependant le concept de « Constitution économique européenne », v. par ex., H.-W. Micklitz, « La Constitution économique européenne revisitée. Introduction », *Revue internationale de droit économique*, 2011/4 (t.XXV), p. 411-417 ; P. Hubert, A. Castan, *Droit constitutionnel et liberté de la concurrence*, Nouveaux Cahiers du Conseil constitutionnel n° 49 (dossier : L'entreprise) – oct. 2015 - p. 15 à 27.

30. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 163 s.

dial de l'intégration économique des États membres³¹. A tel point qu'en 2004, le Traité établissant une constitution pour l'Europe a voulu élever la libre concurrence au rang des objectifs autonomes de l'Union au même titre que l'espace de liberté de sécurité et de justice (article I-3 2°) : « L'Union offre à ses citoyens un espace de liberté de sécurité et de justice sans frontières intérieures et un marché intérieur où la concurrence est libre et non faussée »³².

Le Traité de Lisbonne³³, qui s'y est substitué en 2007 dans les circonstances que l'on connaît, marque le recul de cette ambition³⁴. L'article 3 du Traité sur l'Union européenne (TUE), qui fixe les buts de l'Union, ne cite plus expressément la liberté de la concurrence, il indique « L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement. Elle promeut le progrès scientifique et technique ».

Selon cet article, d'une part, l'établissement du marché intérieur n'est pas le seul but de l'Union européenne, c'est un but parmi d'autres, ce qui n'est pas nouveau, d'autre part, ce qui est plus innovant, le rappel de l'économie de marché, réduite à un des moyens d'établissement du marché intérieur, se réfère à une « économie sociale de marché » qui intègre la protection de l'emploi et le progrès social. C'est donc dans cette mesure que l'Union dispose de d'une compétence exclusive pour « L'établissement de règles de concurrence nécessaires au fonctionnement du marché intérieur » (article 3, - 1 b du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne TFUE).

En outre, la garantie d'une concurrence non faussée n'est pas expressément reprise à l'article 26 du TFUE relatif au marché intérieur : « Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités. » Enfin, on sait que la réalisation du marché intérieur est une des composantes des 24 politiques et actions internes de l'Union européenne dont traite la troisième partie du TFUE. Dans cette partie, les règles de concurrence (Chapitre 1 du Titre VII) sont évoquées sous l'angle générique des « règles communes sur la concurrence, la fiscalité et le rapprochement des législations ».

Même si le Protocole 27 sur « le marché intérieur et la concurrence » annexe au traité de Lisbonne, et qui en fait partie intégrante (article 36 du TUE), rappelle que « le marché intérieur tel qu'il est défini à l'article 3 du traité sur

l'Union européenne comprend un système garantissant que la concurrence n'est pas faussée »³⁵, et quelle que soit la portée que la CJUE donne au rappel de cet acquis communautaire³⁶, il est difficile de dire que la protection de la libre concurrence est traitée de manière autonome dans les textes constitutifs actuels de l'UE. Sur ces bases, il appartient à la CJUE, qui, comme on le sait, interprète les articles 101 et 102 du TFUE en considération des objectifs du traité, de préciser l'intégration des règles de la concurrence dans l'ordre juridique de l'Union³⁷.

Dans l'ordre interne, c'est d'abord au regard de l'incidence du droit de l'UE qu'il convient d'examiner l'autonomie du droit national de la concurrence, étant considéré, d'une part, que le droit européen de la concurrence est de la compétence exclusive de l'Union, d'autre part, qu'il prime les droits nationaux, s'applique directement, et de manière uniforme, en cas d'affectation du commerce entre les États membres³⁸, enfin qu'il existe, en fait, une convergence quasi-absolue entre le droit national et de droit de l'UE et qu'au surplus, cette convergence est renforcée par l'institution, depuis 2003, d'un réseau européen des autorités de la concurrence qui coordonne l'action de la Commission et des autorités nationales de la concurrence tout en instaurant entre elles un système de coopération pour la mise en œuvre des règles européennes de concurrence applicables aux entreprises³⁹. Seule demeure l'autonomie procédurale des États membres pour l'application de ces mêmes dispositions. Mais cette autonomie procédurale, restrictivement interprétée par la jurisprudence de la CJUE⁴⁰ est, en outre, très encadrée, notamment par la directive ECN+ du 11 décembre 2018⁴¹.

Toujours dans le système interne, le second point est la place du droit de la concurrence dans l'ordre constitutionnel⁴². Même s'il se fonde sur les libertés économiques garanties par la Déclaration des droits de l'homme de 1789 : égalité des droits, droit de propriété, liberté d'entreprendre et liberté contractuelle – ce qui n'a rien d'étonnant puisque ce sont les principes fondateurs du

31. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 155 s.

32. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 181 s.

33. Le Traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009.

34. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 183 s.

35. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 185 s.

36. N. Petit, *Droit européen de la concurrence*, LGDJ, 2018, p. 55 et jurisprudence citée notes 155 et 156.

37. CJUE, 17 février 2011, C-52/09, TeliaSenera Sverige AB, pts 21 et 22. Selon cette jurisprudence, les règles de la concurrence applicables aux entreprises ont « pour objectif d'éviter que la concurrence ne soit faussée au détriment de l'intérêt général des entreprises individuelles et des consommateurs, contribuant ainsi au bien-être dans l'Union ».

38. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 160 s.

39. Règlement (CE) No 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité ; Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence [Journal officiel C 101 du 27.4.2004].

40. CJUE, 7 décembre 2010, C-439/08, VEBIC, pts 57 à 59.

41. Directive (UE) 2019/1 du Parlement Européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

42. P. Hubert, A. Castan, *op. cit.*

libéralisme d'où est issue l'économie de marché – selon la jurisprudence du Conseil constitutionnel, le principe de libre concurrence n'est toutefois pas de valeur constitutionnelle. Le juge constitutionnel admet, en revanche, qu'il participe de l'ordre public économique et que de ce fait, la nécessité de la protection du marché peut justifier des atteintes proportionnées aux droits et libertés garantis par la Constitution⁴³.

C'est selon cette logique des restrictions justifiées et proportionnées que le principe de libre concurrence se concilie avec les exigences constitutionnelles, notamment avec les droits sociaux garantis par le préambule de la Constitution de 1946 ; ce qui n'a cependant guère été exploré. La position constitutionnelle du principe de libre concurrence est donc ambiguë ; d'un côté, il se fonde sur les libertés économiques, de l'autre, il peut leur porter des atteintes proportionnées aux objectifs qu'il poursuit.

Il en résulte que le droit de la concurrence est à combiner avec les différentes composantes de l'ordre juridique interne, droit de propriété, droit de la responsabilité, droit des contrats, droit des sociétés, droits sociaux, droit de l'environnement...⁴⁴ C'est l'affaire de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation. Pour beaucoup, ce travail reste à faire⁴⁵.

En définitive, on comprend que l'autonomie du principe de libre concurrence n'est que relative, et qu'à cet égard la théorie ultralibérale est largement invalidée. Ce qui ne veut pas dire que cette matière juridique, composante essentielle du droit économique, n'ait pas développé une méthode d'application autonome.

2 - L'autonomie méthodologique du droit de la concurrence

Il est en effet incontestable que la méthode d'application du droit de la concurrence est spécifique. Elle se caractérise, d'une part, par des concepts et une logique de raisonnement qui lui sont propres, d'autre part par l'intégration de l'analyse économique dans le raisonnement juridique⁴⁶.

L'originalité du droit de la concurrence se traduit d'abord dans la formulation de la règle. Dans l'énoncé, elle ne se réfère pas seulement à des catégories ou à des critères juridiques mais en grande partie à des notions économiques : « activité de production de distribution et de service », « marché », « entreprise », « ententes », « position dominante », etc. En outre, les prohibitions :

pratiques concertées ou abus de position dominante, ne sont pas définies en termes généraux mais appliquées à une liste de comportements caractéristiques énumérés de manière non limitative. Ces interdictions sont au surplus édictées en considération de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de ces pratiques. Quant aux exceptions, elles sont aussi prévues en fonction de leur « effet » de « progrès économique » et de « partie équitable de profit » réservé aux utilisateurs.

Les mêmes caractéristiques se retrouvent dans les textes relatifs aux concentrations dont le contrôle repose lui aussi sur des conditions d'« atteinte à la concurrence », de « création ou renforcement d'une position dominante », de « puissance d'achat » ou de situation de « dépendance économique », etc. Au surplus, lorsque les juridictions donnent un contenu à ces termes, elles se réfèrent à d'autres notions économiques : par exemple la notion de marché renvoie à la « substituabilité » des biens et services qui n'est pas un critère juridique⁴⁷.

Cette particularité dans la formulation du droit de la concurrence emporte deux conséquences, l'une sur la logique du raisonnement, l'autre sur la relation nécessaire entre juristes et économistes dans sa mise en œuvre. Au stade de son application, le droit de la concurrence ne met pas en œuvre la logique déductive, en principe, propre à la méthode juridictionnelle classique, il ne consiste pas à poser une règle générale pour l'appliquer au cas particulier, selon un syllogisme, à une situation caractérisée à partir des qualifications juridiques posées par la règle.

Cette figure logico-déductive du raisonnement judiciaire, au demeurant largement remise en cause par la théorie contemporaine, est totalement subvertie en matière de concurrence où est implémentée une méthode particulière imposée par la formulation de la règle. La démarche consiste à inférer la décision – prohibition ou non d'une pratique – d'une situation de fait examinée selon les notions, calculs et modèles de l'analyse économique : délimitation et caractéristiques d'un marché, modélisation des pratiques prohibées, analyse de l'objet ou de leur effet anticoncurrentiel, mesure d'un éventuel effet de progrès économique et appréciation de l'intérêt du consommateur.

Quant au montant de la sanction, il se détermine en fonction d'un critère d'efficacité répressive qui nécessite une approche économique, ne serait-ce que pour en rechercher l'effet dissuasif. Enfin, l'octroi de réparations par les juridictions civiles, encouragé et organisé par la directive européenne du 6 novembre 2014⁴⁸, exige tout autant le recours à l'analyse économique pour l'évaluation des dommages subis par la victime des pratiques fautives. Ceci se vérifie encore dans le contrôle des concentrations,

43. A. Sée, « La question prioritaire de constitutionnalité et les libertés économiques », *Revue juridique de l'économie publique*, n° 718, Avril 2014, étude 5.

44. R. Denoix de Saint-Marc, « Le Conseil constitutionnel et la Charte de l'environnement », colloque AJCP : La Charte de l'environnement au prisme du contentieux», CAA Paris, 15 juin 2012 ; Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel n° 43 Le Conseil constitutionnel et l'environnement) – avril 2014.

45. v. en ce sens la décision n° 2019-823 QPC du 31 janvier 2020 Union des industries de la protection des plantes [Interdiction de la production, du stockage et de la circulation de certains produits phytopharmaceutiques].

46. E. Combe, *op.*, *cit.*

47. E. Combe, *op.*, *cit.*

48. Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne.

tant en ce qui concerne la délimitation du marché pertinent, la mesure de la concentration du marché, son impact sur la concurrence que l'évaluation des gains d'efficacité⁴⁹.

Mobilisant tout à la fois le raisonnement juridique et l'analyse économique, à tous les stades institutionnels, une étroite coopération entre juristes et économistes est nécessaire pour la mise en œuvre effective d'un droit de l'autonomie des opérateurs économiques sur le marché⁵⁰.

B - Un droit de l'autonomie

La question est classique, l'autonomie est la notion structurante du droit de la concurrence (1). Mais cette exigence n'est pas absolue ; tant en droit de l'UE qu'en droit national, elle connaît de nombreux accommodements (2).

1 - L'exigence d'autonomie

En principe, l'exigence d'autonomie s'impose tant en ce qui concerne l'application du droit de la concurrence que l'imputation des pratiques anticoncurrentielles. En premier lieu, l'autonomie de comportement des opérateurs est indispensable au bon fonctionnement du marché. Par opposition à l'économie planifiée, dirigée ou administrée, les opérateurs n'exécutent pas les ordres d'une autorité publique. Ils ne doivent pas davantage être soumis à la puissance économique d'une ou d'un groupe d'entités privées qui réduirait leur faculté d'agir.

Dans le respect de la loi, ils doivent ou doivent pouvoir décider de leur politique commerciale en toute liberté. C'est cette indépendance et l'incertitude qui en résulte sur leur stratégie marchande qui permet la rencontre de l'offre et de la demande pour établir le prix d'équilibre. On comprend alors que ce mécanisme serait faussé si les opérateurs se coordonnaient, explicitement ou implicitement pour entraver le libre jeu de la concurrence sur le marché ou si un opérateur en position de domination, principalement en qualité d'offreur, éventuellement en qualité de demandeur, abusait de sa puissance pour réduire la concurrence ou encore si des opérateurs pouvaient se concentrer de manière horizontale, verticale ou conglomerale en produisant un effet identique.

Quoique par des mécanismes différents, l'exigence d'un comportement autonome s'impose tout à la fois en droit des ententes, en droit des abus de domination ou en matière de concentration d'entreprises. Tel est le fil rouge tant dans les décisions des instances de l'UE et dans celles de l'autorité nationale de concurrence que dans celles des juridictions de contrôle⁵¹.

Ces obligations de comportement autonome, ne peuvent évidemment être imposées qu'à des entités qui jouissent de la latitude nécessaire pour décider librement des modalités d'exercice de leur activité économique. De sorte que d'une part, le droit de la concurrence ne s'ap-

plique, exclusivement, en droit de l'Union, essentiellement en droit interne, qu'à des entités économiques, les entreprises, précisément caractérisées par leur aptitude à agir de façon autonome sur le marché, d'autre part, la sanction des pratiques illicites n'est imputable qu'aux entités qui, en fait, ont, en toute autonomie, effectivement mis en œuvre de telles pratiques.

Cette gouvernance économique autonome ne résulte pas de la forme juridique de ces entités, et notamment de ce qu'elles jouissent ou non d'une personnalité juridique. Elle s'apprécie de manière empirique, au cas par cas. Néanmoins, la procédure ne peut être conduite et la décision, injonction ou sanction, exécutée qu'à l'encontre des personnes physiques ou morales dans le patrimoine desquelles l'entreprise se trouve ou s'est trouvée à l'époque des pratiques. Entre application du droit et imputabilité des pratiques, d'un côté, implication procédurale et opposabilité de la décision, de l'autre, on passe de l'autonomie de la gouvernance économique à celle de la gouvernance juridique. Il en résulte une jurisprudence complexe et nuancée, notamment en ce qui concerne les pratiques mises en œuvre au sein ou par des groupes de sociétés⁵².

2 - Les modulations de l'exigence d'autonomie

Tel est le principe d'autonomie. Mais qu'il s'attache au comportement ou à la gouvernance des opérateurs, il est largement modulé. En premier lieu, par construction, le champ d'application du droit de la concurrence étant limité à l'activité économique, il ne concerne pas les secteurs d'activité de nature différente, soit parce qu'ils sont rattachés à la puissance publique⁵³ – et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique –, soit parce qu'ils sont à finalité sociale et reposent sur une logique de solidarité⁵⁴. Dans le cadre de ces activités, les entités qui les exercent peuvent donc être plus ou moins subordonnées au pouvoir de l'État.

En deuxième lieu, l'exigence d'autonomie des acteurs ne concerne pas certains secteurs que la loi soustrait totalement ou partiellement au droit de la concurrence. Tel est le cas, en droit de l'Union, de ceux qui sont soumis à des régimes spéciaux : industries de défense, agriculture, transport, électricité et gaz, postes et télécommunication électronique⁵⁵. Tandis qu'en droit national, est donnée à la loi la faculté de faire échapper certaines pratiques aux prohibitions⁵⁶ et au gouvernement, à certaines conditions, celle de réduire par décret l'autonomie des opérateurs, notamment en matière de fixation de prix, selon certaines circonstances ou sur certaines parties du territoire⁵⁷.

52. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 37 s.

53. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 231 s., 256 s. ; CJCE, 20 septembre 2001, C-439/99, ptd 26, 27.

54. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 378 s.

55. N. Petit, précité, p. 133 s.

56. art. L. 420-4 du Code de commerce.

57. art. L. 410-2 et suivants du Code de commerce.

49. E. Combe, *op. cit.*

50. E. Combe, *op. cit.*

51. E. Combe, *op. cit.*

En outre, d'autres entreprises sont soumises à un régime particulier du droit de la concurrence, telles, en droit de l'Union, les entreprises qui interviennent dans des secteurs régulés, les entreprises publiques ou titulaires de droits spéciaux ou exclusifs ou encore les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général.

Enfin on sait que, tant en droit de l'Union en matière d'entente, qu'en droit national, en toute matière, les prohibitions peuvent être déclarées inapplicables à des pratiques qui, à certaines conditions, contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique⁵⁸.

Le principe d'autonomie est donc largement modulable pour la réalisation de politiques économiques et sociales. Ces exceptions permettent à l'Union européenne et, sous son contrôle, aux États membres de faire varier l'application du droit de la concurrence en fonction de diverses considérations d'intérêt général, notamment en agissant sur le comportement des acteurs.

Le concept de « modulation » est ici employé à dessein pour marquer que l'intérêt général n'est pas un facteur de limitation du droit de la concurrence ; c'est au contraire la pierre angulaire d'une doctrine moderne de la régulation du marché qui prend en compte le bien-être collectif dans toutes ses dimensions, non seulement économiques mais sociales, culturelles et environnementales. Selon cette orientation soutenue par la « Nouvelle école industrielle », il n'y aurait pas de contradiction entre la liberté de la concurrence et les autres valeurs constitutives du lien social intégrées dans une nouvelle conception des rapports de marché. Ce à quoi invite d'ailleurs l'article 3 du TUE, dont la jurisprudence du Conseil constitutionnel pourrait utilement s'inspirer dans l'ordre interne. Ces mêmes considérations politiques influent sur l'autonomie des acteurs dans la réalisation du droit de la concurrence.

Dans l'incidence du principe d'autonomie il y a une continuité entre la liberté d'action des acteurs sur le marché et la garantie juridictionnelle de cette liberté. La stratégie contentieuse prolonge la stratégie économique.

II. L'autonomie, principe existentiel du droit de la concurrence

Reconnaître une existence autonome au droit de la concurrence consiste à confier la régulation du marché aux acteurs eux-mêmes en leur donnant le droit de faire cesser les pratiques anticoncurrentielles – donc contraires à l'exigence de comportement autonome sur le marché –, de les faire sanctionner et d'obtenir réparation du préjudice qu'elle leur cause. Dans un système libéral, cela revient à donner aux opérateurs un pouvoir d'agir devant des juridictions indépendantes. C'est le droit fondamental d'accès au juge.

58. art. 101, § 3 du TFUE et L. 420-4, 2° du Code de commerce.

Selon cette conception, la défense de l'intérêt concurrentiel privé des acteurs contribue à la défense de l'intérêt public de protection du marché⁵⁹. Le libéralisme instaure ainsi une continuité entre la liberté de comportement sur le marché garantie par les libertés économiques fondamentales et la liberté juridictionnelle garantie par les principes du procès équitable.

Mais un tel mécanisme privé de protection du marché est-il suffisant ? Dès lors que des considérations d'ordre public économique sont en cause, il est généralement admis que l'État, qui en est le protecteur, dispose d'un pouvoir de police administrative. À côté de l'application privée (*private enforcement*) une application publique (*public enforcement*) serait alors nécessaire⁶⁰.

Dans la recherche de la meilleure régulation du marché, la question est donc l'articulation entre l'application privée, qui respecte l'autonomie des acteurs, et l'action publique, qui fait intervenir l'État pour assurer le respect de l'ordre public. Il existe diverses manières de régler cette articulation entre intérêt privé et ordre public. L'une consiste à laisser l'application du droit de la concurrence aux juridictions, dont c'est la mission naturelle, devant lesquelles les opérateurs peuvent librement agir, tout en conférant, en tant que de besoin, au ministère public et/ou à des agences gouvernementales en charge de la politique de la concurrence, des prérogatives de collecte des preuves, d'avis, d'action ou d'intervention plus ou moins larges. C'est la situation en *common law* et dans certains États européens⁶¹.

L'autre système revient à confier directement la mise en œuvre du droit de la concurrence à des autorités administratives, comme c'est le cas pour de l'UE et dans la plupart des États membres, notamment en France, fortement marquée par une culture d'économie administrée. En ce cas, la réalisation du droit de la concurrence échappe plus ou moins aux acteurs auxquels est néanmoins généralement reconnu le droit de saisir ces autorités administratives⁶². Les deux systèmes ne sont cependant pas exclusifs, ils peuvent être combinés (A), de sorte que l'autonomie procédurale des acteurs est à examiner dans cette relation entre application privée et application publique du droit de la concurrence (B).

A - La combinaison des systèmes de réalisation du droit de la concurrence

Dès l'origine l'Union européenne a opté pour un système de mise en œuvre administrative du droit de la concurrence en confiant à la Commission la mission de veiller à la bonne application de la réglementation européenne en matière de concurrence et en lui conférant des pouvoirs de contrôle, d'enquête, de sanction et d'exemp-

59. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 231 s., 256 s. ; CJCE, 20 septembre 2001, C-439/99, ptd 26, 27.

60. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 232 s., 258 s.

61. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 232 s., 258 s.

62. *Ibid.*

tion nécessaires. Ce pouvoir s'est renforcé en 2003, par la création du réseau européen de la concurrence. Naturellement, les décisions que prend la Commission en cette matière sont soumises au contrôle juridictionnel de la Cour de justice⁶³.

En même temps, cette cour a jugé que le droit de la concurrence créait des droits dans le chef des particuliers – des droits subjectifs – qu'ils pouvaient donc faire valoir devant les juridictions nationales. En droit de l'UE⁶⁴, à côté de l'application publique du droit de la concurrence existe donc une application privée relevant de la compétence des juridictions des États membres⁶⁵.

Celle-ci a d'abord été considérée comme accessoire, puis encouragée pour désencombrer la Commission, ensuite stimulée et organisée par le règlement 1/2003⁶⁶. Mais c'est finalement la Directive dommage de 2014⁶⁷ qui a fixé les règles de coordination entre l'action privée, devant les juridictions nationales et l'action publique devant la Commission UE et les autorités de la concurrence nationales.

En France, la mise en œuvre du droit de la concurrence a d'abord été confiée au ministre chargé de l'économie, assisté d'une commission administrative⁶⁸ investie d'un pouvoir d'avis. Était toutefois réservé un régime de répression pénale⁶⁹, très accessoire et en outre inefficace tant en raison de l'absence de directives d'action publique, de spécialisation des juridictions que de manque de formation et de qualification des juges⁷⁰. Le pouvoir politique s'est en effet toujours montré très réservé à l'égard d'une politique pénale de la concurrence⁷¹.

De sorte qu'en 1986, lorsqu'il s'est agi de reconsidérer le système institutionnel dans le cadre d'une politique de libéralisation du marché, c'est encore le modèle administratif qui a été préféré en raison de son aptitude à promouvoir une telle politique.

Cette mission fut donc confiée à une autorité administrative indépendante : le Conseil de la concurrence – devenu en 2008⁷², Autorité de la concurrence (Adlc).

Toutefois, afin de regrouper tous les contentieux, tant privés que publics, de la concurrence devant les juridictions judiciaires, les décisions rendues par cette autorité étaient, en dépit d'une résistance vive et persistante du Conseil d'Etat, soumises au contrôle exclusif d'une juridiction judiciaire, la Cour d'appel de Paris⁷³.

Si dans un premier temps, le contrôle des concentrations, a été maintenu dans les pouvoirs du gouvernement, il a finalement été transféré à l'Adlc sous le contrôle juridictionnel du Conseil d'Etat⁷⁴. Mis à part des pouvoirs d'enquête⁷⁵, de traitement des micro-pratiques anti-concurrentielles⁷⁶ et d'une faculté de décision en certains cas en matière de concentration⁷⁷, tous ces pouvoirs sont désormais de la compétence de l'Adlc. Parallèlement, un dispositif de répression pénale a été conservé, encore à titre très marginal, tandis qu'était renforcée l'action civile devant les juridictions judiciaires de droit commun⁷⁸. Progressivement l'Adlc a été dotée de moyens diversifiés pour la mise en œuvre de la politique de concurrence : avis, enquête sectorielle d'initiative, transaction et procédure de clémence⁷⁹. En même temps, l'application judiciaire privée a été stimulée par la concentration des contentieux devant la Cour d'appel de Paris⁸⁰ et à la faveur d'une politique active engagée par celle-ci⁸¹ et, en principe, la création d'une action de groupe permettant aux consommateurs d'obtenir réparation du préjudice concurrentiel⁸².

B - Le renouvellement du principe d'autonomie

En raison de cette évolution, renforçant le rôle de l'autorité administrative dans la mise en œuvre de la politique de la concurrence, la question de l'autonomie des acteurs se pose en des termes différents s'agissant de leur faculté d'agir devant des autorités administratives de la concurrence indépendantes, donc elles-mêmes autonomes (1), appliquant une procédure garantissant leur autonomie procédurale (2) et leur droit au recours (3). Tant en droit européen qu'en droit national, l'évolution récente de ces procédures permet en définitive aux entreprises la construction de stratégies économiques contentieuses (4).

63. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 232 s., 1154 s.

64. CJCE. 30 janvier 1974, Sabam.

65. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 1408 s.

66. Règlement (CE) No 1/2003 DU CONSEIL du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité, spécialement articles 15 et 16.

67. Directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014, précitée.

68. L. Vogel, *Traité de droit économique*, Droit de la concurrence, Droits européens et français, Bruylant 2015, p. 879.

69. art. 419 du Code pénal.

70. C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 237 s.

71. J.-B. Blaise, *Le statut juridique des ententes économiques dans le droit français et le droit des communautés européennes*, Librairies techniques, 1964. L. Vogel, *op. cit.*, p. 1677 s. ; R. Saint-Esteben, « Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'art. 40 du Code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Revue Conurrences*, mai 2019, n°2, pp. 54-65.

72. Loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie.

73. G. Canivet, « Le juge et l'autorité de marché », *RJ com.*, 1992, p. 185.

74. L. Vogel, *op. cit.*, p. 879 s.

75. art. L. 450-5 du Code de commerce.

76. art. L. 464-9 du Code de commerce.

77. art. L. 430-7-1 du Code de commerce.

78. Ordonnance n° 2017-303 du 9 mars 2017 relative aux actions en dommages et intérêts du fait des pratiques anticoncurrentielles.

79. Aut. conc., 10 ans, Accompagner la modernisation de l'économie, synthèse 2018.

80. L. 420-7 du Code de commerce ; articles 2 à 10 du décret n° 2005-1756 du 30 décembre 2005 fixant la liste et le ressort des juridictions spécialisées en matière de concurrence, de propriété industrielle et de difficultés des entreprises.

81. C. Arens, « La cour d'appel de Paris, au cœur des droits de la concurrence », septembre 2018, *Revue Conurrences*, sept. 2018, pp. 1-4.

82. art. L. 623-1 du Code de la consommation.

1 - Indépendance de l'autorité administrative chargée de la mise en œuvre du droit de la concurrence

L'autonomie des autorités de la concurrence dépend de leur indépendance de décision par rapport à l'organisation politique à laquelle elles appartiennent. De sorte que cette indépendance se présente dans des conditions différentes pour la Commission UE et pour l'Autorité française de la Concurrence.

Elle est donc à examiner au regard de la jurisprudence de la CJUE pour l'une⁸³, du Conseil constitutionnel pour l'autre. En ce qui concerne l'Adlc, le Conseil constitutionnel en a précisément fixé les conditions selon une jurisprudence commune à l'ensemble des organismes relevant de la catégorie des autorités administratives indépendantes⁸⁴. Finalement la seule obligation à laquelle cette autorité est tenue à l'égard du pouvoir politique est de rendre des comptes⁸⁵.

Se pose toutefois la question des moyens qui lui sont conférés pour lui permettre de remplir sa mission. A cet égard, une directive dite ECN + du 11 décembre 2018⁸⁶ a pour objectif de faire en sorte que les autorités nationales de la concurrence (ANC) disposent, outre des pouvoirs effectifs d'enquête, de coercition et de sanction appropriées et des garanties d'indépendance, des ressources suffisantes, afin de pouvoir appliquer efficacement les articles 101 et 102 du TFUE⁸⁷. On sait qu'en France l'Adlc ne bénéficie pas d'une autonomie budgétaire et qu'en 2015 son président a publiquement regretté l'insuffisance des moyens financiers qui lui étaient accordés par l'État⁸⁸.

2 - Droit d'action des acteurs devant ces autorités administratives

Devant ces organes administratifs d'application du droit de la concurrence, l'autonomie des acteurs dépend des garanties procédurales dont ils bénéficient : accès à l'auto-

rité, impartialité des juridictions, égalité des droits, droit d'être entendu, principe de contradiction, garanties de la défense..., non seulement dans le cadre des procédures contentieuses mais aussi dans les procédures négociées et de clémence. On sait que, tant la CJUE⁸⁹, que les juridictions nationales⁹⁰, ont activement veillé à ce que les garanties fondamentales d'équité du procès soient effectives.

A cet égard, deux questions font débat. La première est la faculté de rejeter en opportunité les plaintes des opérateurs, fortement revendiqué par l'Adlc, pour des raisons de gestion des flux de saisines, alors que lui accorder un tel pouvoir va à l'encontre du droit des acteurs à faire cesser une pratique qui porte atteinte à leur autonomie de comportement sur le marché⁹¹. La seconde est l'efficacité de l'action collective pour l'application du droit de la concurrence⁹².

3 - Droit au recours

L'autonomie concurrentielle des acteurs du marché se mesure enfin à l'effectivité de leur droit au recours contre les décisions des autorités administratives de la concurrence. Dans cette perspective ce sont les procédures européenne⁹³ et nationale⁹⁴ qui sont à examiner.

Pour l'essentiel deux questions se posent, la position et le rôle de l'autorité de concurrence devant la juridiction de recours, mais surtout l'intensité des contrôles sur leurs décisions : de plein contentieux, de pleine juridiction, en droit et en fait, en annulation ou en réformation, et portant sur la régularité de la procédure, l'administration de la preuve, la qualification des pratiques, le raisonnement d'application, la motivation, l'opportunité des décisions et le montant des sanctions... Au-delà de ces diverses modalités du contrôle juridictionnel, l'enjeu est de savoir si, et jusqu'à quel point, la théorie économique appliquée par ces autorités sur laquelle repose la politique de la concurrence qu'elles mettent en œuvre peut être débattue, contestée et corrigée. L'évolution du droit de la concurrence est subordonnée à cette aptitude des acteurs à remettre en cause la doctrine économique publique. C'est la condition de l'adaptation de la politique de

83. S'agissant de la Commission UE, si a été discutée la question de son impartialité dans l'application du droit de la concurrence en raison du cumul des pouvoirs de poursuite, d'enquête et de sanction (V. N. Petit, *op. cit.*, p. 649 s. jurisprudence et doctrine citée), la question de la mise en œuvre directe du droit de la concurrence par une des institutions de l'UE (art. 13 et 17 du TUE) ne semble pas s'être posée.

84. Sénat, rapport sur les autorités administratives indépendantes, 2006 ; J. Chevallier, « Autorités administratives indépendantes et État de droit », *Civitas Europa*, 2016/2 (N° 37), p. 143-154 ; Conseil d'Etat, Rapport public du Conseil d'Etat, *Les autorités administratives indépendantes*, 2001. Loi organique n° 2017-54 du 20 janv. 2017 relative aux autorités administratives indépendantes et autorités publiques indépendantes ; CC décision n° 2017-746 DC du 19 janv. 2017.

85. art. L. 461-5 du Code de commerce ; art. 21 de la loi n° 2017-55 du 20 janvier 2017 portant statut général des autorités administratives indépendantes et des autorités publiques indépendantes.

86. Directive (UE) 2019/1 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 visant à doter les autorités de concurrence des États membres des moyens de mettre en œuvre plus efficacement les règles de concurrence et à garantir le bon fonctionnement du marché intérieur.

87. art. 5 de la directive 2019-1 précitée.

88. B. Lasserre, audition par la commission des affaires économiques de l'Assemblée nationale, 6 mai 2015. En 2018, le budget de l'Autorité de la concurrence (LFI initiale) s'est élevé à 21 640 933 d'euros dont 16 249 442 d'euros pour les dépenses de personnel et 5 391 491 millions d'euros pour les dépenses de fonctionnement et d'investissement (HT2). Le rapport annuel 2018 de l'Autorité ne fait aucun commentaire sur cette dotation.

89. N. Petit, *op. cit.*, p. 649 et jurisprudence citée note 153.

90. L. Vogel, *op. cit.*, p. 1596 s. Voir l'article 4 de la directive 2019-1 précitée.

91. La directive 2019-1 précitée recommande cependant : « Les autorités nationales de concurrence administratives devraient avoir la possibilité d'établir des priorités pour leurs procédures relatives à la mise en œuvre des articles 101 et 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne de manière à pouvoir utiliser efficacement leurs ressources et s'attacher à prévenir et faire cesser les comportements anticoncurrentiels faussant la concurrence dans le marché intérieur. À cet effet, elles devraient pouvoir rejeter des plaintes au motif qu'elles ne sont pas prioritaires, à l'exception de celles déposées par les autorités publiques qui exercent une compétence partagée avec une autorité nationale de concurrence administrative pour la mise en œuvre des articles 101 et 102 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et du droit national de la concurrence, le cas échéant.

92. art. 1er de la loi l n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation. Selon Louis Vogel, cette action de groupe est un échec total : <https://www.vogel-vogel.com/les-entreprises-doivent-elles-craindre-les-nouvelles-actions-collectives/> ; C. Prieto, D. Bosco, *op. cit.*, p. 1453 s.

93. L. Vogel, *op. cit.*, p. 527 s.

94. L. Vogel, *op. cit.*, p. 1679 s.

concurrence à la réalité des marchés, à défaut de quoi l'ensemble du système serait exposé au risque bureaucratique.

4 - La construction de stratégies économiques contentieuses

L'évolution récente des procédures européenne et nationale tend en outre à renforcer l'autonomie contentieuse des entreprises. Si elles sont victimes de pratiques anticoncurrentielles, elles peuvent ainsi choisir de les dénoncer à une autorité de la concurrence européenne⁹⁵ ou nationale⁹⁶ ou d'engager directement une procédure devant la juridiction compétente d'un État membre et dans tous les cas d'exercer les voies de recours appropriées. En cas de constatation d'une infraction, elles peuvent demander réparation du préjudice subi devant la juridiction civile d'un État membre⁹⁷. En France, elles pourraient même décider, à certaines conditions, de porter leur action devant une juridiction pénale⁹⁸.

En outre, la récente directive européenne suggère un mode de calcul de la réparation qui vise en principe à remettre économiquement et financièrement l'entreprise victime dans l'état où elle se serait trouvée si la pratique n'avait pas eu lieu⁹⁹. Certains systèmes juridiques vont plus loin puisque, par le jeu des dommages punitifs, ils rémunèrent l'entreprise plaignante du risque qu'elle a pris et de l'intérêt général auquel elle a contribué en dénonçant une atteinte au marché¹⁰⁰. A tous les stades du processus, il est encore loisible à l'entreprise plaignante de négocier avec l'auteur de la pratique, de recourir à une médiation ou encore, notamment en cas de pratique contractuelle, de mettre en œuvre une procédure d'arbitrage.

Une latitude procédurale équivalente est accordée à l'auteur de la pratique. S'il s'agit d'une entente, un dispositif de « clémence » anticoncurrentiel lui permet d'en sortir en la dénonçant à l'autorité de la concurrence afin d'obtenir une dispense ou une réduction de la condamnation pécuniaire. Il peut accepter les griefs afin de minorer le montant de la sanction à laquelle il est exposé, ou de les contester devant l'autorité. En cas de condamnation, l'entreprise visée peut mettre en œuvre les voies de recours et y adopter un système de défense qu'il juge utile : contestation de la pratique et/ou du montant de la sanction¹⁰¹.

En matière de concentration d'entreprises, autant devant la Commission que devant l'autorité nationale, les entreprises en cause jouissent également d'un large pouvoir de négociation, notamment sur les engagements qu'elles proposent. En fonction des résultats de cette négociation et de la décision de l'autorité, elles peuvent renoncer à la concentration, accepter la décision ou la

contester en tout ou partie devant la juridiction de recours, européenne¹⁰² ou nationale¹⁰³.

En définitif, l'ensemble de ces dispositifs permet aux acteurs d'adopter des postures contentieuses dans le prolongement des programmes qu'ils développent sur le marché. Davantage que l'aboutissement d'un litige engendré par une pratique anticoncurrentielle, la phase contentieuse s'insère dans une perspective de développement de leur activité économique à long terme. L'autonomie procédurale est une modalité de l'autonomie économique. Le droit est alors un élément de la stratégie marchande et la solution contentieuse une péripétie assumée, calculée et maîtrisée. Ce qui, au passage, renforce la position des juristes dans la gouvernance de l'entreprise¹⁰⁴.

Conclusion

Qu'il concerne le droit de la concurrence, les acteurs, les institutions ou les procédures de mise en œuvre, le concept d'autonomie a, en droit de la concurrence, de multiples applications.

Ces divers emplois ne sont pas à examiner séparément mais dans leur interaction et leur globalité. C'est alors la finalité du droit de la concurrence dans ses rapports avec le libéralisme économique qui est en cause. D'un droit spécifiquement protecteur du marché, peut-il évoluer vers un droit intégrant toutes les composantes du lien social afin d'assurer le bien-être collectif ?¹⁰⁵

Auquel cas, l'autonomie des acteurs est autrement comprise et encadrée. Ce qui rejoint toutes les réflexions sur l'objet social et environnemental¹⁰⁶ de l'entreprise et sur les nouveaux modes de consommation¹⁰⁷. En définitive, l'autonomie des acteurs ne peut plus désormais être considérée dans la seule perspective des rapports étroits de production et de consommation. En un mot, il s'agirait d'imaginer une nouvelle économie de marché et une nouvelle orientation des politiques libérales compatibles avec les objectifs du développement durable¹⁰⁸. Serait-ce utopique ? Si ce modèle alternatif est possible, les juridictions auraient sans aucun doute un rôle essentiel à jouer dans sa réalisation.

95. L. Vogel, *op.cit.*, p. 380 s.

96. L. Vogel, *op.cit.*, p. 1565 s.

97. L. Vogel, *op.cit.*, p. 519 s, 1663 s.

98. L. Vogel, *op.cit.*, p. 1577 s.

99. Directive 2014/104 UE, précitée, art. 17.

100. D. Laycock, *Modern American Remedies*, Aspen, 2002, p. 732-736.

101. L. Vogel, *op. cit.*, 527, s., p. 1683 s.

102. L. Vogel, *op. cit.*, 684 s.

103. L. Vogel, *op. cit.*, p. 1796 s.

104. A. Masson, *Stratégies juridiques des entreprises*, Larcier 2014.

105. J. Tirole, *op. cit.*, p. 57 s.

106. J. Tirole, *op. cit.*, p. 241 s.

107. Centre des ressources du développement durable, Etude 2017 sur les Français et la consommation responsable.

108. F. Aggeri, « Marchés et développement durable », in *L'activité marchande sans le marché ?*, Colloque de Cerisy [en ligne], Presses des Mines, 2010 ; A.S. Binninger et I. Robert, « Consommation et développement durable. Vers une segmentation des sensibilités et des comportements », *La Revue des Sciences de Gestion*, 2008/1 (n°229), p. 51-59.



Antoine Garapon • Secrétaire général de l'Institut des hautes études sur la justice

Une Cour peut réguler la mondialisation

Par matière première, l'économie, la Cour de Justice de l'Union européenne fait figure d'exception au regard des autres juridictions mondiales. A un moment où les juges doivent reconquérir un État de droit dans une économie mondialisée livrée à un nouvel état de nature, c'est précisément la connaissance et le langage de cette « matière » qui peut permettre à la Cour de s'imposer comme une des grandes forces régulatrices de cette mondialisation, et un organe incontournable pour que l'Europe trouve sa place dans le monde.

Une cour qui parle le langage de la mondialisation

Dans un ouvrage important publié en 2002¹, Martin Shapiro observait que la mondialisation avait pour effet de repousser les juges à la périphérie (du fait que leur juridiction restait liée à un territoire national tandis que le marché s'unifiait), alors que le cœur des relations mondiales était tenu par d'autres institutions, techniques ou économiques. L'avenir lui a donné raison. Même le règlement des litiges, autrefois prérogative des juridictions, est aujourd'hui confié de plus en plus souvent à l'arbitrage privé ou à des organes non-juridictionnels éphémères comme les panels.

Le monde westphalien n'arrivait à conserver tant bien que mal le droit au centre que par une articulation du national et de l'international opérée par les droits international public et privé. Mais la matière du monde n'est plus ordonnée par le territoire et sa concrétude ; elle se compose d'entités circulantes plus difficilement saisissables comme les signaux monétaires ou numériques. C'est ainsi que l'on assiste à une curieuse coexistence entre un droit territorialisé de plus en plus périphérique et une sorte d'état de nature central. La mondialisation juridique prend ainsi la forme d'une couronne : le centre est occupé par des nouveaux modes de régulation, la plupart du temps discrets et peu analysés, alors que les juridictions classiques n'occupent que la périphérie.

1. M. Shapiro et A. S. Sweet (ed.), *On Law, Politics and Judicialization*, Oxford University Press, 2002, pp. 149-183.

Droit matériel contre droit naturel

L'originalité de la Cour de Justice de l'Union européenne (CJUE) est d'avoir mis d'emblée un pied dans ce centre vide. Rappelons qu'à l'instar de l'Union, elle s'est construite d'abord avec la matière (le charbon et l'acier) et la concurrence autour de cette matière (avec le rôle de différentiel de puissance). Elle part de l'économique, c'est-à-dire de la réunion des territoires non pas sur un projet politique mais sur ce qu'il a y de plus matériel : à savoir le charbon, l'acier et plus largement l'économie comme circulation répondant à son régulateur naturel qu'est le marché. Et ce qui apparaissait comme un prérequis a minima pour construire une puissance se présente aujourd'hui comme une puissance.

La CJUE existe en tension avec l'autre juridiction « européenne », la CEDH, qui quant à elle se fonde sur un concept universel – l'idée de droits de l'Homme et de libertés fondamentales – lui permettant de dépasser les contraintes du territoire. De son côté, la CJUE se limite à la matière sans spiritualiser sa vision du monde. Et alors que la CEDH a une vocation d'expansion territoriale quasi-infinie du fait de cette idée universelle (Azerbaïdjan, Turquie, Russie, autant d'autres pays où l'on voudrait protéger l'idée de droits de l'Homme), la CJUE se cantonne à un territoire spécifique politiquement défini.

Or c'est bien de sa matière que vient la force de la CJUE, de sa matérialité, de la dimension strictement et fondamentalement économique de sa compétence, par rapport à l'extension à l'universel que caractérise la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Cette tension se joue dans une opposition entre le droit matériel de la CJUE et le droit naturel de la CEDH. Ce qui nous intéresse, c'est la manière dont la CJUE approche cette matière avec laquelle elle doit faire du droit. Tandis que le juge de la CEDH évolue d'emblée dans un univers juridico-étatique traditionnel, l'univers, le monde de la CJUE est beaucoup moins facile à cerner : elle aborde désormais sa matière sous contrainte des droits fondamentaux.

Cet antagonisme s'est en effet affaibli du fait, entre autre, de la Charte des droits fondamentaux. Grâce à cette nouvelle compétence, la CJUE n'est plus cantonnée purement et simplement au matériel, c'est-à-dire à la bonne régulation du marché unique, mais s'empare des droits fondamentaux (dans le domaine des relations de travail par exemple comme le montre l'arrêt *Achbita* sur le voile islamique au sein des entreprises privées²).

L'institution d'une distance interne au pouvoir européen

La seconde singularité à envisager est la capacité de réflexivité permise par la juridiction communautaire. À cet égard, la décision *Schneider* du 11 juillet 2007 doit servir de point de départ. Dans cette affaire, le Tribunal de première instance (TPI) a pour la première fois condamné

2. CJUE, 14 mars 2017, *Achbita*, C-157/15.

la Commission à payer des dommages-intérêts à l'entreprise Schneider qui considérait qu'elle avait illégalement interdit sa fusion avec la société Legrand. Si la décision de 2007 fut partiellement annulée par un arrêt de la CJUE du 16 juillet 2009, ce dernier ne donnait nullement tort au TPI dans son principe, mais revenait sur le fond du dossier³. La CJUE s'ouvrait donc par cette voie la possibilité de se reconnaître comme instance de recours contre les décisions de la Commission.

Cette étape, qui n'est peut-être qu'un signal faible, est d'importance. Quand on regarde la mécanique des pouvoirs européens, tout se passe comme si la mutualisation ne pouvait aboutir qu'à une centralisation du pouvoir. Comme si les pouvoirs exécutifs de l'Union ne pouvaient que produire à Bruxelles un sur-centre opératoire, un pouvoir instrumental qui n'avait en quelque sorte pour seule vocation que d'agir. Les pouvoirs exécutifs ne peuvent déléguer autre chose que leur propre forme. En tant qu'addition de pouvoirs (au détriment de toute autorité propre), le pouvoir bruxellois ne pouvait bénéficier des attributs symboliques des États, indélébiles, qui restaient bloqués en quelque sorte au plan interne. Il manquait à ce pouvoir instrumental une possibilité de séparation ou de division interne, et donc une référence pour le faire.

Un grand pas a été franchi avec le Parlement et le renforcement de sa légitimité et de ses attributions. C'est une incontestable source de légitimité mais pas de réflexivité. À terme, l'enjeu du pouvoir européen, en s'affirmant, en se raffinant, va donc être de trouver ses distances internes, sa réflexivité propre, pour constituer un pouvoir doté d'une véritable autorité (possédant une nature propre qui ne se confond pas avec la représentativité). Alors, il cesserait alors d'être un pouvoir purement instrumental ou opératoire, cantonné à sa dimension exécutive.

Un pouvoir ainsi mutualisé de la Commission a une tendance naturelle à devenir un pouvoir condensé, sauf à introduire, sous l'impulsion du Parlement, des considérations proprement politiques, comme peuvent l'être les droits de l'homme ou l'écologie. On y voit donc se développer des référents universels du genre de ceux qui caractérisent le droit. Au niveau organique, ce pouvoir peut donc se différencier, se séparer en instances clairement identifiables : parquet européen, Parlement, Cour de justice, etc.

Par le biais de son interprétation des législations européennes sur des politiques publiques (telles la politique de l'environnement ou de la digitalisation) et sur des politiques concernant les droits fondamentaux des Européens (telle la politique de la protection des données), la CJUE est en train de dépasser graduellement et tacitement son cantonnement à sa seule mission fonctionnaliste, qui consistait traditionnellement à faire avancer et à faciliter la construction d'un marché unique, et commence à adopter des traits l'assimilant à un travail plus classiquement juridictionnel qu'auparavant.

3. CJUE, 16 juillet 2009, *Schneider*, C-440/07.

À la différence du Parlement européen qui est une institution politique, la CJUE, comme tout pouvoir juridictionnel, a besoin d'avoir ses références. Compte tenu de la matière de la Cour de justice, à savoir l'économie et le commercial, cette distance interne n'était pas évidente. L'arrêt *Kadi* de 2008 est à cet égard très intéressant, car la Cour de justice s'y approprie dans ses raisonnements les références des droits de l'homme⁴. Elle s'appuie pour cela bien sûr sur sa compétence liée à la Charte des droits fondamentaux adoptée par l'Union, mais aussi sur le droit des gens.

À partir du moment où la Cour de justice s'affirme comme véritable instance d'appel, de recours, il y a, à proprement parler, du droit ; et il y a de la « réflexivité » au sein du pouvoir de l'Union européenne. Le pouvoir européen devient un pouvoir non seulement délimité mais également limité, contre lequel on peut en appeler au plan européen (et non plus par des protestations internes contre les États membres) au nom de principes fondateurs et politiques.

Ces évolutions sont indispensables à sa maturité et à sa vocation première : réintroduire dans le droit déterritorialisé de l'Union européenne la distance interne qui va lui permettre d'être à la fois un pouvoir et une autorité, et qui va se définir dans l'espace-monde d'aujourd'hui. Espace qui n'est pas fondé sur le modèle westphalien mécaniciste et systémique mais sur une spatialité historique et géographique.

Et c'est pour le continent une question de nécessité : l'Europe, comme le rappelait Valéry, est cette pointe de la péninsule asiatique qui a tiré paradoxalement vers la modernité le reste du continent⁵. Elle se trouve dans cette position particulière entre les États-Unis et la Chine. En cela, elle est contrainte de se penser dans une géographie du monde particulière et singulière, alors que la pensée du droit public international supposait un espace-monde abstrait, systémique, traitant les États comme autant de sujets de droit. En mettant au jour cette distance interne, cette réflexivité, la Cour de justice permet peut-être au droit européen de se re-territorialiser.

Un droit au service du politique

En raison de cette séparation interne qu'elle a conquise au fil des années, de sa matière même, qui est l'économie et la concurrence, la Cour tend à jouer un rôle d'intégration morale dans le monde d'aujourd'hui. Pour le saisir, il faut partir des récents développements de la puissance américaine.

Celle-ci a très tôt compris que son influence devait épouser la nouvelle consistance du monde que sont les flux monétaires ou numériques. Mais elle a également compris que cette influence ne pouvait s'exercer sans un idéal moral. C'est la raison pour laquelle l'extraterritorialité

4. CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et al Barakaat*, C-402/05.

5. P. Valéry, *La crise de l'esprit*, 1919.

lité du droit américain s'est toujours autorisée des causes les plus nobles (comme les *Holocaust Claims*), les plus évidentes voire logiques (il n'y a de marché mondial que si chacun respecte les mêmes règles et donc ils se sont fait les champions des règles de la concurrence), les plus consensuelles (lutte contre la corruption et le FCPA⁶). Mais le *market power* et les causes morales ne servent à rien si elles ne sont mises au service d'une vision géopolitique du monde, d'une véritable politique globale – d'où le rôle structurant des politiques de sanctions pour la diplomatie américaine. C'est une des spécificités américaines que d'être un pouvoir doté d'une vision géopolitique à long terme, d'une forte économie et d'un pouvoir moral.

Revenons en Europe, où il y a peu d'organes susceptibles de réunir le *market power* européen, si laborieux, une cause morale et une vision du monde. C'est pourtant ce que fit l'Europe, avec succès, en promulguant le RGPD, opération dans laquelle la CJUE a joué un très grand rôle. Qu'il s'agisse des arrêts sur Google ou concernant le *Safe Harbour*, à chaque fois que la Cour de justice se retrouve, du fait de sa position originale et de sa matière première économique, en situation de réguler cette économie-monde d'un nouveau genre, elle potentialise la force d'un marché avec une certaine vision du monde, le contraint à trouver sa place dans le monde en fonction de principes, d'une certaine idée du monde, et ce dans une perspective morale. Cette caractéristique est essentielle car, à la différence de la Cour de Strasbourg, ou d'une cour hors sol ou hors territoire, la Cour de Luxembourg est une « Cour du sol », celui de l'Europe.

Dans les affaires numériques, la Cour s'est appuyée sur le fait que le très grand marché européen est nécessaire à la maturité et au développement américain, mais elle le fait au nom d'une idée (la protection des données personnelles, comme extension de la protection de la personne humaine). Si la réglementation de la protection des données peut être applicable et efficace hors de l'Union, et notamment vis-à-vis des États-Unis, c'est parce qu'elle est prise au nom de principes, et non comme simple outil géopolitique.

Elle affaiblit la fameuse dichotomie entre une Amérique qui innove mais ne régule pas et une Europe qui régule mais n'innove pas. Le fait est que les Américains se vivent comme des makers, libérant leurs forces créatrices en évitant de poser d'emblée des entraves à leur inventivité, tandis que les Européens sont des rulers, qui se précipitent à encadrer toute nouveauté au prétexte de dompter les forces créatrices dans ce qu'elles ont de plus destructeur.

Cette force d'intégration de la morale, de l'économie, et du pouvoir, est constitutive de la spécialisation politique de l'Europe. En d'autres termes : l'Europe arrivera à maturité si elle arrive à coordonner sa situation dans le monde, la puissance de son économie et ses valeurs morales au sein d'un pouvoir politique.

Ce rôle de la Cour de justice pourrait bien être un discriminant dans le monde régionalisé de demain. La Chine construit depuis des années un pouvoir de même nature dans le monde – notamment à travers les fameuses routes de la soie pour lesquelles le droit joue aussi un grand rôle. Mais le pouvoir chinois ne bénéficie pas de distance interne comme celui des États-Unis, et celui de l'Europe. Contrairement au pouvoir chinois, les États-Unis sont une puissance compensée. La Cour suprême des États-Unis est certes un élément de la puissance américaine mais c'est également une véritable cour de justice devant laquelle les États peuvent plaider ou déposer des *amicus briefs*, et surtout devant laquelle ils peuvent gagner contre le pouvoir fédéral. Il y a eu des exemples (songeons à l'arrêt *Morrison*⁷). Le droit et le respect du droit sont des éléments de la puissance américaine, qui s'impose comme un modèle protecteur.

En d'autres termes, l'affirmation d'un pouvoir judiciaire au niveau européen ne présente pas des avantages uniquement au plan interne européen mais aussi pour le reste du monde, en se présentant comme une puissance certes, mais une puissance triangulée en quelque sorte par des principes universels.

À cet égard, la Cour de justice occupe déjà un rôle d'intégrateur moral extrêmement déterminant des éléments constitutifs d'un pouvoir, indispensable aux pouvoirs complémentaires du Parlement et de la Commission. Dans la mondialisation, on ne peut pas opposer à l'économie, au marché, et au numérique, des valeurs qui les bloqueraient de manière externe, comme le voulaient le rêve marxiste d'hier ou celui de certains radicaux d'aujourd'hui. Le marché et le numérique étant des réalités en perpétuelle recomposition, on n'a d'autre choix que d'agir sur la redéfinition interne du marché et du numérique. C'est de cette façon qu'on pourra domestiquer ces nouveaux sujets juridiques en les faisant sortir de l'état de nature pour les ramener à l'état de droit.

Le pari est de réguler les matières de la mondialisation économique non pas à la manière d'une forteresse protectrice, mais plutôt dans la perspective d'une domestication des affaires par des règles promouvant l'intérêt public. La première forme de régulation se situe à des degrés de normativité différenciés (*soft law*, c'est-à-dire autorégulation et corégulation, et divers types de *hard law*, directives, règlements ou décisions plus techniques pris en procédure de ce qu'on appelait jadis « comitologie »). La seconde forme de régulation épouse mieux les réalités de la matière à réguler, ne regarde pas ses acteurs comme des ennemis de l'intérieur mais ne leur donne pas non plus de carte blanche ; au contraire, elle les met devant leurs responsabilités vis-à-vis des consommateurs, des usagers, et en dernière instance des citoyens.

6. *Foreign Corrupt Practice Act*, 1977.

7. *United States v. Morrison*, 529 US 598, 2000.

Un rôle de protection interne toujours insuffisant

La Cour n'a peut-être pas encore tout à fait saisi son rôle de protection des citoyens européens au-delà de son rôle économique. C'est ce que les juges de Luxembourg ont prouvé à plusieurs occasions, lorsque, par certaines décisions, la Cour de Justice n'a été que l'instrument de politiques néolibérales. Dans les arrêts *Viking*⁸ notamment, elle a fait montre d'un dessaisissement de la question sociale. Par son rôle crucial et central dans le jeu européen, elle s'est naturellement assignée la fonction de tracer la frontière entre ce qui doit être soumis à la concurrence et ce qui ne doit pas l'être.

En d'autres termes, la Cour a été prise à son propre piège en étant obligée de parler le langage de la concurrence, et en s'en appliquant les contraintes de manière interne. On peut déplorer à cet égard le manque de recul dont elle a pu parfois faire preuve. Une réflexion élémentaire aurait peut-être permis de dégager le principe selon lequel la dimension économique de la concurrence imposerait de n'avoir d'égard que contre ce qui empêcherait de l'extérieur la concurrence interne. Dans sa quête de réflexivité, elle n'a pas encore trouvé une sphère propre qui la préserve d'être à la merci du marché. Elle n'a pas trouvé le point d'équilibre entre la protection en interne et la prise en considération des enjeux géopolitiques qui se profilent à l'horizon.

Civiliser une mondialisation sauvage

Les traités internationaux de nouvelle génération ont compris qu'ils sont en quelque sorte des produits immatures qui doivent être sans cesse interprétés en fonction des cas de figure inédits ou des désaccords dans l'interprétation. C'est pourquoi il faut prêter la plus grande attention au mode de règlement des conflits soulevés par la vie de ces traités qui sont appelés à jouer un rôle considérable (l'histoire juridique est pleine de juridictions qui ont transcendé leur rôle initial pour s'imposer en véritable tiers entre les faibles et les forts). S'il s'agit de juges, il y a fort à parier qu'ils joueront ce rôle tôt ou tard, si ce sont des panels éphémères, il est à craindre qu'au-delà des solutions, ils ne reproduisent le rapport de force économique.

Une direction que la CJUE pourrait prendre dans ce sens pourrait être celle de juge naturel de l'application des traités de libre-échange. Elle pourrait se donner le rôle de Cour protectrice contre les abus du commerce international et les forces parfois destructrices mises en mouvement par les traités internationaux, qui s'en remettent souvent au marché après avoir fait renoncer le pouvoir politique à toute intervention par des engagements.

Dans la perspective d'une politisation de son rôle, de l'accentuation de sa capacité réflexive à l'intérieur du pouvoir politique de l'Union, et surtout de la position de l'Europe dans la mondialisation, territoire juridique entre les États-Unis et la Chine, la Cour pourrait devenir le juge suprême de la mondialisation, intervenant *a posteriori* pour limiter les effets des traités internationaux, dans un contexte de préoccupation de l'opinion concernant ces traités.

Reste à la Cour de démontrer qu'elle est capable d'assumer ce rôle. Elle a envoyé des signaux précurseurs mais uniquement concernant les matières, disons, non-commerciales et non relatives aux investissements, comme la protection des données personnelles ou encore le droit d'accès à des documents, qui ont porté un coup fatal à des esquisses de traités notamment EU-USA.

Mais elle n'a pas encore eu l'occasion de s'attaquer au dur, à savoir aux traités (bilatéraux ou multilatéraux) et aux clauses de protection du commerce et des investissements. Il n'est pas sûr que cette occasion lui soit donnée d'ailleurs, étant donné le verrouillage par des clauses exorbitantes (préférence pour l'arbitrage privé ou clauses dérogeant au droit processuel commun) incorporées dans ces traités.

Conclusion

Ce qui est apparu longtemps comme un obstacle à la légitimité de la Cour de Justice par rapport à d'autres juridictions, à savoir sa matière économique, en fait désormais une de ses forces. Parce qu'elle sait parler le langage de la mondialisation, la Cour ne peut être que promise à un grand avenir dans le contexte actuel. Son bilan à cet égard serait à analyser et à inventorier en détail – peut-être est-il encore trop tôt pour le faire – mais les perspectives en ce sens sont déjà visibles.

En utilisant son pouvoir réfléchissant, en mettant à profit la distance interne qu'elle est capable d'imposer à l'intérieur du pouvoir de Bruxelles, elle pourrait finalement permettre à l'Europe de jouer politiquement un rôle d'interface aussi bien pour le marché intérieur que pour la place du continent dans le monde.

8. CJCE, 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05.



Alberto Alemanno • Professeur titulaire de la Chaire Jean Monnet en droit européen à HEC Paris, Professeur invité au Collège d'Europe, Bruges

Le « *Nudge* » et l'analyse comportementale du droit : une perspective européenne

Depuis quelques années, des juristes et des décideurs ont pris conscience des avantages qu'il pourrait y avoir à intégrer les apports des sciences comportementales dans la conception des politiques publiques et des règles de droit¹. L'Europe a cependant été largement absente du débat dominé par les États-Unis concernant l'introduction d'interventions « douces », telles que le « *nudge* » (littéralement « coup de pouce ») afin d'orienter en douceur les comportements, lors de l'élaboration des politiques publiques.

Pourtant, l'Union européenne (UE) et certains de ses membres explorent actuellement la possibilité de façonner leur action politique en s'appuyant sur les enseignements des sciences comportementales². Si les chercheurs s'intéressent surtout aux implications philosophiques, éthiques et abstraites ou théoriques de la régulation façonnée par les sciences comportementales – relatives à l'autonomie³, la dignité⁴ ou au développement moral⁵,

cet article cartographie et systématise le discours européen naissant sur les *nudges*.

À l'exception de quelques initiatives isolées démontrant une prise en compte du comportement (par exemple, en matière de droits des consommateurs, dans la directive révisée sur les produits du tabac, ou encore sporadiquement en droit de la concurrence), il n'y a pas encore dans l'UE – ni dans ses États membres – de volonté générale évidente d'intégrer les enseignements des sciences comportementales dans l'élaboration des politiques. Étant donné la capacité de cette approche innovante à engendrer des politiques efficaces, peu coûteuses et respectueuses des choix, une telle attitude est surprenante, surtout quand on la compare à la méfiance grandissante des citoyens envers l'action politique menée par l'UE. À une époque où des pays de l'UE cherchent à reprendre certains pouvoirs et où la Commission européenne nouvellement élue promet de redéfinir les relations entre l'Union et ses citoyens, le recours aux *nudges* semble prometteur. Pourtant, derrière ces promesses se cachent des obstacles qu'il est nécessaire de franchir.

L'article commence par définir le cadre de notre réflexion, à savoir l'attrait toujours plus grand que les *nudges* présentent pour les décideurs politiques au niveau européen et à travers l'Europe (I). Il présente la notion de politique élaborée à partir des sciences comportementales et la compare à celle du *nudging* (II) pour ensuite décrire les premiers essais timides d'intégration des connaissances issues des sciences comportementales dans l'élaboration des politiques de l'UE et identifie quelques expériences nationales (III). Les efforts que l'UE et certains des États membres ont accomplis aux niveaux institutionnel et méthodologique pour adopter une démarche visant à élaborer des politiques prenant en compte les découvertes des sciences comportementales devront enfin être présentés (IV) en dépit des difficultés majeures d'une telle démarche dans l'élaboration des politiques de l'UE (V).

1. L'attrait du *nudge*

L'intégration des sciences comportementales dans l'élaboration des politiques n'est pas un phénomène entièrement nouveau⁶. En France, Jean Carbonnier a proposé dès 1949 l'expression « psychologie juridique »⁷. Aujourd'hui, suite à l'émergence des sciences comportementales et leur popularisation croissante, l'idée se répand que les lois ne peuvent pas fonctionner de façon efficace ni efficiente si les décideurs politiques ne tiennent pas compte de la manière dont les personnes ciblées y

1. Cet article est une version remaniée et mise à jour de : A. Alemanno, "Nudge and the European Union", *Handbook of Behavioural Change and Public Policy*, 2019. Pour un premier étude en langue française, A.-L. Sibony, G. HELLERINGER et A. Alemanno, « L'analyse comportementale du droit - Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *RID éco*, p. 315-338.

2. v. par ex. S. Conly, *Against Autonomy. Justifying Coercive Paternalism*, CUP, Cambridge, 2013 ; R. Rebonato, *Taking Liberties. A Critical Examination of Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan, New York, 2012 ; M. D. White, *The Manipulation of Choice: Ethics and Libertarian Paternalism*, Palgrave Macmillan 2013 ; C. Sunstein, "The Storrs Lectures: Behavioral Economics and Paternalism", *Yale Law Journal*, 2013, vol. 122, p. 1826 et sqq ; P. G. Hansen et A. M. Jespersen, "Nudge and the manipulation of choice: A Framework for the Responsible Use of the Nudge Approach to Behaviour Change in Public Policy", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 4/1, 2013, pp. 3-28 ; E. Selinger et K. Whyte, "Is There a Right Way to Nudge? The Practice and Ethics of Choice Architecture", *Sociology Compass*, vol. 5/10, 2011, pp. 923-935 ; L. Bovens, "Real nudge", *European Journal of Risk Regulation*, vol. 3/1, 2012, pp. 43-46.

3. J.D. Wright et D.H. Ginsburg, "Behavioral Law and Economics: Its Origins, Fatal Flaws, and Implications for Liberty", *Northwestern University Law Review*, 2012, p. 1033.

4. J. Waldron, "It's All for Your Own Good", *New York Review of Books*, 2014 ; et C. McCrudden, "Nudging and human dignity", *VerfBlog*, 2015/1/06.

5. L. Bovens, "The Ethics of Nudge", in T. Grüne-Yanoff et S. O. Hansson (eds), *Preference Change: Approaches from Philosophy, Economics and Psychology*, Springer, New York, 2008, pp. 207-220.

6. v. par ex., W. Berns, "Law and Behavioral Science", *Law and Contemporary Problems*, 1963, p. 185 et s. À titre d'illustration, on peut penser à des mécanismes administratifs tels que la règle selon laquelle « silence vaut acceptation ». Cela revient à utiliser une règle par défaut par laquelle l'inertie de l'administration publique est présumée être considérée comme indicatrice de l'approbation d'un certain comportement par l'administration.

7. J. Carbonnier, *Études de psychologie juridique*, Annales de l'Université de Poitiers, Deuxième série, t. II, 1949, pp. 1-18.

répondent⁸. En montrant que les individus s'écartent de manière prévisible des hypothèses néoclassiques de rationalité, la recherche comportementale est destinée à doter les décideurs de nouvelles approches prometteuses pour compléter l'élaboration de politiques plus traditionnelles. Ainsi, puisque les gens – par inertie ou par procrastination – ont tendance à privilégier le *statu quo*, certaines règles par défaut, comme par exemple celle de faire contracter par défaut certaines assurances aux citoyens, ont un impact social plus important qu'une réglementation fondée sur l'incitation.

La façon dont l'information est définie et présentée est également d'une importance stratégique pour influencer des choix : la Commission européenne aide, par exemple, les petits investisseurs à comprendre les produits financiers en simplifiant les procédures complexes en documents d'informations clés. Une expérience a ainsi montré que sous la pression exercée par des pairs, les économies individuelles sont multipliées par 3,5.

Enfin, il est prouvé que des avertissements percutants et énergiques sont plus efficaces que des ensembles d'informations statistiques et abstraits, ce qui a des conséquences importantes dans la communication et dans la mise en œuvre des politiques publiques⁹. Les autorités publiques peuvent utiliser les découvertes expérimentales en sciences comportementales pour induire des changements comportementaux¹⁰ en les associant à des outils réglementaires traditionnels dans un large ensemble de domaines relevant des politiques publiques¹¹, comme l'énergie, la santé, les services financiers ou les transports.

Les outils réglementaires traditionnels incluent des mécanismes de commandement et de contrôle – comme la coercition (par exemple, l'usage de menaces pour obtenir le respect d'une loi), les interdictions (par exemple, l'interdiction de fumer dans les restaurants) ou les autorisations (par exemple, le fait de s'assurer que les produits répondent à certaines exigences de fiabilité ou de sécurité) – ainsi que des mécanismes de marché, utilisés pour ajuster des incitations financières (par exemple, le fait de payer des étudiants pour leurs bons résultats ou pour qu'ils suivent un régime alimentaire équilibré) ou pour gérer des externalités économiques¹².

8. v. par ex., M. Adler, "Bounded Rationality and Legal Scholarship", in M. White (ed.), *Theoretical Foundations of Law & Economics*, CUP, 2008, pp. 137-162 (identifiant la nécessité pour les décideurs politiques de tenir compte de la rationalité limitée lors de la rédaction des prescriptions légales) ; G. Hayden and S. Ellis, "Law and Economics After Behavioral Economics", 55 U. Kan. L. Rev., 2007, p. 629 et s. ; C. Jolls et al., "A Behavioural Approach to Law & Economics", *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 et s.
9. Pour une analyse complète et détaillée des nombreuses découvertes des sciences comportementales pertinentes en matière de politique de régulation, voir p.ex., C. R. Sunstein, "Empirically informed regulation", *University of Chicago Law Review*, 2011, p. 1349 et s.
10. v. par ex., K. Yeung, "The Regulatory State", in R. Baldwin, M. Cave and M. Lodge (eds.), *Oxford Handbook of Regulation*, OUP, Oxford, 2011, pp. 80-81.
11. O. Lobel et O. Amir, "Stumble, Predict, Nudge: How Behavioral Economics Informs Law and Policy", *Columbia Law Review*, 2009, p. 2098.
12. Pour un aperçu des techniques de réglementation : R. Baldwin, M. Cave, M.

2. L'émergence du *nudge* ou, plus largement, de l'élaboration des politiques à partir des sciences comportementales

Les observateurs, commentateurs et universitaires appellent indifféremment cette utilisation des connaissances issues des sciences comportementales *nudging*, loi et économie comportementales¹³, réglementation comportementale ou réglementation empirique¹⁴. Derrière ces variantes sémantiques, le phénomène que recouvre cette terminologie abondante peut être réduit à l'idée qu'il est nécessaire et utile d'intégrer les connaissances issues des sciences comportementales à l'élaboration des politiques¹⁵. Notons néanmoins que l'attrait que pourrait revêtir le recours aux sciences comportementales dans tout processus d'élaboration des politiques publiques est fortement lié à sa forme la plus connue : le *nudge*, à savoir « tout aspect de l'architecture du choix qui modifie le comportement des gens d'une façon prévisible sans interdire aucune option ou sans changer de façon significative ce qui les motive sur le plan économique »¹⁶.

Le *nudging* est généralement présenté comme une alternative économique intelligente à des mesures réglementaires ou des formes de régulation traditionnelles coûteuses¹⁷. Ainsi, les gouvernements peuvent se montrer particulièrement intéressés par le fait que l'intervention prenant en compte le comportement réel des individus n'exige pas nécessairement d'avoir recours à une loi¹⁸.

Même quand on ne l'utilise pas comme une alternative mais qu'elle est un complément des outils juridiques traditionnels, dans la direction et le contrôle, ou encore plus particulièrement les amendes, une telle intervention

Lodge, *Understanding Regulation. Theory, Strategy, Practice*, OUP, Oxford, 2011, et C. Hood, H. Rothstein et R. Baldwin, *The Government of Risk : understanding risk regulation regimes*, OUP, Oxford, 2001.

13. v., par ex., C. Jolls et al., "A Behavioural Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, 1998, p. 1471 et s. ; C. Jolls, "Governing America: The Emergence of Behavioural Law and Economics", *Max Weber Lecture Series*, 2010/3 ; R. Bubb et R. Pildes, "How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why", *Harvard Law Review*, Vol. 127, 2014.
14. C. Sunstein, "Empirically Informed Regulation", *University of Chicago Law Review*, 78, 2011, p. 1349 et sqq.
15. La littérature grand public sur la science comportementale est abondante, v. par ex., R. H. Thaler et C. R. Sunstein, "Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness, New Haven", *Yale University Press*, 2008 ; D. Ariely, *Predictably Irrational: the Hidden Forces that Shape our Decisions*, New-York, Harper Collins, 2009 ; S. Levitt et S. Dubner, *Freakonomics: A Rogue Economist Explores the Hidden Side of Everything*, William Morrow, New York, 2005 ; D. Kahneman, *Thinking Fast and Slow*, New-York, Farrar, Straus and Giroux, 2011 ; M. H. Bazerman et A. E. Tenbrunsel, *Blind Spots: Why We Fail to Do What's Right and What to Do about It*, Princeton University Press, 2011 ; et, pour finir, R. H. Thaler, *Misbehaving*, WW Norton, 2015.
16. R. H. Thaler et C. R. Sunstein, *Nudge: Improving Decisions about Health, Wealth, and Happiness*, New Haven, Yale University Press, 2008.
17. C. Sunstein, "Empirically Informed Regulation", *University of Chicago Law Review*, 2011, n° 78, p. 1349 ; K. Yeung, "Nudge as a Fudge", *Modern Law Review*, 2012, n°75, p. 122.
18. T. Marteau et al., "Judging Nudging: Can Nudging Improve Population Health?", *British Medical Journal*, n° 342, 2011, d228, cité dans P. Rainford et J. Tinkler, *Designing for nudge effects: how behaviour management can ease public sector problems*, 2011.

peut encore représenter une alternative économique à des mécanismes d'incitation coûteux¹⁹. Utiliser les caractéristiques générales des comportements comme levier laisse espérer un taux plus élevé de respect volontaire des règles. Ensuite, le *nudging* permet que le choix soit préservé en offrant toujours à celui qu'il cible la possibilité de refuser l'option privilégiée²⁰.

Enfin, dans des domaines particuliers, la réglementation a besoin de connaissances sur le comportement, non pas pour soumettre le citoyen au *nudging*, mais pour offrir une force *anti-nudging* contre l'exploitation de telles connaissances par des acteurs du marché. Par exemple, les entreprises, en particulier les nouveaux acteurs de l'économie numérique, utilisent des stratégies tenant compte des études comportementales pour influencer les choix des consommateurs²¹.

Il est donc utile de distinguer deux types d'interventions fondées sur les sciences comportementales : le *nudging* public et la réglementation concernant le *nudging* privé (également appelé, de façon plus précise, contre-*nudging*)²². Le *nudging* public se caractérise ainsi par sa finalité et son intention intrinsèque : aider des individus à corriger certaines erreurs qu'ils peuvent faire, sans tenir compte de l'utilisation par les forces du marché des mécanismes comportementaux. Par opposition, l'émergence du *nudging* privé nécessite une régulation spécifique qui a précisément pour objectif de contrer des stratégies actives d'entreprises visant à influencer les consommateurs. Dans de telles situations, l'intervention publique ne cherche pas seulement à corriger un biais cognitif que certaines personnes peuvent avoir, elle cherche à contrer activement l'exploitation, par les entreprises, de tels biais.

Qu'il relève du *nudging* public ou du contre-*nudging* public, un modèle d'intervention intégrant les sciences comportementales émerge actuellement. Il est fondé sur l'hypothèse que tout système de réglementation sensé doit prendre en compte la façon dont les découvertes des sciences cognitives pourraient altérer notre compréhension du comportement des citoyens. En particulier, son introduction dans le processus normatif devrait empêcher les décideurs politiques de prendre des décisions

irrationnelles, soit à cause de leurs propres perceptions faussées ou de réactions non prévues du public, soit à cause d'utilisations visant l'exploitation des biais cognitifs par le marché.

Avec l'émergence de cette approche, l'analyse comportementale est perçue comme une occasion d'améliorer l'efficacité et l'efficience de l'intervention réglementaire, en particulier quand – comme c'est souvent le cas – elle a pour objectif de changer les comportements²³.

3. La timide adoption du *nudge* en Europe

Si les sciences comportementales n'ont pas été formellement intégrées dans l'élaboration des politiques de l'UE ni dans aucun de ses États membres, nous pouvons retrouver certains de leurs enseignements, particulièrement dans le domaine de la protection des consommateurs, de la santé et de la sécurité. Cela s'explique sans doute par le fait que le succès de ces politiques vient de leur capacité à influencer le comportement individuel (par opposition au comportement des entreprises).

Ainsi, la période de réflexion qui suit un achat – aussi appelée délai de rétractation – est l'un des premiers exemples de ce phénomène et relève de la législation sur la protection des consommateurs²⁴. Cette protection, en offrant aux consommateurs la possibilité de résilier un contrat pendant une période de temps limitée, a pour objectif de leur permettre de contrer les biais à l'œuvre dans l'acte d'achat ou les achats impulsifs. De la même façon, la directive sur les droits des consommateurs limite l'usage des cases pré-remplies afin de restreindre l'usage du pouvoir de l'inertie dans les contrats proposés aux consommateurs²⁵. Il en résulte que si le détaillant offre au consommateur des options supplémentaires – par exemple, la possibilité d'acheter une assurance en même temps qu'un billet d'avion –, ces cases ne peuvent pas être présélectionnées ; il ne peut s'agir d'un choix par défaut. Le choix du consommateur doit être positif et relever d'une action en tant que telle : il doit cocher la case lui permettant de sélectionner les produits qui lui conviennent.

Dans la célèbre affaire de l'achat groupé de *Windows* et du navigateur *Internet Explorer* de *Microsoft*, les services de la Commission européenne se sont appuyés sur des connaissances issues des sciences comportementales quand ils ont élaboré le remède approprié. Celui-ci a donné aux utilisateurs de PC avec système d'exploitation *Win-*

19. A. Alemanno et A. Spina, "Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 12/2, 2014.

20. On trouve par exemple cette affirmation dans C. Jolls et C. Sunstein, "Debiasing through Law", *Journal of Legal Studies*, 2006, n° 35, pp. 199, 202. Pourtant, cet attachement a priori à des outils réglementaires qui préservent le choix a été souligné comme constituant sa plus grande faiblesse, dans R. Bubb et R. Pildes, "How Behavioral Economics Trims Its Sails and Why", *Harvard Law Review*, 127, 2014. Baldwin, quant à lui, montre qu'en réalité tous les nudges ne préservent pas des choix sensés. R. Baldwin, "From Regulation to Behaviour Change: Giving Nudge the Third Degree", *Modern Law Review*, 2014, vol. 77/6, pp. 831-836.

21. Pour une perspective pleine d'enseignements sur le *nudging* numérique, voir R. Calo, "Digital Market Manipulation", *The George Washington Law Review*, 2014.

22. Cette distinction est conceptualisée de façon plus détaillée dans A. L. Sibony et A. Alemanno, "The Emergence of Law and Behavioural Science: A European Perspective", in A. Alemanno et A. L. Sibony, *Nudge and the Law – A European Perspective*, Hart Publishing, 2015.

23. C. Jolls et al., "A Behavioural Approach to Law and Economics", *Stanford Law Review*, vol. 50, 1998, p. 1471 et s. ; Contra: R. Jones, J. Pykett et M. Whitehead, *Changing Behaviours. On the Rise of the Psychological State*, Edward Elgar, 2013, p. 163 et s.

24. v. par ex., la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, Journal Officiel de l'Union européenne, L144, p. 19, 1997.

25. v. l'art. 22 (Paiements supplémentaires) de la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/EEC et la directive 1999/44/EC du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/EEC et la directive 97/7/EC du Parlement européen et du Conseil, Journal Officiel de l'Union européenne, L304 p. 64, 2011.

dows la possibilité de choisir un autre navigateur internet. L'idée était de pousser les consommateurs à choisir activement leur navigateur préféré, et donc de neutraliser l'impact de l'option par défaut²⁶. La directive européenne sur la protection des données a aussi été un domaine dans lequel des considérations comportementales ont eu une influence sur le débat politique²⁷, par exemple en ce qui concerne la loi sur les *cookies* dans la directive « vie privée et communications électroniques » modifiée par la directive 2009/136/EC²⁸.

Malgré ces initiatives isolées qui indiquent une certaine prise en compte des comportements réels des individus, l'Union européenne n'a pas encore montré de volonté générale d'un recours systématique aux découvertes des sciences comportementales dans le processus d'élaboration des politiques publiques. Cela n'est cependant pas tout à fait surprenant. En effet, une telle démarche doit faire face à un certain nombre de problèmes : l'absence d'une théorie cognitive, l'absence de cadre général pour guider les décisions étant donné l'hétérogénéité de la population ainsi que les difficultés à extrapoler à partir des études comportementales existantes.

En effet, même si les sciences comportementales montrent les limites de l'action rationnelle et apportent une meilleure compréhension du comportement humain, il n'existe aucun cadre complet et préétabli pour tenir compte de leurs enseignements lors de l'élaboration de politiques²⁹. Ceci constitue indéniablement un problème de taille. Alors que les décideurs politiques devraient avoir de la considération pour la validité scientifique qui sous-tend les découvertes comportementales, la rigueur scientifique induite implique une démarche qui ne peut pas conduire à un modèle unique et duplicable d'élaboration des politiques fondées sur le comportement. En somme, il n'est pas possible d'éliminer les éléments culturels et sociaux.

4. La conception institutionnelle du *nudge* à travers l'Europe : du pré-*nudging* au *post-nudging*

Le débat sur le *nudging* se concentre aujourd'hui sur

26. Décision de la Commission du 16 décembre 2009 relative à une procédure d'application de l'article 102 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et de l'article 54 de l'accord EEE (arrêt COMP/C-3/39.530 – Microsoft (tying)).
27. v. F. Borgesius, "Consent to Behavioural Targeting in European Law. What are the Policy Implications of Insights from Behavioural Economics?", texte de sa conférence à la Privacy Law Scholars Conference (PLSC), 6-7 Juin 2013, Berkeley, Etats-Unis.
28. Il s'agit ici de la directive « vie privée et communication électronique » 2002/58/EC. Le problème en question est de savoir si le consentement requis pour le stockage de cookies doit être explicite ou implicite. Selon les règles précédentes, il existait un droit de choisir de ne pas avoir de cookies, alors que les nouvelles règles rendent le consentement explicite des utilisateurs obligatoire pour l'usage des cookies. Il est suggéré que le traitement de cookies par un tiers exige des règles juridiques claires concernant la transparence du traitement et du consentement de l'utilisateur. Cela est encore plus impératif dans le cas de mécanismes de collecte de données inhabituels, comme l'exemple des « poubelles intelligentes » le montre : J. Miller, "City of London calls halt to smartphone's tracking bins", sur BBC News lundi 12 août 2013.
29. v. par exemple, le Report on Behaviour Change publié par le Science et le Technology Select Committee de la Chambre des Lords du R-U, juillet 2011 ; "A Practitioner's Guide to Nudging", Rotman Management Magazine.

la meilleure façon possible d'intégrer dans l'élaboration des politiques publiques à partir des résultats obtenus en sciences comportementales dans les cadres constitutionnels et institutionnels actuels de l'UE et des États membres.

Le Royaume-Uni, qui a été le premier à agir, semble avoir établi une règle d'or en matière de cadre institutionnel : une unité spécialement dédiée à la question, la *Behavioural Insights Team* (BIT), rattachée initialement au cabinet du Premier ministre. Elle comprend quelques experts spécialisés dans diverses disciplines comportementales et travaille directement avec les différents ministères. Quand elle donne des conseils aux administrations et aux associations publiques caritatives sur la manière d'intégrer dans leur démarche des connaissances sur le comportement, la BIT s'appuie sur une large gamme de mesures pratiques visant à changer le comportement des citoyens, depuis la réécriture du contenu des lettres envoyées par les autorités publiques aux contribuables³⁰ jusqu'à l'envoi de petits cadeaux de remerciement pour les dons³¹.

En revanche, au Danemark, on peut observer une expérience institutionnelle dont le développement semble presque aux antipodes de celui du Royaume-Uni : une organisation opérant du bas vers le haut, appelée *iNudgyou*, animée par des universitaires, des représentants de la société civile et des professionnels du comportement, qui a créé le réseau auto-proclamé « *Danish Nudge Network* »³². De façon assez intéressante, alors que la BIT n'est plus dépendante du cabinet du Premier ministre et relève désormais du secteur privé³³, le *Danish Nudge Network* a progressivement été intégré au gouvernement danois. Ces deux expériences sont certes différentes en termes de chronologie et d'évolution, ainsi que dans leur appartenance au secteur privé ou public, mais elles partagent le fait qu'une unité spécialisée ait été créée. Un modèle alternatif ou complémentaire serait d'éduquer les décideurs politiques des ministères à plus grande échelle³⁴.

Les niveaux d'intérêt concernant le *nudging* sont très variables en Europe³⁵. Dans de nombreux pays, l'enthousiasme initial dû à la nouveauté des sciences comportementales et à leurs possibilités d'innovation n'a pas pénétré les cercles des décideurs politiques et est resté confiné aux universitaires. Anne-Lise Sibony et moi avons appelé cela le stade pré-*nudging* : le stade où le livre éponyme n'a

30. Conférence de la Behavioural Insight Team, "Applying behavioural insights to reduce fraud, error and debt", 2012 ; en 2013, le HMRC, l'autorité des impôts britannique, a appliqué certains des résultats présentés dans ce document et a adopté une variante de la lettre standard utilisée pour inciter les contribuables à renseigner leur avis à l'heure.
31. Cf. Conférence du Cabinet Office and Behavioural Insight Team, *Applying behavioural insights to charitable givings*, 2013.
32. Une expérience semblable est en train de voir le jour en Norvège, où la Stordalen Foundation a lancé les *GreeNudges*.
33. Cette unité propose encore ses services au gouvernement britannique ainsi qu'à des entités du secteur privé et à des gouvernements étrangers.
34. C. R. Sunstein, "Nudging: A Very Short Guide", *J Consum Policy*, 2014, p. 587.
35. La Commission européenne a mené un exercice de cartographie visant à collecter les pratiques d'élaboration de politiques comportementales dans ses États membres. V. *Behavioural Insights Applied to Policy - European Report 2016*.

pas encore été lu par beaucoup de personnes³⁶. Il s'agit là d'un premier groupe de pays.

Un second groupe est composé de pays qui débutent le *nudging*, où seuls quelques cercles très réduits ont conscience de la possibilité d'élaborer des réglementations qui s'appuieraient sur les sciences comportementales. Dans cette catégorie, l'Allemagne³⁷ et la France³⁸ ont montré des signes d'intérêt pour l'élaboration de politiques publiques fondées sur les découvertes des sciences comportementales mais, au moment où nous écrivons, il n'est pas évident que ces pays iront jusqu'à mettre en place des unités y dédiées. Aux Pays-Bas, le conseil scientifique de la politique gouvernementale (WRR) a publié récemment un rapport intitulé « Élaboration de politiques fondées sur la connaissance des comportements »³⁹.

Il existe enfin un troisième groupe d'États : le Royaume-Uni, et d'une certaine façon le Danemark, représentent une étape plus avancée du *nudging*, dans laquelle on teste et on utilise des interventions fondées sur la compréhension cognitive et on en débat publiquement. Aucun pays ne semble en revanche pour le moment avoir atteint le stade *post-nudging*.

En outre, le degré de maturité varie également au sein même des institutions européennes. Le développement de l'expertise des États membres sur ce nouveau type de réglementation progresse parallèlement à son développement au niveau de l'UE. Cela entraîne obligatoirement des questions sur le degré de fédéralisme que cette approche pourra atteindre en Europe. En particulier, il sera intéressant d'observer si et comment les arguments relevant des sciences comportementales interviennent dans le cadre de la révision de la subsidiarité, par exemple, si les États membres établissent, dans certains domaines politiques, que des schémas comportementaux différents et spécifiques justifient une réglementation au niveau national plutôt qu'au niveau de l'UE.

En attendant, l'UE a créé une Unité de prévisions et de connaissances comportementales qui fait partie du Centre commun de recherche de la Commission européenne (JRC). L'objectif de cette unité est de centraliser les efforts entrepris par quelques-unes des directions générales de la Commission européenne, comme la DG-Santé et la DG-Connect, pour intégrer des connaissances sur les comportements dans l'élaboration des politiques de l'Union. En dépassant la fragmentation institutionnelle actuelle, cette

unité a pour mission de développer une méthodologie solide et d'encourager les fonctionnaires de la Commission européenne à penser en termes de comportements.

Cet effort institutionnel n'a pas encore eu un impact majeur sur la culture administrative de l'UE, mais il pourra jouer une influence également aux niveaux national et local. Pour l'instant, cette unité de *nudging* de l'UE n'a pas encore décidé quel modèle de conception institutionnelle choisir parmi ceux qui existent, ni même si elle va choisir l'un d'eux. Étant donné les spécificités constitutionnelles et institutionnelles de l'UE, on ne peut écarter la possibilité que celle-ci développe un nouveau modèle autonome.

Si le recours à des connaissances comportementales ne semble pas central dans le programme « Mieux légiférer » actuellement poursuivi⁴⁰, il expose plusieurs idées qui montrent que l'UE prend progressivement conscience de l'intérêt qu'il y a à tenir compte du comportement des gens lors de l'adoption de nouvelles politiques. Ainsi, par exemple, la boîte à outils pour « Mieux légiférer »⁴¹ concède pour la première fois que non seulement les échecs du marché mais également les biais cognitifs requièrent peut-être une action publique.

En particulier, il est dit que quand les forces du marché n'arrivent pas à un résultat efficace à cause des biais comportementaux, « une intervention publique qui reflète mieux le comportement réel des individus peut être justifiée »⁴². Il est aussi suggéré que les biais cognitifs doivent être intégrés non seulement dans la définition du problème de telle ou telle politique, mais également dans la conception des diverses options capables d'atteindre l'objectif déclaré⁴³.

Bien que la valeur ajoutée réelle de l'intégration de connaissances sur le comportement tout au long du processus d'élaboration d'une politique et de sa mise en place reste encore à étudier, il semble indiscutable à ce stade que l'on s'attende à ce que les décideurs politiques, y compris l'UE elle-même, en tiennent de plus en plus en compte.

5. Les défis qui attendent l'émergence d'un *nudge* européen

Il existe des limites importantes, juridiques autant que pratiques, restreignant la capacité de l'UE à influencer ses citoyens par le biais d'architectures de choix. Cela ne devrait pas être une surprise. Si le *nudging* donne lieu à certaines inquiétudes importantes – que ce soit à propos de sa légitimité, de sa légalité ou de son efficacité – quand

36. A. Alemanno et A. L. Sibony, *Nudge and the Law. A European Perspective*, *op. cit.*

37. En Allemagne, le gouvernement a annoncé qu'il allait employer des psychologues, des économistes comportementaux ainsi que des anthropologues pour tester de nouvelles méthodes de « gouvernement efficace », P. Plickert et H. Beck, "Kanzlerin Angela Merkel sucht Verhaltensforscher", *FAZ*, 26.08.2014.

38. <<http://www.modernisation.gouv.fr/les-services-publics-se-simplifient-et-innovent/par-des-services-numeriques-aux-usagers/le-nudge-au-service-de-l'action-publique>>.

39. Le rapport (en néerlandais) est disponible sur le site du WRR : <<http://www.wrr.nl/publicaties/publicatie/artikel/met-kennis-van-gedrag-beleid-maken/>>.

40. Communication de la Commission européenne accompagnant le programme « Mieux légiférer », p. 3.

41. Cette boîte à outils présente une gamme complète de conseils supplémentaires pour aider les fonctionnaires de la Commission dans l'application de ce programme « Mieux légiférer ».

42. *Better Regulation Toolbox*, p. 72.

43. Pour une perspective semblable, voir A. Alemanno et A. Spina, "Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation", *International Journal of Constitutional Law*, Vol 12/2, 2014.

il est mis en œuvre par un État-nation, il semble intuitivement encore plus difficile à accepter quand c'est une entité supranationale, comme l'UE, qui le met en œuvre.

En grande partie à cause de la nature composite de son administration, il faut tout d'abord observer que l'UE, par opposition à toute autre juridiction, n'a pratiquement aucun contact direct avec ses citoyens. Cela est vrai pour au moins trois raisons.

Premièrement, la plupart des compétences qui exigent que les États interagissent avec leurs citoyens, comme l'impôt, la protection sociale, la défense, la santé ou l'éducation publique, n'ont pas été transférées à l'Union, mais relèvent toujours de la compétence de ses États membres. Deuxièmement, en ce qui concerne les domaines de compétence de l'UE en matière de politiques publiques, en l'absence d'une délégation spécifique du pouvoir d'application à l'Union, leur mise en œuvre est principalement la prérogative des États membres. Par conséquent, ces derniers s'appuient sur leurs administrations, leurs règles de procédures et, dans le cas de directives, sur leurs propres solutions quand ils s'assurent de la mise en œuvre et de l'application de mesures prises par l'UE. Troisièmement, l'administration – par nature décentralisée – de l'UE a pour conséquence que les services administratifs – même ceux qui sont gérés par l'UE – sont généralement fournis aux citoyens par les États membres, plutôt que par l'UE elle-même. Cela se reflète dans le budget minuscule de l'UE (1 %), quand on le compare à son PIB. Les seules relations directes, et pourtant inégales, de l'UE avec ses citoyens sont largement confinées à la gestion de certains de ses programmes de financement.

De façon plus critique, le *nudging* suppose une compréhension politique partagée de ce qui est « bon » pour la société, ou du moins de ce qui est ou non admissible. C'est exactement ce que fait, en principe, tout État souverain : décider ce qu'est un citoyen idéal ou digne de ce nom, à travers la définition de bonnes et de mauvaises habitudes. Or, quand on l'applique à l'UE, une telle hypothèse ne tient pas. L'UE partage ses citoyens avec les États membres, et par conséquent plusieurs visions de ce qu'est – ou devrait être – un « bon citoyen » ont tendance à s'opposer.

Malgré les possibilités limitées que l'UE a de toucher directement ses citoyens, l'Union, au cours du temps, façonne de plus en plus leurs vies à travers son action législative, réglementaire et judiciaire. En particulier, les instruments du marché intérieur et de la citoyenneté européenne ont, ensemble, permis à l'UE de redéfinir au niveau supranational ce qui est « bon » pour ses citoyens, quel que soit le pays dont ils sont originaires au sein de l'Europe⁴⁴.

Dans la mise en œuvre de dispositions du marché intérieur, l'UE a souvent élevé certaines questions morales et éthiques au-dessus du niveau national afin d'identifier

quelle bonne réponse l'Europe peut apporter⁴⁵. En outre, en relation avec des efforts législatifs consentis tôt dans son histoire, l'UE a – par le biais de ses dispositions négatives d'intégration – également contribué à donner forme à l'émergence de politiques à la fois nationales et européennes sur l'attitude à adopter envers le tabac, l'alcool et les régimes alimentaires⁴⁶. En même temps, tout en interprétant les dispositions sur la citoyenneté européenne, l'UE a progressivement marginalisé le rôle des États membres en tant que pourvoyeurs de droits dans l'UE⁴⁷.

Étant donné cette tendance d'eupéanisation progressive de la « *good life* », la question est donc de savoir si l'émergence d'un *nudge* européen pourrait ralentir ou accélérer ce processus. Le droit européen, par nature centré sur des objectifs et ayant largement recours à un raisonnement juridique utilitariste, est particulièrement perméable à des approches façonnées par les connaissances issues des sciences comportementales.

Le caractère technocratique de l'élaboration de la législation européenne contribue lui aussi à ce que l'UE adopte des approches de type *nudging*, puisque ces dernières n'exigent pas en général la participation des citoyens. Pourtant, étant donné la légitimité démocratique double de l'UE – de la démocratie représentative et participative –, cette intervention de haut en bas et de nature technocratique pourrait créer des résistances au *nudging*.

Conclusions

Prise dans son ensemble, notre analyse de l'usage de plus en plus important de connaissances issues des sciences comportementales dans l'élaboration des politiques en Europe révèle un intérêt croissant des autorités de l'UE – et de certains États membres – pour cette approche.

Malgré les limites soulignées, plusieurs traits constitutionnels de l'UE suggèrent que la manière dont elle élabore les politiques pourrait non seulement s'adapter mais aussi tirer profit de l'intégration des sciences comportementales.

Tout d'abord, la dynamique tournée vers les objectifs qui sous-tend l'élaboration des politiques européennes semble particulièrement sensible à des approches empiriques du droit. Ensuite, le fait que la législation européenne soit initiée par la Commission, qui est un organe technocratique, non élu, doté de ressources d'une certaine importance, et largement isolé de toute pression politique immédiate, peut donner lieu à des expériences fondées sur des preuves. Enfin, la tension qui existe entre la compétence de l'UE et celle de ses États membres, qui est propre à tout système fédéral, pourrait tirer profit de l'intégration d'un ensemble de connaissances capables

44. D. Kochenov, "The Citizenship Paradigm", *University of Groningen Faculty of Law Research Paper*, n° 08, 2013.

45. Arrêt C-34/10 *Brüstle*, 2011, ECR I-9821, paragraphe 25.

46. A. Alemanno et A. Garde, "The Emergence of an EU Lifestyle Policy: The Case of Alcohol, Tobacco and Unhealthy Diets", *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50/6, p. 1745 ; A. Alemanno et A. Garde, *Regulating Lifestyle Risks. The EU, Tobacco, Alcohol and Unhealthy Diets*, Cambridge University Press, 2014.

47. v. par ex., C-60/00, *Carpenter*, 2002, ECR I- 6279.

d'injecter une dose de conseils empiriques sur la façon de concevoir, d'interpréter et de mettre en œuvre cette ligne de démarcation polarisante.

L'attrait exercé par des approches fondées sur les sciences comportementales ne devrait pas mener à sous-estimer la signification de leurs effets sur le système juridique de l'UE. Alors que des considérations sur le comportement pourraient permettre à des décideurs politiques d'étudier un ensemble plus large d'options réglementaires et de tester leur efficacité, leur usage ne devrait pas être soumis au public ni à l'examen constitutionnel, afin d'accroître la transparence des résultats réglementaires⁴⁸.

Certaines indications montrent que l'adoption du recours aux connaissances comportementales se fait à un rythme plus rapide parmi les décideurs politiques de certains des pays qui s'appuient sur des économies fortes, comme l'Allemagne, le Royaume-Uni, la France, les Pays-Bas ou le Danemark.

Pourtant, la répartition des richesses n'explique pas tout.

Certains pays européens qui ont un PIB par habitant élevé, comme le Luxembourg ou l'Autriche, n'élaborent pas leurs politiques en s'appuyant sur les sciences comportementales.

Il ne faut pas non plus exclure que, peut-être, d'autres facteurs culturels, sociaux, coutumiers ou politiques peuvent affecter l'empressement des décideurs politiques à tirer profit des connaissances comportementales. Contrairement aux États-Unis, le problème politique principal dans l'UE ne semble pas être la nature paternaliste de l'intervention⁴⁹, mais plutôt la source de cette intervention (européenne ou nationale). Le succès de ces approches fondées sur les sciences comportementales pourrait ainsi également dépendre de leur capacité à rationaliser l'action de l'UE – en limitant sa portée ou son impact ressenti sur la vie quotidienne des citoyens – au profit des États membres. En d'autres termes, le destin du *nudging* dans l'UE semble autant lié à sa dimension politique qu'à sa dimension sociale et scientifique.

48. A. Alemanno et A. Spina, "Nudging Legally: On the Checks and Balances of Behavioural Regulation", *International Journal of Constitutional Law*, 2014, vol. 12/2.

49. A. L. Sibony et A. Alemanno, *Nudge and the Law: A European Perspective*, Hart Publishing, 2015.

La transformation numérique de la justice et les avocats : Enquête IFOP

A l'heure du déconfinement, l'enquête réalisée par l'IFOP pour Doctrine, au cours de laquelle plus de 800 avocats ont été interrogés, apporte un nouvel éclairage sur leurs attentes et challenges. La crise sanitaire vient renforcer le besoin de droit et créer un consensus sur la nécessité d'accélérer la transformation numérique de la justice, plébiscitée par 3 avocats sur 4.

La crise sanitaire a accentué le besoin de continuité du droit

Si l'annonce d'un confinement généralisé a plongé une grande partie du pays dans l'inconnu, la profession d'avocats ne fait pas exception. Du jour au lendemain, ceux-ci se sont retrouvés en télétravail, sans toujours disposer des outils et processus nécessaires, en même temps qu'ils se sont vus devoir adresser des problématiques complètement nouvelles pour leurs clients. En parallèle, la plupart des juridictions ont fermé et on a assisté à une inflation législative sans précédent.

Pour 88% d'entre eux, le confinement a accru les difficultés liées à l'exercice de leur métier, même si le sentiment d'appartenance à une confrérie a beaucoup favorisé l'entraide entre professionnels. Ce qui a surtout fait la différence entre ceux qui évoquent de nouvelles complexités et ceux qui l'ont mieux vécu ? Pouvoir accéder facilement à l'information juridique et aux bons outils pour travailler à distance. Le volume d'informations a explosé pendant la crise et elles ont connu de nombreux et rapides revirements, comme en témoigne Manon Lamotte, avocate en droit social chez Eversheds Sutherland dans le podcast Droit Commun :

"On en vient à ne plus rater une annonce de Muriel Pénicaud. On partage toutes les informations en temps réel sur WhatsApp. Chaque matin on revient sur les derniers textes lors d'un appel d'équipe."

Mais l'accès à l'information est jugé encore insuffisant pour 56% des avocats, une appréciation qui s'est même légèrement détériorée depuis l'année dernière.

Face à ces enjeux, les professionnels du droit se tournent naturellement vers les nouvelles technologies, notamment pour accéder plus largement à de l'information juridique pertinente et à jour par rapport aux besoins de leurs clients. Nous avons répondu à ce besoin en créant un hub Covid-19 centralisant toute l'information juridique liée à la crise sanitaire : lois, ordonnances, décrets, arrêtés, commentaires et décisions pour en faciliter l'accès et la compréhension. Cette page a été consultée plusieurs di-

zaines de milliers de fois en l'espace de quelques semaines, révélant le besoin de continuité du droit.

Accélérer la transformation numérique de la justice et du métier d'avocat

Cette crise sanitaire a également mis en exergue l'urgence à accélérer la transformation numérique du système juridictionnel français, souhaité par 3 avocats sur 4.

Parmi les chantiers jugés prioritaires pour y arriver, la communication avec les juridictions, magistrats et greffiers arrive en première place pour 86% d'entre eux, suivie non loin par l'amélioration de la visibilité en ligne (71%), qui était déjà l'un des enjeux principaux des avocats interrogés l'année dernière. Vient ensuite la pertinence de la recherche juridique pour 69% des interrogés, pour laquelle les avocats souhaitent en priorité pouvoir accéder à des analyses plus poussées des différentes évolutions législatives et judiciaires (46%) et à une personnalisation plus importante des contenus (37%, contre 32% en 2019).

7 avocats sur 10 soulignent le besoin de nouveaux outils numériques pour gagner en temps et en efficacité au quotidien. 50% d'entre eux plébiscitent tout particulièrement les outils d'aide à la décision. Il s'agit notamment d'être plus pertinent dans sa recherche juridique, de trouver facilement les textes similaires aux décisions recherchées, et d'avoir accès en un clic à la chronologie des décisions.

La technologie au service de l'expertise métier

Doctrine a, depuis le début, fait le pari de la transformation numérique du monde du droit.

C'est pour cela que nous avons développé le Document Analyzer, une nouvelle brique technologique pour aider les professionnels du droit à accéder à l'information juridique dont ils ont besoin pour conseiller leurs clients. Co-construit avec des professionnels du droit et déjà utilisé plusieurs milliers de fois, le Document Analyzer permet d'économiser des heures de travail en accédant en un clic à l'ensemble des sources juridiques citées dans un jeu de conclusions. Comme l'explique Nicole Radius, avocate en droit du travail :

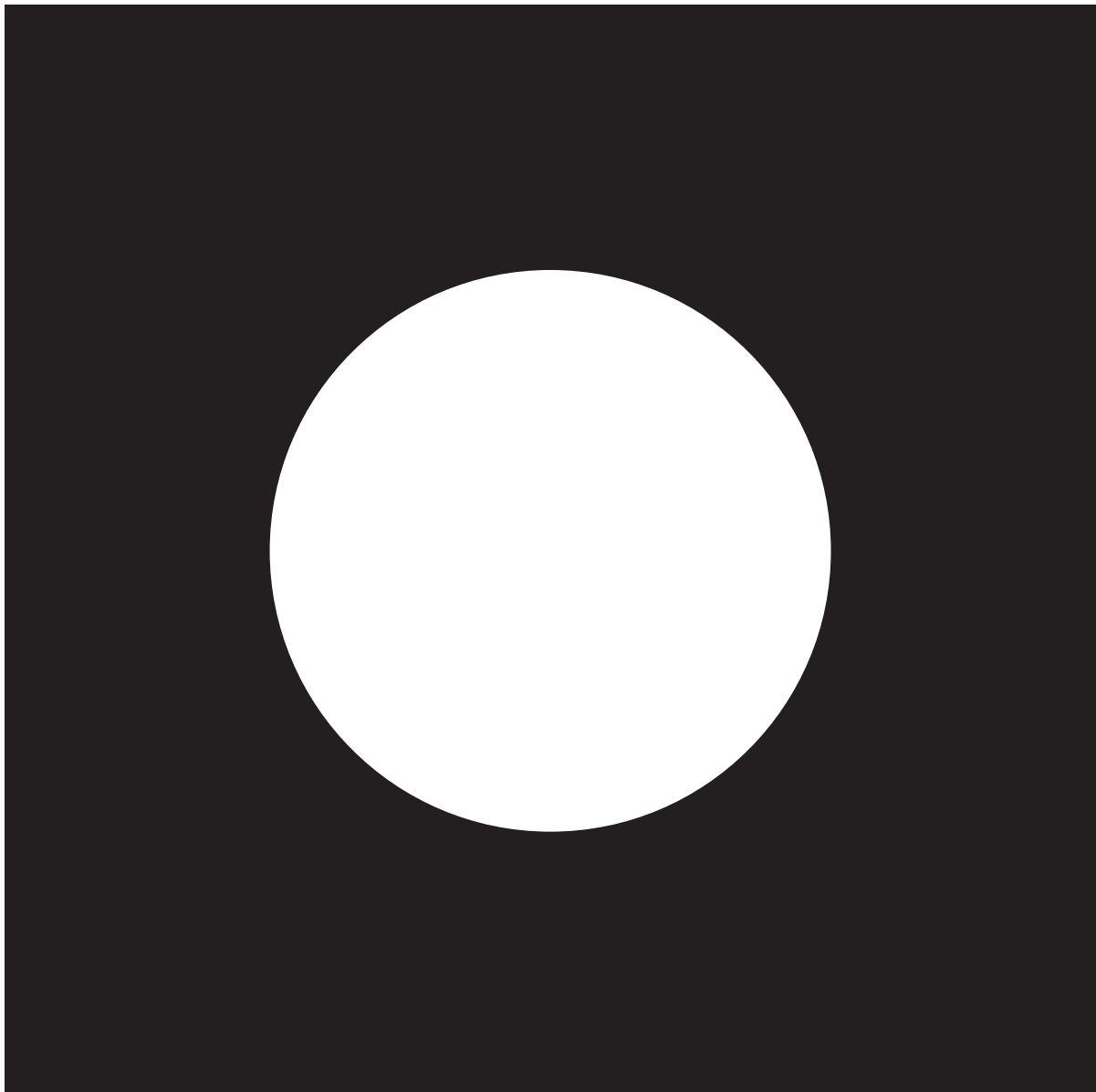
"Le Document Analyzer est mon réflexe n°1 dès que je travaille sur mes conclusions ou celles de la partie adverse. Je gagne en moyenne 40% de temps de recherche par jeu de conclusions. Je vérifie instantanément si la jurisprudence citée par mon adversaire est applicable ou non et je suis alertée de l'évolution des jurisprudences citées dans les conclusions adverses ou les miennes."

A l'heure où la justice se remet en marche après des mois au ralenti et où les besoins en outils digitaux deviennent prioritaires, le Document Analyzer contribue à accélérer le travail de recherche juridique et d'analyse de conclusions.

Guillaume Carrère
 Directeur général de Doctrine

Dossier thématique

La Compliance, une idée européenne ?





Pierre Servan-Schreiber • Médiateur,
avocat aux Barreaux de Paris et New York,
co-auteur de « Deals de justice » (PUF) 2013

L'édito

34

Ce dont il s'agit ici est un nouveau paradigme qui est en train de bouleverser les équilibres commerciaux, juridiques mais aussi géopolitiques. A travers un prisme juridique, il s'agit de savoir comment se transforment les relations de pouvoir au sein d'un monde globalisé.

L'État est concerné au premier chef parce que les nouvelles méthodes de justice américaine, qui ont parfois pris l'appellation de « *lawfare* » par analogie avec le « *warfare* » (ensemble des moyens mis en œuvre pour mener une guerre) constituent un ensemble des moyens juridiques mis en œuvre par un État au service d'une volonté politique.

Même si le démarrage a été un peu lent, l'État français s'est rendu compte qu'il y avait un sujet d'ordre public international pour lui : est-ce que les Américains à travers leurs procédures de « coopération » plus ou moins contraintes, et plus généralement à travers une application extraterritoriale de leur droit, peuvent être les seuls gendarmes du monde ? Comment faire pour non pas critiquer, railler et essayer de contrecarrer les efforts des Américains, mais pour les équilibrer, les contrôler, pour être un partenaire et un interlocuteur valable ?

C'est aussi une révolution pour les entreprises que d'être soumises à ce nouveau paradigme américain. Bien au-delà des coûts très élevés en termes de dépenses d'énergie, de temps et d'argent pour mener à bien les enquêtes qu'impose la coopération avec les autorités, c'est la vision même qu'a l'entreprise de ses relations avec ses partenaires, clients et autorités, de ses relations en interne avec ses propres employés qui est transformée.

Ce nouveau paradigme affecte également profondément le rôle des avocats. Nous sortons avec ces méthodes américaines du triangle classique : un demandeur, un défendeur et un juge. Depuis que l'Homme s'est structuré en société il a ressenti le besoin que quelqu'un d'indépendant et d'impartial tranche les litiges, dise le Droit, rende

la justice : le juge. Pour les avocats lorsque l'on sort de ce triangle classique (il n'y a plus de juge dans la justice négociée américaine), la conception traditionnelle de leur rôle se retrouve nécessairement bouleversée. L'avocat doit maintenant se transformer en enquêteur-défenseur, cherchant activement toutes les preuves de manquements commis par son client pour ensuite mieux le défendre dans la négociation avec les autorités. Cela transforme sa fonction.

Comment en est-on arrivés là ? A partir du 11 septembre 2001 les États-Unis, qui ont été pour la première fois frappés directement en plein cœur, se sont dits que le monde était en train de changer et qu'il fallait réagir. Une série de lois, à commencer par le *Patriot Act*, votée par le Congrès Américain donna aux autorités américaines, aux Procureurs mais aussi aux autorités indépendantes des pouvoirs d'enquête et de sanction très importants. Le calcul du montant des pénalités est indexé de telle façon qu'elles soient pratiquement sans limite, ce qui revient à menacer les entreprises de disparaître purement et simplement.

En outre, ces lois ont donné au droit américain un aspect extraterritorial qu'il ne connaissait pas jusque-là. L'exemple qui peut être donné est celui de la BNP qui a été amenée à verser 8,9 milliards de dollars aux autorités américaines sur la base de transactions bancaires entre des comptes qui ne se situaient pas aux États-Unis, détenus par des personnes qui n'étaient pas américaines, pour des transactions commerciales qui n'avaient rien à voir avec les États-Unis mais qui étaient en dollars et dont l'une des parties au moins était située dans un pays soumis à embargo (Iran, Soudan, etc.). Le point de vue américain c'est qu'à partir du moment où il y a l'utilisation d'un instrument américain (cela peut être le dollar, des serveurs américains, etc.), le droit américain s'applique et les autorités américaines sont compétentes.

Comment ça marche ? Dès qu'elles sont averties d'un possible manquement aux réglementations américaines, les autorités prennent contact avec les entreprises suspectées d'avoir commis une fraude ou une faute dans à peu près n'importe quel domaine : corruption, blanchiment, fraudes bancaires, boursières, responsabilité du fait des produits, etc.

Ce contact se matérialise par une lettre qu'elles écrivent aux entreprises concernées pour savoir si elles acceptent de coopérer ou non. En cas de refus de coopération, il y aurait procès avec toutes les conséquences que cela implique en termes de coût, de temps, d'aléa, de publicité, etc. Cette solution reste assez théorique parce que, pour le moment, aucune entreprise n'a refusé de coopérer si ce n'est la *Standard Chartered Bank* du moins avant qu'elle ne soit menacée de perdre sa licence bancaire, ce qui la fit rentrer dans le rang. L'entreprise qui, donc, coopère, choisit un cabinet d'avocats qui va négocier avec les autorités le périmètre de l'enquête qu'ils vont mener. Ensuite, ce sont eux, les avocats de l'entreprise, qui doivent

trouver au sein de l'entreprise les manquements qu'on peut reprocher à leur client.

Ni eux, ni l'entreprise ne peuvent coopérer à moitié et encore moins cacher quelque élément que ce soit, si compromettant qu'il puisse être. Cette négociation débouche enfin sur une série de conséquences pour l'entreprise : pénalités, éventuelle reconnaissance de culpabilité, nomination d'un *monitor*, engagements pour l'avenir, communiqué de presse. Les autorités américaines exigent de l'entreprise qu'elle renonce à tout commentaire, à toute critique, à tout recours contre l'accord transactionnel et même à présenter une défense, y compris dans un autre forum, qui ne soit pas compatible avec ce qui a été accepté.

Ce système est extraordinairement efficace parce que les entreprises qui sont passées par là font en sorte de ne plus jamais avoir à faire à ce genre de procédures. Celles qui n'ont pas encore goûté à la chose mais qui en ont entendu parler font en sorte de ne jamais avoir à le découvrir.

Les Américains mettent en évidence l'inaction des européens face à des fléaux mondiaux que constituent la lutte contre la corruption, le financement du terrorisme ou le blanchiment d'argent pour justifier la portée extraterritoriale de leurs actes. Or nous sommes dans un monde globalisé tandis que, dans la conception classique de l'État, le droit ne vaut que dans le pays dans lequel il existe et ne peut être appliqué que par des juridictions ou autorités nationales. Cette conception est bien mise en brèche aujourd'hui car les plus grandes entreprises sont mondiales et les délits sont globaux.

Les Américains ont donc réfléchi à une justice financière particulièrement efficace où toutes les parties prenantes y trouvent leur compte. En effet, à partir du moment où ce sont les entreprises qui vont elles-mêmes réaliser l'enquête, il y a un renversement de la charge de la preuve et de l'enquête. Les autorités sont donc sûres du résultat et de disposer de bien plus d'éléments inculpatifs que si l'enquête était menée de l'extérieur.

Les entreprises y trouvent aussi leur compte parce qu'elles vont négocier, ce qu'elles savent très bien faire, et en négociant elles limitent les paramètres du risque. Cela se termine par une transaction, un *deal* alors que l'aléa d'un procès et d'une condamnation publique serait beaucoup plus problématique.

Ce qui n'y trouve pas son compte c'est sans doute la pensée, le fait qu'on ne sait plus où est passée la justice puisque plus personne ne la dit : est-ce que ce *deal* est juste ? Est-ce que c'est ce montant là qu'elle devait payer ? Pourquoi autant ? Pourquoi pas plus ? Pourquoi aucun dirigeant n'est-il poursuivi à titre personnel ? On ne sait pas puisque personne n'est là pour le dire. A partir du moment où on rentre dans un système de justice sans juge, beaucoup de questions restent sans réponse et ce n'est pas nécessairement bon pour la démocratie.

L'autre question que cela pose c'est comment ces dossiers commencent. La plupart du temps ils viennent aux autorités sur dénonciation : celle d'un tiers (affaire du Libor par exemple) d'un concurrent, d'un employé ou même par auto-dénonciation (affaire Airbus). Cela dessine une société orwellienne dans laquelle la norme doit être tellement intégrée que l'on dénonce promptement toute personne suspectée d'avoir dévié de la trajectoire et même que l'on se dénonce soi-même si l'on pense l'avoir transgressée, le dénonciateur y ayant toujours un intérêt pécuniaire conséquent.

D'un point de vue géopolitique, les États-Unis restent la première puissance mondiale, militaire, financière et économique. Et voilà qu'elle envisage son droit comme un moyen de faire passer ses objectifs géopolitiques.

Que peut-on faire en France et en Europe pour équilibrer cette relation et développer des méthodes qui permettent à la fois d'assurer en effet un meilleur contrôle face aux manquements et aux violations qui sont mondiales tout en essayant de continuer d'assurer notre propre autonomie en la matière, c'est-à-dire de défendre notre place dans l'ordre mondial ?



Serge Abiteboul • Membre du Collège de l'Arcep, chercheur en informatique à l'Inria et à l'ENS, membre de l'Académie des Sciences.

Jean Cattan • Docteur en droit et conseiller du président de l'Arcep, enseignant à Sciences Po et Paris 2.

Nos réseaux sociaux, notre régulation

Ces réseaux que nous adorons haïr¹

Nous adorons communiquer. Nous adorons partager. Nous adorons débattre, échanger, parfois avec vigueur. Internet a démultiplié nos capacités naturelles à le faire sous d'innombrables formes. Pour répondre à cette envie de communiquer, une myriade de services s'est développée au fil des ans. Parmi eux, figurent ce que l'on appelle les réseaux sociaux numériques, c'est-à-dire des services nous permettant d'exposer des aspects de notre personnalité, un profil de nous-mêmes, et d'être mis en relation avec tout un chacun². A une époque, ce fut *Myspace*³. Aujourd'hui, une large variété de services intègre cette double dimension de médiatisation des individus et de mise en relation, que ce soit depuis *Facebook*, *Snap*, ou *Twitter* jusqu'à *WT Social* et *Mastodon*. Si ce n'est pas leur rôle principal, d'autres services permettent également de tels échanges comme *Wikipédia*, *Google Maps*, *YouTube* ou *Jeuxvideo.com*.

Peu à peu, nous nous sommes équipés de profils et d'identités diverses. Chaque jour, nous nouons plus de relations, qu'elles soient amicales ou non, par intérêt partagé, quand ce n'est pas par amour. Nous restons en contact, nous publions, nous nous suivons, nous *likons*, nous commentons, nous réagissons, jusqu'à n'en plus pouvoir, jusqu'à la nausée qui peut nous conduire parfois à vouloir tout arrêter. Mais, le plus souvent, nous nous plongeons avec délectation dans cette exubérance de liens sociaux.

1. La présente contribution ne saurait engager quelconque institution ou personne autre que ses auteurs.
2. Sur la sociologie, l'histoire et la typologie des réseaux sociaux, v. notamment les travaux de Pierre Mercklé, dont *La sociologie des réseaux sociaux*, *La Découverte*, 2016 et « La découverte des réseaux sociaux. A propos de John A. Barnes et d'une expérience de traduction collaborative ouverte en sciences sociales », in *Réseaux*, 2013/6, n°182, pp. 187 et s.
3. Sur Wikipédia, nous trouvons une ligne de temps des médias sociaux remontant aux années 70 : <https://en.wikipedia.org/wiki/Timeline_of_social_media> ; v. aussi V. Schafer, « Les réseaux sociaux numériques d'avant », in *Le temps des médias*, 2018/2, n°31, pp. 121 et s.

Par le jeu des effets de réseau, ces services attirent de plus en plus de monde. Il se passe quelque chose d'intéressant dans notre sphère sociale, dans un cercle bien plus large, nos « contacts » s'y rendent, l'information se propage de manière virale, nous ressentons le besoin nous aussi d'y aller. Nous aussi voulons en être. Nous enrichissons nos liens sociaux traditionnels avec ces services, nous tissons de nouveaux liens. C'est là que nous apprenons souvent ce qui fait réagir notre communauté, notre quartier, notre pays. L'information fournie par les usagers eux-mêmes nous ouvre de nouveaux horizons du plus local au plus général, des horizons plus larges que ceux des médias traditionnels.

Les réseaux sociaux deviennent une structure d'échanges essentielle, la nouvelle frontière de notre espace public⁴. Et comme toute architecture, les réseaux sociaux deviennent normatifs. Du Baron Haussmann à Lawrence Lessig, qu'elle soit réelle ou virtuelle, qu'il s'agisse de boulevards ou de code informatique, l'architecture fait loi, *code is law*⁵. Les réseaux sociaux participent à la définition des contenus que nous échangeons. Cela saute aux yeux quand nous devons écrire en 280 caractères ou quand nos messages disparaissent presque instantanément. Nous ne nous exprimons pas de la même manière. Des formes d'art naissent de ces contraintes, mais pas seulement.

Gide disait « l'art naît de contraintes, vit de luttes et meurt de liberté »⁶. Les réseaux sociaux tels que nous les connaissons soulèvent des conflits entre différentes libertés. Ils tirent leur essence de la liberté d'expression, le droit d'être entendu pour nombre de personnes qui n'avaient pas la parole avant, la militante d'une association de banlieue, l'adolescent d'un territoire perdu... Ils peuvent mourir de conflits avec d'autres droits fondamentaux : comment concilier la liberté d'expression avec le droit d'être protégé contre la désinformation, le droit de ne pas être diffamé, insulté ou harcelé sur ces mêmes réseaux ?

Au-delà des paramètres qui définissent directement le contenu et la forme de nos messages, la plupart des réseaux sociaux définissent aussi ce qui est massivement lu, vu ou voué à tomber dans les oubliettes du *cyberespace*. Ils choisissent les contenus qu'ils vont pousser vers vous, et ce pour maximiser leurs profits. Certains diront « C'est leur *business model*, idiot ! »⁷. Les réseaux sociaux ne sont pas tous voués au bien de l'humanité, ce n'est pas leur objectif (principal). Par essence, une entreprise recherche la rentabilité et les réseaux sociaux demeurent le plus souvent

4. Sur les réseaux sociaux, leur architecture et leur influence sur la démocratie, v. aussi A. Guiton, « Réseaux sociaux : ont-ils enterré le débat public ? », in *Revue Projet*, 2019/4, n°371, pp. 26 et s.
5. Sur le parallèle entre le code informatique et l'architecture parisienne sous Napoléon III, voir L. Lessig, *Code. Version 2.0*, Basic Books, 2006, p. 127.
6. A. Gide, *L'évolution du théâtre, Nouveaux prétextes*, Mercure de France, 2014.
7. L'expression est traduite du titre d'un atelier intitulé « It's the business model, stupid! Targeted advertising and human rights », organisé à la Rightscon 2019, à Tunis le 13 juin 2019.

des entreprises ne dérogeant pas à la règle. Ce n'est pas un jugement, seulement un constat.

Le modèle d'affaire des réseaux sociaux est essentiellement fondé sur la publicité. Que cela soit justifié ou non, un tel modèle incite à une exploitation forte de nos données personnelles et un profilage toujours plus important⁸. Plus le réseau social nous connaît, plus il peut valoriser ses espaces publicitaires.

Mais, pour être mieux valorisées, les publicités doivent non seulement être ciblées, elles doivent aussi être vues. Pour que nous restions plus longtemps, les réseaux sociaux valorisent les contenus qui suscitent l'engagement des utilisateurs, ce qui nous fait réagir, nous attire et nous fait rester. En retour, nous sommes plus exposés à la publicité, aux contenus sponsorisés, aux contenus qui rémunèrent la plateforme. Notre attention est devenue un vaste marché. Comme le dit Reed Hastings, cofondateur et CEO de Netflix : « *we actually compete with sleep (...) and we're winning!* »⁹, version contemporaine du « temps de cerveau disponible » qui régnait fut un temps sur la télévision cathodique. Ce qui est vrai pour les services audiovisuels, l'est aussi pour les réseaux sociaux : nous passons de plus en plus de temps sur nos écrans et l'engagement se transforme en addiction¹⁰.

Comme toute personne dépendante, « accro », il nous en faut toujours plus. Des formats plus courts, des slogans, des phrases choc, des images qui percutent. Ce qui nous fait réagir tend souvent vers les extrêmes, du petit chaton aux propos outranciers. Et comme souvent cela ne suffit pas, nous sommes obligés de nous inventer des histoires, des ragots, des bobards, de faire émerger des complots. Nous risquerions de nous ennuyer sinon.

Heureusement, sur les réseaux sociaux, l'engagement pour des causes nobles, les vrais sentiments, l'humour, la poésie, l'art, nous sauvent de tout ça. De belles idées y circulent, des innovations intellectuelles aussi. Ils nous rappellent combien la créativité humaine est infinie. Nous adorons voir les foules se mobiliser pour de justes causes. Nous adorons découvrir de nouveaux aspects de nos quartiers. Nous restons en admiration devant la jeunesse qui, par de nouveaux moyens de communications, s'approprié des luttes que leurs aînés n'ont pas pu ou n'ont pas su saisir. Nous en profitons chaque jour et nous nous en réjouissons. En bref, nous constatons chaque jour que les réseaux sociaux peuvent être un instrument au service de notre épanouissement, si ce n'est de la libération des

peuples et des individus. Car après tout, ne s'agit-il pas de mettre des humains en relation, de faire société ?

Le risque néanmoins, si nous laissons les réseaux sociaux évoluer sans rien faire, est que leur côté obscur l'emporte, que l'on ait à payer tous un jour le prix de n'avoir su maîtriser l'expression débridée de nos désirs, de nos pulsions, en abandonnant la sphère publique à un business model faisant de l'humain une marchandise.

Abusant des réseaux sociaux, les contenus toxiques sont protéiformes : propagande terroriste ou pédopornographique, messages de haine, fausses nouvelles (les fameuses *fake news*) et désinformation, cyberharcèlement, violation de la vie privée, etc. La société s'inquiète, exige des mesures pour les combattre. L'affaire *Cambridge Analytica* a été le premier révélateur de ce phénomène par lequel une décision collective majeure peut être influencée par l'usage des réseaux sociaux et tout particulièrement de la publicité politique qui peut y être faite¹¹.

Notre exposition à la haine ne cesserait quant à elle de croître, avec la crainte qu'elle se transforme en une violence physique malheureusement bien tangible.

Si nous ne voulons pas clouer les réseaux sociaux aux piloris, il nous faut montrer qu'il est possible de faire autrement. Cela passe par l'éducation et l'engagement citoyen d'internautes. Certaines organisations proposent des modèles alternatifs. C'est le cas par exemple de *WT Social*, le réseau social centré sur l'information développé par Jimmy Wales en 2019. La proposition est de s'inspirer des modes de financement, de présentation et de modération de *Wikipedia* pour éviter la propagation de fausses nouvelles.

Si de telles initiatives sont bonnes à prendre, arriveront-elles à préserver dans des réseaux sociaux réinventés cette vivacité qui nous rend accros ? Peut-être, mais il est peu vraisemblable qu'elles arriveront seules dans un futur envisageable à se substituer aux grandes plateformes dont certaines ont déjà des milliards d'utilisateurs et savent parfaitement jouer de l'effet de réseau et de ressources financières gigantesques. Il y a fort à parier qu'il faille s'en remettre à une forme d'intervention étatique pour obliger les géants que nous avons nourri de notre adhésion à œuvrer pour le bien collectif. Même si le marché venait à fournir des solutions en ce sens, la propagation de fausses informations ou la diffusion de la haine ne sont pas des questions que l'on peut renvoyer uniquement à la sagesse de la foule et à une relation entre l'offre et la demande.

Dans notre système de démocratie représentative, les institutions dotées d'une légitimité démocratique ont voix au chapitre. Mais la tâche est ardue entre garantir la liberté de chacun de pouvoir s'exprimer et dans le même temps protéger des dérives des réseaux sociaux. La marge est

8. Le fait d'avoir besoin de beaucoup de données pour cibler au mieux le public destinataire d'une publicité n'est pas une évidence et doit quoi qu'il en soit s'inscrire en conformité avec le principe de minimisation des données porté par l'article 5 du règlement général sur la protection des données (2016/679).

9. La citation du président de Netflix, Reed Hastings, est issue de Rina Raphaël, « Netflix CEO Reed Hastings: Sleep is Our Competition », *Fastcompany.com*, 11 juin 2017. Le temps de cerveau disponible est une expression de Patrick Le Lay, ancien PDG de TF1 et remontant à 2004.

10. Sur le temps passé sur les réseaux sociaux, le site Statista.com fait état d'une moyenne mondiale passée de 90 minutes en 2012 à 136 minutes en 2018.

11. Sur l'affaire *Cambridge Analytica*, v. pour l'usage des données A. Hern, "Cambridge Analytica: how did it turn clicks into votes ?", *Theguardian.com*, 6 mai 2018. Et pour des exemples de publicités élaborées selon les types de personnalités définies v. J. B. Merrill et O. Goldhill, "These are the political ads Cambridge Analytica designed for you", *Qz.com*, 10 janvier 2020.

étroite, par exemple, entre contrecarrer la désinformation et instituer une information étatique. Les institutions doivent intervenir dans un cadre ouvert sous le regard et le contrôle d'une société responsable. Afin d'atteindre les équilibres nécessaires dans chaque sphère, régionale, nationale, culturelle et linguistique, il est primordial d'assurer la participation de l'ensemble des communautés intéressées, chercheurs, société civile, utilisateurs, représentants de l'État. Tous doivent pouvoir participer à l'identification des problèmes rencontrés par les plateformes, à la définition des solutions proposées, et au contrôle des actions entreprises.

Face à la propagation annoncée des mensonges, de la marchandisation et de la haine, dire que rien n'est fait est faux. La société et les politiques se sont emparés du sujet. Une urgence s'est installée comme si ces sujets, la désinformation, le harcèlement, etc., étaient nouveaux. Des propositions sont faites, des décisions prises du côté des réseaux sociaux eux-mêmes comme des autorités publiques. Les États réagissent, les parlements légifèrent, parfois sous la pression de l'actualité, des émotions. Cela se fait dans le désordre, sans vision d'ensemble, en essayant de trouver des parades souvent séparément aux différentes facettes d'un même problème. De fait les réponses demeurent insatisfaisantes.

Dans ce désordre ambiant, des lignes forces peuvent toutefois être identifiées. Pour décrire la situation lors de l'édition 2018 de l'*Internet Governance Forum*¹², sommet onusien qui se tenait cette année-là à Paris, Emmanuel Macron a dessiné trois voies, correspondant chacune à un modèle de régulation des réseaux sociaux :

La première voie est celle de la régulation par les acteurs du marché eux-mêmes, l'autorégulation, avec une intervention *a posteriori* des autorités étatiques. Si c'est la voie qui a permis la créativité du *web*, qui lui a permis de s'épanouir, elle a montré ses limites en termes de régulation des réseaux sociaux.

La deuxième voie est celle du contrôle direct des contenus par l'État et de l'imposition d'obligation de retraits des contenus nocifs. C'est la voie choisie par diverses initiatives législatives, y compris en France. En plus de servir de caution pour des régimes non démocratiques, elle s'est jusqu'ici montrée peu efficace.

La troisième voie est celle prônée pour l'Europe par Emmanuel Macron à l'*Internet Governance Forum*, une voie encore à élaborer : « Il nous faut donc construire par la régulation cette voie nouvelle où les États, avec les acteurs de l'Internet, les sociétés civiles, l'ensemble des acteurs, arrivent à bien réguler ». Concrètement, cette voie que nous voulons ouverte et démocratique est celle de la régulation supervision.

Cette troisième voie est plus complexe, mais poten-

tiellement plus efficace et plus respectueuse des droits de chacun. Nous croyons qu'elle pourra associer de nombreuses initiatives émergeant de la société dans son ensemble, en susciter de nouvelles. Nous croyons qu'elle peut être dessinée en Europe et servir de modèle à l'échelle mondiale.

La 1^{ère} voie : l'autorégulation et une intervention *a posteriori*

Qu'en est-il des contenus publiés qui peuvent avoir un effet nocif ? Tant aux États-Unis qu'en Europe, ils sont régis par un régime de responsabilité limitée des réseaux sociaux. C'est ce régime qui a permis les succès de services dont le contenu est alimenté par les utilisateurs. Pour ses opposants, c'est un régime lacunaire auquel on doit l'apparition des pires dérives rencontrées sur le *web*.

Aux États-Unis, c'est en 1996 qu'un tel régime a été institué par la Section 230 du *Communications Decency Act* : « *No provider or user of an interactive computer service shall be treated as the publisher or speaker of any information provided by another information content provider* »¹³. Selon les motifs qui la précèdent, cette mesure est vouée à préserver le foisonnement d'internet, la liberté du marché et à renforcer le contrôle des utilisateurs sur leurs activités en ligne, y compris en responsabilisant les parents dans la protection de leurs enfants face à des contenus pouvant leur porter atteinte. La déresponsabilisation des fournisseurs de services allait de pair avec la responsabilisation des adultes.

Si l'on considère que l'essentiel des réseaux sociaux que nous utilisons sont établis aux États-Unis, avoir à l'esprit ce régime de responsabilité limitée est important en ce qu'il renseigne sur la culture juridique dont ils sont empreints : le principe est que les réseaux sociaux ne sont pas responsables des contenus propagés sur leur plateforme s'ils n'ont pas de contrôle éditorial dessus.

En Europe, c'est en 2001 que fut adoptée la directive eCommerce 2000/31 et son article 14. Cet article, venant s'ajouter au régime américain, en limite, très relativement, la portée. Dans sa transposition en France, l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 tel qu'interprété par le Conseil constitutionnel établit les premières briques du droit de la responsabilité des « hébergeurs »¹⁴. L'hébergeur, entendre ici le réseau social, est responsable s'il a effectivement connaissance du caractère manifestement illicite du contenu en cause ou s'il n'a pas agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible lorsqu'il en a eu connaissance.

C'est-à-dire que concrètement et très sommairement, un réseau social, où qu'il soit établi dans le monde, est obligé de retirer un contenu manifestement illicite dont il a eu connaissance soit parce qu'un tel contenu lui a été signalé soit parce qu'il a été jugé comme tel par un juge.

12. L'intégralité du discours d'Emmanuel Macron à l'*Internet Governance Forum* est disponible sur elysee.fr.

13. *US Code, chapter 47, section 230.*

14. Sur la décision du Conseil constitutionnel sur la LCEN, voir le considérant 9 de la décision n°2004-496 du 10 juin 2004.

On notera que ces textes états-uniens et européens ont été élaborés avant les débuts des réseaux sociaux tels que nous les connaissons ; par exemple, *Facebook* naît en 2004, *YouTube* en 2005, *Twitter* en 2006. Des tensions naissent des différences d'appréciation du principe de liberté d'expression de part et d'autre de l'Atlantique : lecture quasi-religieuse outre-Atlantique du 1er amendement de la Constitution américaine, interprétation plus souple en Europe de l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme auquel peuvent être apportées des limites « nécessaires dans une société démocratique »¹⁵.

Il n'en demeure pas moins qu'en Europe, et notamment en France, l'intervention du juge demeure importante. La loi pour la confiance dans l'économie numérique a ouvert la voie à toute une série de référés, par lesquels un juge peut enjoindre en urgence aux plateformes de retirer des contenus. Si les délais sont souvent considérés comme trop longs par les plaignants, les procédures et la jurisprudence existent.

Dans ce cadre, la première question qui se pose est de savoir ce qu'est un contenu illicite. Entre les contenus manifestement illégaux et les contenus licites, toute une gamme de contenus « gris » doit faire l'objet d'une appréciation par la plateforme. La qualification de ces contenus n'est pas simple pour un modérateur de réseau social, et peut même diviser des magistrats¹⁶.

Pour encadrer les pratiques, un réseau social se livre à l'élaboration d'un code définissant à travers des « standards communautaires » les contenus qu'il est prêt ou non à accepter. Cela n'est d'ailleurs pas sans poser la question de savoir quelle est sa légitimité ou encore son autorité, comme acteur privé, pour définir ce qui peut ou non être accepté sur des services, certes privés, mais qui se sont mus en autant d'espaces publics. Le réseau social traite ensuite les contenus pour décider s'ils correspondent à ses standards communautaires. Pour ce faire, différents moyens sont mis en œuvre.

Des moyens humains extrêmement variables selon les plateformes sont affectés à la modération des contenus rapportés comme potentiellement nocifs par des utilisateurs de la plateforme, ou détectés automatiquement comme tels.

Entre autres questions, la modération humaine de masse sur les réseaux sociaux soulève un problème qui est celui du traitement des modérateurs eux-mêmes. De plus en plus d'études, reportages, articles, mettent en évidence la souffrance des modérateurs devant visionner

des contenus violents ou pornographiques à longueur de temps, passant des heures dans les poubelles du *web*. Des personnes avec peu de qualifications professionnelles, souvent dans des pays lointains, ont à répondre à des questions parfois complexes juridiquement, pouvant également faire appel à des connaissances pointues de la culture si ce n'est l'actualité la plus vive du pays où les faits se déroulent.

De fait, les humains se montrent assez médiocres dans la notification de contenus illégaux ou contrevenant aux standards du réseau. Sous le coup des émotions, leurs notifications sont largement erronées. Les modérateurs humains, malgré leur manque de connaissances, de compétence, font mieux parce que formés à cela et moins directement impliqués. Mais eux aussi ont leurs biais culturels, personnels. Leur tâche n'est pas simple en particulier pour les messages de haine, et peut-être encore plus pour les fausses nouvelles.

Une alternative est de déléguer à des algorithmes ce travail de modération difficile à supporter par des humains. Comment un logiciel peut-il détecter des contenus nocifs ? Typiquement, on utilise des techniques d'apprentissage automatique (*machine learning*). Le logiciel est d'abord entraîné sur un corpus de contenus annotés par des humains qui les ont qualifiés comme acceptable, message de haine, violence, etc. Mis en présence d'un nouveau contenu, le logiciel va chercher à déterminer la qualification des messages auxquels ce contenu ressemble le plus.

Les algorithmes participent déjà beaucoup à la détection de contenus illicites, en particulier pour ce qui est du terrorisme et de la pédopornographie. Ils seraient déjà « moins mauvais » que les modérateurs humains, même s'ils restent largement perfectibles : le problème est complexe avec l'ambiguïté du langage, l'ironie... et il leur manque surtout le contexte. Pour cela, en dépit des progrès réalisés dans cette direction, l'ultime décision, de retirer ou pas un contenu, est réalisée par un humain (à des exceptions près comme certains contenus terroristes ou pédopornographiques). Un jour se posera la question de savoir si nous acceptons de déléguer de telles décisions à des logiciels ? Cette question méritera d'être débattue.

Les réseaux sociaux mettent donc des ressources humaines et techniques au service de la modération. Hormis les difficultés pratiques rencontrées, leur choix d'internaliser complètement les problèmes posés par les réseaux sociaux questionne sur le plan des principes :

(i) Est-ce que la relative absence du recours au juge dans leurs procédures est acceptable ?

(ii) Est-ce qu'il est souhaitable qu'ils décident seuls de leur politique de retrait de contenus ?

(iii) Les efforts varient considérablement d'un réseau social à l'autre, à partir de quand un réseau social peut-il être considéré suffisamment diligent pour identifier et retirer un contenu ? Que faut-il mesurer ? A quelle aune juger ?

15. Pour une illustration d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme sur la liberté d'expression, voir CEDH, *Handyside v. the United Kingdom*, arrêt du 7 décembre 1976.

16. Sur le cas des modérateurs, outre les nombreux articles et reportages dédiés, voir notamment l'ouvrage de Sarah T. Roberts, *Behind the screen*, Yale University Press, 2019 ou encore les articles de Casey Newton pour *The Verge*, dont *Bodies in seats* du 19 juin 2019 et disponible sur *Theverge.com*.

Comment, en restant dans les jalons du droit européen, répondre à ces questions ?

Dans l'attente d'un véritable débat de fond sur ces questions, les plateformes demeurent dans un environnement de droit souple et disposent d'une très large marge d'autorégulation. C'est ce qui leur permet de s'arroger le vocabulaire de l'État pour mettre en place par exemple des « cours suprêmes » qui, à l'instar de celle envisagée par Facebook¹⁷, permettrait de contester les choix faits par la plateforme quant au retrait ou non de contenus. L'espace public s'est tellement déporté sur les plateformes et l'espace laissé vacant par l'État est si grand que les plateformes peuvent se permettre de tels comportements à l'esprit régalien.

Que l'on soit défenseurs de la liberté d'expression ou représentants de l'ordre public, cela ne fonctionne pas. Le régime d'autorégulation laisse bien trop d'espace aux plateformes. Selon leur bon vouloir, selon leurs moyens, elles seront soit trop, soit insuffisamment diligentes¹⁸. Mais plus encore, quelle est la légitimité de ces plateformes privées de résoudre seules cette variété de problèmes avec la seule intervention *a posteriori* des autorités agissant au nom du peuple ? Quelle est leur légitimité de décider ce qui peut, ou pas, être dit dans l'espace public, de définir cet espace public ?

In fine, il s'agit de définir un point d'équilibre et de résoudre des questions dont l'importance sociétale est majeure : des questions mémorielles, de rapport au corps, aux discriminations, au rapport entre les citoyens et leurs représentants etc. Ce ne peut être aux plateformes seules de définir ce point d'équilibre. C'est à elles de participer à sa mise en œuvre oui, mais c'est à la collectivité de le définir. C'est pourquoi, à un moment donné, une intervention de l'État et de la société est requise. La question est de savoir comment et à quelle fin ?

La 2e voie : le contrôle direct des contenus par l'État

En complément du régime établi au niveau européen, différents niveaux de réponse ont été avancés dans les États membres pour répondre aux problèmes posés par la publication et la propagation des contenus, qu'ils soient manifestement illégaux ou qu'ils se situent dans une zone grise.

Un premier cas concerne la lutte contre la désinformation. Sommairement, la loi française du 22 décembre 2018 relative à la manipulation de l'information a ouvert la possibilité, en période électorale, de saisir le juge des référés pour qu'il se prononce en quarante-huit heures sur le re-

trait de contenus « allégations ou imputations inexactes ou trompeuses d'un fait de nature à altérer la sincérité du scrutin à venir sont diffusées de manière délibérée, artificielle ou automatisée et massive ». A côté de quoi, les plateformes doivent rendre des comptes sur les mesures adoptées pour endiguer la propagation des fausses nouvelles ou encore fournir une information transparente sur les rémunérations « reçues en contrepartie de la promotion de [...] contenus d'information [se rattachant à un débat d'intérêt général] ».

Un autre cas concerne le traitement des propos haineux. L'initiative nous vient d'Allemagne. Depuis 2018, la loi dite *NetzDG* impose notamment aux réseaux sociaux de retirer en vingt-quatre heures les contenus dont le caractère haineux est manifeste, renvoyant de fait à la plateforme d'apprécier ce qu'il en est. La loi prévoit une sanction jusqu'à 50 millions d'euros en cas de non-respect de cette obligation par la plateforme. Aux dernières nouvelles, le gouvernement allemand souhaitait renforcer plus encore son dispositif.

Il est difficile de dire à l'heure actuelle ce que sera le régime de la régulation des contenus haineux en France¹⁹. La proposition de loi de lutte contre la haine sur internet déposée par Laetitia Avia en mars 2019 a fait naître des réactions vives. En l'état du texte et à gros traits, il impose une obligation de retrait en 24 heures des contenus illicites à de très nombreux titres. Dans la loi votée par l'Assemblée en deuxième lecture, un délai d'une heure a aussi été institué pour les contenus notifiés par les autorités comme de nature terroriste à n'importe quelle plateforme. Le montant des sanctions pourrait atteindre les 4% du chiffre d'affaires. Une mesure de blocage visant les contenus miroirs est aussi prévue.

Parmi les critiques les plus retentissantes figurent celles de la Commission européenne consignées dans un avis du 22 novembre 2019. Selon la Commission, les mesures restreignent de manière disproportionnée la libre prestation de services ; la portée du but poursuivi, la dignité humaine, sur l'identification des contenus visés reste imprécise ; les mesures proposées ne sont pas ciblées et portent sur un trop large champ de plateformes en ligne ; les conditions de notification ne sont pas assez précises ; il existe un risque de suppression excessive des contenus compte tenu du délai imparti et du montant de la sanction ; il n'y a pas de garantie contre la surveillance généralisée des contenus par les plateformes ; et pour finir la France ne devrait pas faire cavalier seul alors que la Commission pourrait légiférer sur la question dans le cadre du *Digital Services Act* attendu pour 2020. Étant précisé que si l'actuelle Commission a annoncé vouloir agir, aucun plan précis n'a été publié jusqu'à présent.

Plus généralement et quand bien même nous entendons

17. Sur la « cour suprême » de Facebook, v. en dernier lieu Le Monde et AFP, « Bientôt une « cour suprême » de Facebook, pour statuer sur les publications supprimées », *Lemonde.fr*, 25 janvier 2020 et B. Harris, *Preparing the Way Forward for Facebook's Oversight Board*, *about.fb.com*, 28 janvier 2020 pour toutes les informations relatives à son fonctionnement.

18. Sur la puissance et les difficultés de la modération avec des logiciels, v., par ex., *Ex Machina: Personal Attacks Seen at Scale*, E. Wulczyn, N. Thain, et L. Dixon, *WWW '17: Proceedings of the 26th International Conference on World Wide Web*.

19. Sur la position de la France, v. la tribune de sept ministres : « Mettre fin à l'impunité sur le Web : sept ministres s'engagent à lutter contre la haine en ligne », *Lemonde.fr*, 18 juin 2019.

pleinement le besoin de protection du public, il est possible de se demander si des initiatives législatives comme celles poussées en France et en Allemagne ne prennent pas le problème par le mauvais bout.

Paradoxalement, en haussant le montant des sanctions et en renforçant les mécanismes de répression dont les réseaux sociaux pourraient faire l'objet, les gouvernements risquent d'accentuer le pouvoir de ces plateformes. Si aucun contrôle n'est exercé sur les modalités de propagation et de retrait des contenus en dehors de la question de savoir si un contenu est demeuré une ou vingt-quatre heures sur la plateforme, alors l'État restera aveugle aux choix opérés par la plateforme, tant dans sa façon de mettre en avant certains contenus que dans sa politique de retrait. D'autant que les petites plateformes qui n'ont pas les moyens de mettre en œuvre un dispositif de suppression des contenus compatible avec la loi sont condamnées à dépendre complètement des grandes plateformes pour la modération, limiter considérablement la parole des internautes, ou à être sanctionnées.

Pour souligner les difficultés rencontrées, mention doit être faite du cas où, un contenu notifié par le juge et retiré, réapparaît ailleurs, sous la même forme ou une forme légèrement altérée. Ce problème a trouvé une première réponse dans un arrêt du 3 octobre 2019 de la Cour de justice de l'Union européenne (aff. C-18/18) dans un cas de diffamation sur *Facebook*. Il ressort de cet arrêt qu'une juridiction est en droit d'enjoindre à un réseau social comme *Facebook* de retirer des informations identiques à celles déjà retirées mais aussi des informations jugées « équivalentes ». Un contenu est qualifié d'équivalent par la Cour s'il demeure « en substance, inchangé par rapport à celui ayant donné lieu au constat d'illicéité et comportant les éléments spécifiés dans l'injonction et que les différences dans la formulation de ce contenu équivalent par rapport à celle caractérisant l'information déclarée illicite précédemment ne sont pas de nature à contraindre l'hébergeur à procéder à une appréciation autonome de ce contenu ».

La situation du contenu jugé illicite, après une procédure potentiellement longue, réapparaissant quasi instantanément ailleurs était clairement problématique. Néanmoins, cette injonction de retrait pouvant se faire « au niveau mondial, dans le cadre du droit international pertinent », la marge de manœuvre et l'impact de la décision sur les réseaux sociaux s'avèrent potentiellement considérables. Tous les contenus sont-ils tenus d'être confrontés aux contenus retirés pour déterminer s'ils sont équivalents ? Qui peut juger de cette équivalence ?

Aussi, en adoptant des règles particulières, les différents États européens introduisent des divergences légales au préjudice de la cohérence du marché intérieur. Afin d'homogénéiser le tout et avant même la loi NetzDG, l'Union européenne avait adopté en 2016 un code de conduite et en 2018 une série de recommandations à destination des

plateformes²⁰. Ces recommandations définissent certaines modalités de la notification de contenus illicites, dans quelle mesure les hébergeurs peuvent prendre des mesures proactives ou user de modes de détection automatisés, quelles sont les voies de recours ouvertes aux éditeurs de contenus, comment traiter le cas particulier des contenus terroristes, etc. Mais l'ensemble reste très général et peu contraignant : les États membres doivent seulement en tenir dûment compte.

En confiant à une autorité administrative le soin d'apprécier la diligence d'une plateforme dans le retrait de contenus, l'État met enfin à l'écart tout le reste des institutions, à commencer par la justice et la société, de l'appréciation des propos qui peuvent être tenus dans un espace public. *In fine*, l'administration se trouve dans un rôle de contrôle direct des contenus par la sanction de l'absence de retrait et nos démocraties promeuvent ainsi (s'il était nécessaire) un modèle qui ne peut que satisfaire des pays bien moins démocratiques.

Les phénomènes auxquels nous faisons face sont étonnamment complexes. Ils jouent sur notre psychologie, nos dynamiques individuelles et collectives dans les réseaux sociaux numériques mais aussi dans la vie réelle. Nous devons ouvrir au maximum la régulation des réseaux sociaux sur la société elle-même. La supervision des réseaux sociaux peut nous ouvrir vers cette alternative, non pas tant en ce qu'elle donnera des missions particulières à une autorité administrative mais en ce qu'elle permettra à la société de s'emparer du problème pour apporter des solutions humaines et réelles.

La 3e voie : la régulation supervision agile

Lors de son discours à l'*Internet Governance Forum* en novembre 2018 où il annonçait la nécessité de s'inscrire dans une troisième voie, Emmanuel Macron annonçait aussi un partenariat entre l'État français et *Facebook* dont la vocation était précisément d'alimenter la réflexion sur cette troisième voie.

Pendant six mois, dix membres de l'administration française et trois rapporteurs ont eu accès aux locaux et au personnel de *Facebook* pour observer, échanger et questionner les modalités de modération des contenus haineux par le réseau social. Au sein de cette mission, se sont côtoyés des juges, des experts de l'informatique, des télécoms, de la régulation, des représentants des forces de l'ordre en charge de la cybercriminalité ou encore des personnes chargées de la lutte contre le racisme et les discriminations.

La question qui leur était posée était la régulation des messages de haine sur *Facebook*, en France. Le but étant de considérer des solutions qui puissent s'étendre (i) à d'autres plateformes, (ii) à d'autres nature de contenus

20. Le code de conduite de la Commission européenne de mai 2016 relatif aux discours haineux illégaux en ligne est disponible sur le site ec.europa.eu. V. aussi la recommandation de la Commission du 1er mars 2018 sur les mesures destinées à lutter, de manière efficace, contre les contenus illicites en ligne, C(2018) 1177 final.

comme les fausses nouvelles, et (iii) à un cadre européen.

Au cours de cette mission, *Facebook* a ainsi permis à des observateurs de l'État français d'étudier le fonctionnement de sa modération, et notamment, de visiter certains de ses centres de modération en Europe. Du fait de la limitation dans le temps, au cours des trois mois d'observation *in situ*, les membres du groupe n'ont pas eu accès au code informatique du réseau social. Ils ont eu par contre l'occasion de se faire exposer les grandes orientations de ce code. S'ils ont pu s'entretenir avec des ingénieurs et des modérateurs de la plateforme, cela s'est fait en présence de responsables de l'entreprise. Si les discussions étaient directes et si les sujets controversés n'étaient pas évités, les membres du groupe ont été exposés à la réalité que voulait leur présenter *Facebook* qui n'est bien sûr qu'une part de la réalité.

De cette mission, il est sorti un rapport faisant état de plusieurs éléments de constats et des propositions²¹.

Le rapport indique tout d'abord que l'entreprise *Facebook* est soucieuse de s'attaquer sérieusement aux problèmes rencontrés par les réseaux sociaux, et qu'elle investit dans cette direction des moyens humains et techniques importants. Cela est bien sûr à contraster avec les efforts plus réduits d'autres plateformes qui n'ont ni les moyens, ni peut-être l'envie de confronter ces vrais problèmes. Le rapport constate également que, même avec de la bonne volonté et des moyens, le réseau social est à la peine pour résoudre les problèmes posés à la société par ses services.

Un constat crucial est que les réseaux sociaux jouent un rôle d'« éditorialisation de fait ». En structurant les contenus publiés par leurs utilisateurs, en choisissant lesquels « pousser », ils sortent de la position de simple hébergeur d'information. Des algorithmes définis par les concepteurs du réseau social accélèrent la propagation de certains contenus les mettent en avant et les rendent visibles à un nombre massif de personnes²². L'exposition du public à des contenus problématiques trouve son origine dans ces choix. La non-exposition (une moindre exposition) doit donc également résulter de choix éditoriaux du réseau social. Ce constat est le point de départ de toute démarche de régulation des réseaux sociaux se voulant efficace.

En conséquence de quoi, les auteurs du rapport proposent que le réseau social « internalise » les objectifs qui lui sont assignés par les pouvoirs publics dans la lutte contre, par exemple, les contenus haineux. L'angle

adopté est en rupture avec celui adopté par le législateur jusque-là. Il s'agirait non pas de décider ce qui serait supprimé mais de superviser les moyens mis en œuvre pour s'assurer que les réseaux sociaux mettent bien en place les moyens nécessaires à la non-propagation des contenus haineux selon des critères qui ne seraient pas purement internes au réseau social.

Ces objectifs et critères dépendent par nature des cultures, langues et sujets de société touchant chaque État et doivent tenir dument compte de la diversité des États et peuples européens. La mise en œuvre de la régulation ne peut donc se faire efficacement qu'à un niveau national. Pour cela, le rapport prône de substituer la logique du pays de « destination » (le pays de résidence de la victime) à celle du pays d'« installation » de la plateforme (souvent l'Irlande). Cela dit, selon ce modèle, les régulateurs doivent se coordonner à travers un régulateur européen qui aura un poids suffisant pour dialoguer en position de force avec les grands réseaux sociaux, et pourra définir les règles du jeu et éviter des excès de régulateurs nationaux sous la pression d'événements nationaux.

La régulation est ensuite bâtie autour de la responsabilisation des réseaux sociaux qui sont tenus à un « devoir de diligence » vis-à-vis de leurs utilisateurs : par ce biais « les réseaux sociaux s'engageraient à assumer une responsabilité vis-à-vis de leurs utilisateurs concernant des abus d'autres membres et des tentatives de manipulation de la plateforme par des tiers ».

Un aspect important du rapport est que toutes les plateformes ne sont pas soumises au même régime. Seules les plus importantes, les « plateformes systémiques » sont soumises à une telle régulation *ex ante*, pour éviter que la régulation ne limite l'émergence de nouvelles entreprises innovantes. Comme proposé par le rapport, il pourrait être imaginé que soient considérées comme telles les plateformes dont le nombre d'utilisateurs atteint les 10-20% de la population d'un État membre.

Les plateformes de tailles moyennes ne sont pas *a priori* concernées. Si l'une d'entre elles se révélait poser des problèmes particuliers, avoir des effets particulièrement négatifs, elle pourrait être promue dans la cour des grands et tomber sous le coup du régulateur. Il faut insister sur le fait que les petites plateformes et les plateformes de taille moyenne non soumises à un tel régime ne sont pas exonérées de toute modération : elles restent évidemment tenues d'appliquer les lois.

Au niveau national, le régulateur doit quant à lui disposer des moyens d'évaluer les résultats des moyens mis en œuvre par les réseaux sociaux qu'il régule. Pour cela, les réseaux sociaux sont soumis à une très grande transparence. Cette transparence est un élément essentiel car elle seule permet une évaluation sérieuse et significative du travail de modération. A ce titre, les plateformes doivent par exemple fournir des informations sur leurs modalités de modération, leurs statistiques liées à la modération dont

21. Le rapport de la mission « Régulation des réseaux sociaux - Expérimentation Facebook » publié en mai 2019 est disponible sur numerique.gouv.fr

22. Pour une approche similaire consistant à considérer que le problème principal réside dans l'organisation du contenu en ligne, v. H. Murphy et M. Murgia, "Can Facebook really rely on artificial intelligence to spot abuse?", *Ft.com*, 8 novembre 2019 et notamment la conclusion laissée à Mme Sasha Havlicek de l'Institute for Strategic Dialogue : « If you don't address the underlying tech architecture that amplifies extremism through the algorithmic design, then there is no way to outcompete this ».

les faux positifs et faux négatifs - contenus injustement retirés ou autorisés à tort. La transparence concerne aussi les fonctions d'ordonnement des contenus : quels sont les contenus qui sont poussés, pourquoi, avec ou sans rémunération ?

Les plateformes doivent aussi faciliter les signalements des contenus problématiques. Les internautes impliqués par ces contenus, qu'ils les aient publiés ou signalés, sont notifiés des résultats des procédures, et ont le moyen de faire appel des décisions.

En somme, le régulateur national « agile » s'intéresse aux dynamiques globales sans se focaliser sur les cas particuliers qui en creux demeurent traités par voie judiciaire. Le focus est déplacé d'une obligation de résultat à une obligation de moyens, même si, en dernier ressort, l'obligation de résultat persiste dans le cadre de la loi. Pour assurer le respect des objectifs publics fixés aux réseaux sociaux, le régulateur peut leur infliger des amendes lourdes s'ils ne mettent pas en place les obligations de moyen qui leur sont imposées.

Le défi le plus sérieux auquel toute modération est confrontée est son acceptation par la société : qu'elle n'en fasse pas assez, elle est suppôt de Satan, qu'elle en fasse trop, elle est censure. C'est l'écueil sur lequel se sont échouées, à notre avis, l'autorégulation et la modération directe de l'État. Une régulation supervision qui consisterait en un tête-à-tête entre l'État et le réseau social ne serait pas à l'abri d'un rejet de la société. Le rapport propose que les réseaux sociaux entrent dans un dialogue politique informé avec toutes les parties prenantes : le régulateur bien sûr, mais aussi le gouvernement et ses services, le législateur, la justice et la société civile (en particulier les associations et les laboratoires de recherche). Tous participent à la définition des objectifs, à l'évaluation, au suivi des recours, à la construction de bases de données d'apprentissage.

Le régulateur national en charge de la supervision des réseaux sociaux a pour mission d'assurer cette ouverture sur l'extérieur, d'organiser les débats autour de la définition des objectifs, et de manière générale d'impliquer l'ensemble de la société dans le processus de supervision. Il joue un rôle central dans la mise en partage des informations qui décrivent les services des réseaux sociaux, notamment de celles qui expliquent leurs choix algorithmiques. Enfin, à partir des objectifs fixés par le pouvoir politique, le régulateur est chargé de la résolution de problèmes généraux comme particuliers, et du règlement diligent des différends.

Tout l'édifice repose sur un équilibre délicat. Les juges sont les seuls à pouvoir décider de la légalité ou pas d'un contenu. Le régulateur supervise le fonctionnement des plateformes systémiques. Le système tire son efficacité de la complémentarité de leurs rôles.

Conclusion : La supervision, porte ouverte vers la société

La société a pris conscience des problèmes posés par les réseaux sociaux. Cela a conduit les réseaux sociaux à agir pour essayer de « se pacifier », mais en restant dans le cadre de la 1ère voie. Ces problèmes ont aussi pris place dans les agendas politiques. Des mesures tenant de la 2ème voie, comme la loi *NetzDG*, ont contribué à faire réaliser aux plateformes systémiques que leur business ne pouvait se perpétuer sans changements profonds.

L'appétence des internautes pour ces réseaux montre bien qu'ils méritent d'être sauvegardés. Dans cet article, nous avons insisté sur la régulation supervision comme moyen d'adresser le problème sans nuire aux apports essentiels des réseaux sociaux pour la société, pour permettre à chacun de s'exprimer, de s'informer, d'échanger avec les autres, en bref la 3ème voie. Mais, ce n'est qu'une facette de la question.

L'éducation. Il nous faut aussi apprendre à utiliser les réseaux sociaux, à bien nous y comporter, à apprendre à respecter l'autre. Cela place l'éducation au cœur du dispositif. Aujourd'hui, l'article L. 312-15 du Code de l'éducation dispose par exemple que « l'enseignement moral et civique vise notamment à amener les élèves à devenir des citoyens responsables et libres, à se forger un sens critique et à adopter un comportement réfléchi, y compris dans leur usage de l'internet et des services de communication au public en ligne ».

Le regard critique peut être développé, par exemple, à travers un encouragement à l'édition et la modération de contenus en ligne de manière communautaire, comme sur *Wikipédia* par exemple. Les réseaux sociaux sont les fruits de révolutions scientifiques et techniques. Un tel enseignement doit donc aussi tenir compte de cette dimension. En particulier, une éducation à l'informatique est indispensable pour comprendre le fonctionnement de ces réseaux. Si nous voulons être maîtres de notre environnement, nous devons comprendre de quoi il est fait. Cette éducation à la pensée critique et à la pensée algorithmique à l'heure des réseaux sociaux ne peut se limiter à un public jeune. Elle doit concerner l'ensemble des tranches d'âge. Nous sommes tous concernés !

Les données et les algorithmes. Les algorithmes de détection de contenus à écarter s'appuient sur des corpus de données annotées. Avec ces données, l'algorithme « apprend » à séparer le bon grain de l'ivraie. Ces corpus participent à définir ce qui relève de l'information ou de la désinformation, d'un message de haine ou juste un peu caustique, etc. Ils doivent donc être mis au service de la société au-delà des seules grandes plateformes qui ont les moyens de les construire. Les petites entreprises doivent y avoir accès, au risque sinon du renforcement des oligopoles. Cela milite pour que ces corpus soient considérés un bien commun, des « données d'intérêt général ». Évidemment, le partage de données doit être réalisé dans

le respect de la protection de la vie privée et du secret des affaires, éventuellement après anonymisation et/ou consolidation.

Le monde de la recherche et la société civile ont toute leur place dans la constitution de ces corpus qui doivent être réalisés dans un dialogue permanent entre toutes les parties concernées. Au-delà de la question des données, les chercheurs doivent être encouragés à explorer de nouvelles pistes pour détecter algorithmiquement les contenus nocifs. Par exemple, des travaux sur le cyberharcèlement ont montré que ces situations pouvaient être décelées parfois plus efficacement en observant les graphes propres aux attaques (des grappes allant vers une personne) qu'en se fondant sur l'analyse des propos proférés²³.

L'engagement citoyen. Des extrémismes violents de toutes natures ont investi les réseaux sociaux. Des organisations ont choisi de les combattre sur ce même terrain. C'est le travail réalisé par *Moonshot CVE* qui, à partir des données issues des réseaux sociaux, parvient à établir une analyse démographique et géographique de ces publics²⁴. En identifiant que dans telle région, tel public est plus à même de proférer des propos haineux en ligne, l'action sociale devient plus aisée. Aux États-Unis, avec l'*Anti-Defamation League* et *GenNext Foundation*, *Moonshot CVE* a amorcé un programme appelé *Redirect method*²⁵, pour lutter contre la propagande de l'État islamique et des *White supremacists*.

Les personnes faisant des recherches spécifiques dénotant une de ces deux tendances sont réorientées à partir de *Google Ads* ou de vidéos *Youtube* vers des organisations et des contenus permettant de déconstruire le discours de propagande.

Car, comme le remarquent les associations, une fois le contenu retiré, la personne vulnérable qui cherchera un tel contenu sera toujours laissée dans sa situation. La mettre en rapport avec certaines personnes ou contenus peut l'amener à se transformer.

Dans de telles approches, l'engagement dépasse le seul réseau social pour impliquer des organisations tierces. Les étapes et savoirs requis sont bien trop nombreux pour être internalisés par un réseau social. Ces tâches doivent être prises en charge par des organisations spécialisées, des acteurs de terrain comme *Life After Hate*, une organisation d'anciens semeurs de haine au service de la lutte contre la haine²⁶.

Le régulateur réseau social. La supervision s'appuie sur la transparence, et donc sur la compréhension du fonctionnement des réseaux sociaux. Cela rend possible une participation forte de l'ensemble de la société qui peut alors influencer l'acteur économique ouvrant la porte à une « régulation par la société » (Paula Forteza)²⁷. La supervision devient non seulement le fait d'une autorité, mais de l'ensemble de la société, laquelle peut se mettre en action pour déployer les remèdes les plus appropriés. Un rôle du régulateur est bien de mobiliser et responsabiliser l'ensemble de la société. Pour ce faire, le régulateur doit être lieu de dialogues entre les services du gouvernement et ses services, la justice, les chercheurs de toutes disciplines, les associations et les internautes.

Pour transformer les réseaux sociaux, le régulateur doit s'adapter à son objet et s'appuyer sur les ressorts des réseaux sociaux pour enfin se faire lui-même réseau social.

23. Sur l'utilisation des données numériques, v. S. Abiteboul et V. Peugeot, *Terra Data, Qu'allons-nous faire des données numériques ?*, Le Pommier, 2017.

24. Le site *Moonshotcve.com* présente les travaux de l'organisation sur la lutte contre la violence en ligne dont l'ensemble du travail de cartographie des discours extrémistes.

25. Les informations relatives à la *redirect method* sont disponibles notamment sur le site *redirectmethod.org* et sur le site de l'ADL.

26. A l'instar de *Life After Hate*, d'autres organisations s'appuient sur une mise en relation avec d'anciens « extrémistes violents », notamment pour définir les réponses les plus adaptés aux discours extrêmes en ligne. A ce titre, voir le programme *Against Violent Extremism* de l'*Institute for Strategic Dialogue*.

27. Sur la régulation par la société, v. C. Legros, P. Forteza : « Les citoyens doivent participer à la régulation des plates-formes numériques », *Lemond.fr*, 19 nov. 2018.



Thomas Baudesson • Avocat associé,
Clifford Chance

Charles-Henri Boeringer • Avocat associé,
Clifford Chance

Entretien : les enseignements de l'affaire Airbus

En janvier dernier, l'avionneur Airbus s'engageait par accord à payer un total de 3,6 milliards d'euros pour mettre fin à des enquêtes pour corruption en France, aux États-Unis et au Royaume-Uni. Historique par les montants en jeu mais aussi, et surtout, par la collaboration dont les différentes autorités de poursuite ont fait preuve, l'affaire marque un tournant dans la coopération internationale dans la lutte contre la corruption. Thomas Baudesson et Charles-Henri Boeringer, avocats du Groupe Airbus, nous livrent leurs premières conclusions.

Qu'est ce qui a été à l'origine de cette affaire hors du commun, ayant donné lieu à cette quadruple résolution avec les autorités françaises (Parquet National Financier), britanniques (*Serious Fraud Office*) et américaines (*Department of Justice et Department of State*) au mois de janvier dernier ?

En présence de certains éléments de questionnement, Airbus a décidé, à la fin de l'année 2014, de geler les paiements dus à des intermédiaires (appelés *business partners*), jugeant prudent de procéder à des vérifications complémentaires et, le cas échéant de mettre un terme à certains contrats. C'est à l'occasion de ces *due diligence* qu'un certain nombre d'irrégularités ont été identifiées, notamment dans le cadre de certains dossiers de financement de vente d'avions réalisées avec le concours d'agences de crédit-export et plus particulièrement à l'époque, l'agence de crédit-export britannique *UK Export Finance* (UKEF).

Airbus s'est en effet aperçu que certaines déclarations faites à l'agence britannique en rapport avec l'usage d'intermédiaires dans les ventes d'avions concernées par ces demandes de financement n'étaient pas conformes à la réalité. Partant de ce constat et, conformément à son obligation de sincérité dans le cadre de ses relations avec les agences de crédit-export, l'entreprise a pris l'initiative d'une révélation spontanée auprès de l'agence UKEF puis du *Serious Fraud Office* (SFO) en avril 2016.

Parallèlement, et dans une perspective de transparence et de coopération totale avec les autorités judiciaires, Airbus a mis en œuvre une enquête interne approfondie en lien avec l'usage de *business partners*.

Qu'est ce qui a conduit au choix des autorités britanniques puis à l'implication des autorités françaises ?

La problématique initiale étant liée aux déclarations erronées faites auprès de UKEF, l'agence britannique, il est apparu évident de s'adresser à elle en premier lieu. Le risque juridique étant perçu, à ce stade, comme un risque de droit anglais, le SFO s'est imposé comme l'interlocuteur naturel au moment où il s'est agi de mentionner les faits auprès d'une autorité de poursuite. Le SFO, informé par Airbus le 1er avril 2016, n'a ouvert son enquête qu'au mois d'août suivant.

Il faut aussi se rappeler qu'à l'époque, le Parquet National Financier (PNF) était une institution très jeune et que la France ne disposait pas d'un instrument équivalent au *deferred prosecution agreement* (DPA) comme elle allait s'en doter presque un an plus tard avec la loi Sapin 2 et l'introduction en droit français de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Se présenter devant le PNF signifiait donc, à l'époque, s'engager dans une enquête sans certitude ni lisibilité sur le bénéfice que l'entreprise pourrait retirer d'une démarche d'auto-dénonciation et de coopération.

Quelques semaines avant le SFO, le PNF a ouvert sa propre enquête, informé des faits par l'agence de crédit-export française sur le fondement de l'article 40 du Code de procédure pénale. Il est intéressant de constater que le SFO a dû rendre publique l'ouverture de son enquête par un communiqué, alors que le PNF, qui n'a pas cette obligation, l'a maintenue confidentielle plusieurs mois avant d'en informer Airbus le 15 mars 2017. Le public, mais également Airbus, était ainsi informé de l'existence d'une enquête au Royaume-Uni mais pas de l'existence d'une enquête parallèle en France.

Airbus avait proposé au SFO une coopération pleine et entière ainsi que la conduite d'une enquête interne dont elle partagerait les résultats en toute transparence. Airbus ne renonçait toutefois pas au bénéfice du *legal privilege* et des droits dont elle pouvait bénéficier dans le cadre d'une enquête pénale. Lorsque le PNF s'est ensuite manifesté auprès d'Airbus pour indiquer qu'une équipe d'enquête commune (ECE) avait été constituée avec le SFO, Airbus a naturellement étendu sa coopération aux procureurs français. Une méthodologie d'enquête a été proposée aux autorités et acceptée par elles. Pour la première fois, le PNF expérimentait une forme d'enquête dont la méthodologie était convenue avec la partie poursuivie, coordonnant ainsi les investigations internes d'Airbus avec celles de l'ECE.

C'était, certes, une première, mais le PNF a rapidement joué un rôle clé dans la résolution de l'affaire. Il a su montrer particulièrement pragmatique et a su appréhender la dimension internationale du dossier, les conflits de norme et les pratiques d'enquête différentes des régulateurs. La gestion de la loi de blocage et de l'article 694-4 du Code de procédure pénale a pu être une source de tension entre autorités mais l'ensemble des parties ont su trouver des solutions pragmatiques autant que rigoureuses juridiquement. Les autorités ont également su concilier secret professionnel et *legal privilege* permettant ainsi à Airbus de cantonner le risque de *waiver*, notamment aux États-Unis.

L'AFA s'est manifestée pour sa part quelques mois plus tard pour effectuer l'un de ses tous premiers contrôles au sein de la société Airbus, ce qui aurait pu sérieusement compliquer les choses dans un contexte où Airbus faisait précisément l'objet d'une enquête sur des faits de corruption. En définitive AFA et PNF ont convenu ensemble d'un mode opératoire et les choses se sont finalement bien déroulées : la CJIP révèle ainsi que l'entreprise a travaillé à la conception d'un programme « digne des standards les plus élevés en la matière » et désormais qualifié d'« abouti » par l'AFA¹. Le monitorat prévu dans la CJIP est d'ailleurs avant tout destiné à vérifier l'effectivité du programme mis en place plus que de s'assurer d'une mise en conformité qui existe déjà.

De quelle manière les autorités américaines sont entrées en jeu ?

Les autorités américaines sont intervenues dans l'enquête à la suite de révélations volontaires faites dans un deuxième temps par Airbus auprès du *Department of State* (DoS) quant à de possibles manquements au titre de la réglementation américaine ITAR (*International Traffic Arms Regulation*). Suite à l'information donnée au DoS, le *Department of Justice* (DoJ) s'est intéressé aux faits sous l'angle du *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA) et s'est manifesté auprès du SFO et du PNF.

Airbus a pris le parti de coopérer avec le DoJ et le DoS, de la même manière qu'elle le faisait avec le SFO et le PNF. Cela n'a pas eu d'incidence sur le périmètre factuel de l'enquête, lequel n'a pas été élargi par l'arrivée du DoJ. Il appartenait aux autorités de se répartir entre elle les faits sur lesquels elles avaient compétence et légitimité à enquêter.

De nombreuses discussions ont eu lieu entre le DoJ et le PNF pour coordonner leurs enquêtes. Il nous semble qu'il y a pu avoir, au départ, une forme de « période d'observation ». Il était notamment important pour le PNF de conserver la maîtrise de l'enquête dont le centre de gravité était en Europe et singulièrement en France. Le DoJ, quant à lui, souhaitait s'assurer à l'inverse que la circonstance qu'Airbus soit une entreprise européenne n'allait

pas interférer sur l'objectivité et la qualité de l'enquête. Au terme de cette période, le DoJ a concédé que le centre de gravité de l'enquête était en Europe et a accepté de ne jouer qu'un rôle de « *junior partner* ».

Coopérer, était-ce un choix évident ?

Les entreprises comme Airbus ont une exposition globale. Dans l'analyse d'une problématique pénale, elles doivent tenir compte non seulement des risques liés à leurs autorités de poursuites nationales, mais aussi aux autorités des principaux marchés où elles opèrent. Le DoJ, et le SFO dans une moindre mesure, sont donc des acteurs incontournables dans l'analyse des options stratégiques.

Ces autorités attendent des entreprises comme Airbus une coopération active et sincère, comme préalable à toute solution négociée. La coopération est aussi un des principaux leviers de négociation concernant le montant de l'amende. Au-delà, les risques liés à une condamnation par un tribunal – en cas d'absence de coopération – sont essentiels dans l'analyse, en particulier le risque d'une exclusion des marchés publics. Par ailleurs, lorsqu'une entreprise prend la décision de coopérer, elle envoie un signal extrêmement fort au marché comme en interne. Elle prend acte d'une situation potentiellement délictueuse et se dit prête à en assumer les conséquences, non seulement financières mais aussi organisationnelles.

Il faut aussi comprendre que coopérer constitue un choix sans retour : quand on rentre dans un processus de coopération, qu'on a partagé un large volume d'informations avec les autorités de poursuite, il est difficile – impossible dans certains cas – de reprendre ces informations et d'aller au procès. Toutefois, le choix de la coopération n'empêche pas une large part de négociation sur différents terrains : le périmètre factuel de l'enquête, la compétence territoriale, la qualification juridique, le respect du *legal privilege* et du secret professionnel, la base de calcul de l'amende, le contenu et la longueur du monitorat éventuel, etc.

Rappelons enfin que la coopération et les révélations spontanées sont récompensées par les autorités. On le voit clairement dans la CJIP où il est signalé que « le niveau exemplaire de coopération offert par la société aux investigations de l'ECE », « la conduite d'une enquête interne approfondie et coordonnée avec le déroulement de l'enquête judiciaire » et « la mise en œuvre, dès les premiers temps de l'enquête, de mesures de conformité correctives destinées à prévenir le renouvellement des faits » ont été relevés comme autant de facteurs minorants justifiant l'application d'« un taux de 50% de réduction de la pénalité complémentaire »². Les *Guidelines* du SFO prévoient elles un montant maximum de 33% au titre de la coopération avec un supplément parfois accordé comme dans l'affaire *Rolls Royce* pour un total de 50%, total perçu

1. Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue entre le procureur de la République près le tribunal judiciaire de Paris et la société Airbus SE le 20 janvier 2020.

2. *Ibid.*

comme extraordinaire à l'époque. En septembre 2019, David Green, ancien *General Counsel* du SFO recommandait même de monter à 75% le crédit maximum de coopération³. En France, on peut se demander si 50% est suffisant tant la démarche d'autodénonciation paraît encore peu intuitive dans la culture française.

Dans le cadre de la coopération, l'avocat remplit pleinement son rôle et n'est pas, comme certains l'ont craint, un auxiliaire des autorités de poursuite. Les fondamentaux ne changent pas : l'avocat conseille et défend l'intérêt de son client. Il sert l'option stratégique choisie par son client. Seule la méthode de travail change car l'avocat doit accompagner l'enquête dont l'entreprise est le principal acteur. Il est aussi en charge de l'ensemble des négociations avec les autorités de poursuite, pour faire prévaloir la position de son client.

Comme l'a rappelé le PNF à l'audience de validation, chacun reste strictement dans son rôle, ce qui est une condition indispensable du succès de la CJIP.

Un changement de culture pour Airbus ?

Lorsqu'une entreprise accepte de rentrer dans la voie de la coopération c'est qu'elle est prête à se transformer sur le terrain de la *compliance*. Airbus, à partir du moment où elle a décidé de discuter avec les autorités, s'est engagée parallèlement dans une pleine refonte de son programme de conformité. Durant les trois ans qu'a duré l'enquête, Airbus s'est métamorphosé d'un point de vue conformité, en affectant aussi l'organisation dans son ensemble, y compris sa gouvernance. Cela est pleinement reconnu par la CJIP, qui s'est fondée sur une analyse de l'AFA.

Des approches désormais convergentes entre les autorités ?

Le PNF est une institution récente qui développe sa propre doctrine. Des différences notables restent à relever entre les approches française, anglaise et américaine qu'on explique en partie par une diversité culturelle.

Lorsque l'on compare les approches anglaise et française, on est surpris car le formalisme est classiquement perçu comme l'un des traits du droit romano-germanique. La réalité de terrain était inverse ici. Le formalisme est plus fort du côté du SFO. Cela s'explique notamment par le fait que l'introduction du *DPA* en 2014 s'est heurtée à une grande opposition du public, qui conserve une forme de suspicion vis-à-vis d'une justice pénale négociée, pouvant être réservée aux riches et puissants.

Cette résistance s'est traduite par l'introduction d'un contrôle judiciaire approfondi sur le *DPA*. En particulier, le test du *public interest* est très rigoureux et le SFO, tout comme la défense, doivent s'assurer que l'ensemble du processus, tel qu'il a été mené dans le cadre du dossier particulier, présente plus d'intérêt pour le public que

la voie du procès. Et le risque d'une remise en cause *a posteriori* du *DPA* par une procédure de *Judicial Review* constitue une incitation forte à ne pas s'écarter des règles contraignantes du *DPA Code of Practice*.

Un scepticisme comparable s'est ressenti en France au moment des débats parlementaires entourant l'adoption de la CJIP dans le cadre de la loi Sapin 2, qui avait d'ailleurs été rejetée une première fois sur ce point par le Conseil d'Etat. Beaucoup de praticiens y étaient opposés mais les premières CJIP ont fait taire une partie des critiques. Pour autant, la France a fait le choix d'un contrôle judiciaire léger, ce qui donne beaucoup plus de souplesse au processus.

L'approche américaine est, quant à elle, très informelle reposant sur un très fort niveau de confiance entre autorités et avocats.

Une autre différence tient aux exigences des autorités quant à la caractérisation de l'infraction. Les droits nationaux ne sont pas alignés en la matière. En France, pour caractériser une infraction il va falloir démontrer l'existence d'un paiement corruptif ; c'est ce qui va d'abord intéresser les juges français. Les anglais et les américains n'ont pas besoin d'un tel standard de preuve.

Les anglais ont introduit une nouvelle infraction de « *failure to prevent bribery* » qui ne nécessite pas, pour être caractérisée, de démontrer à proprement parler un fait de corruption, mais simplement qu'il existe des éléments de suspicion très forts et que la société ne disposait pas de processus internes de nature à suffisamment les prévenir. Les américains ont un standard encore plus bas grâce à la notion de « *willfull blindness* » qui permet, schématiquement, de sanctionner l'absence de vigilance.

Le PNF a néanmoins assoupli l'approche judiciaire classique en se fondant sur de forts éléments de suspicion, quand bien même la preuve directe d'un paiement corruptif faisait défaut.

Comment était opérée la protection des informations stratégiques de l'entreprise ?

Dans cette affaire, le PNF et les autorités françaises ont très tôt fait savoir qu'elles entendaient voir respecter la loi de blocage française. De ce point de vue, deux situations doivent être distinguées.

La relation franco-britannique était encadrée par un accord d'entraide couvrant l'ensemble de l'enquête. Dans ce cadre, l'article 1 ou Ibis de la loi de blocage n'était plus applicable. Néanmoins, restait applicable l'article 694-4 du Code de procédure pénale relatif à la protection de l'ordre public ou des intérêts essentiels de la nation⁴.

4. art. 694-4 du Code de procédure pénale : « Si l'exécution d'une demande d'entraide émanant d'une autorité judiciaire étrangère est de nature à porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation, le procureur de la République saisi de cette demande ou avisé de cette demande en application du troisième alinéa de l'article 694-1 la transmet au procureur général qui détermine, s'il y a lieu, d'en saisir le ministre de la justice et donne, le cas

3. "Ex-SFO Chief Calls For Bigger Discounts On DPA Fines", *Law360, Londres*, 3 septembre 2019.

Dans cadre, l'ensemble des communications au SFO transitaient par le PNF, qui conservait un contrôle sur ces communications.

Concernant les rapports avec le DoJ, le PNF a exigé une demande d'entraide en bonne et due forme pour toute communication de documents faite auprès d'Airbus. C'est assez inhabituel car les américains s'attendent à des communications directes et informelles dans le cadre de la coopération attendue des entreprises. Le DoJ a toutefois accepté d'utiliser la voie des traités d'entraide.

Il est intéressant de souligner que le PNF n'est qu'une autorité de poursuite et non pas une autorité centrale contrairement au DoJ qui est à la fois une autorité de poursuite et autorité centrale. Il en résulte que le DoJ va adresser sa demande non pas au PNF mais directement au ministère de la Justice français et particulièrement au Bureau d'entraide pénale internationale (BEPI). C'est le BEPI qui va répondre à la demande d'entraide. Il y a une relation triangulaire qui nécessite un contrôle au niveau de la chancellerie sur ce qui est communiqué.

C'est un système qui pourrait peut-être à terme être réformé pour laisser au PNF la gestion des demandes d'entraide. Le fait d'avoir un intermédiaire – le BEPI – qui n'est pas au courant des détails du dossier – soumis au secret de l'enquête – complique un peu la donne et ralentit l'enquête.

Les autorités françaises renforcées ?

Le PNF a considérablement renforcé sa crédibilité internationale dans le cadre de cette enquête. Il a fait preuve d'un leadership efficace sur un dossier qui avait vocation à maintenir son centre de gravité en Europe et singulièrement en France.

Dans un contexte où les grands groupes internationaux opèrent sur un forum global et sont donc potentiellement soumis à la juridiction concurrente de nombreuses autorités de poursuites, une certaine forme de *forum shopping* existe bel et bien aujourd'hui, surtout s'il peut-être dans l'intérêt de l'entreprise de s'auto-dénoncer.

De ce point de vue, le PNF a eu la clairvoyance d'intégrer dans son approche du dossier des enjeux d'attractivité internationale en faisant preuve d'un grand réalisme et d'un grand pragmatisme, et en tenant compte notamment de règles de confidentialité juridiques étrangères telles que le *legal privilege* pour, le cas échéant, éviter d'exposer l'entreprise à des risques de *waivers* ou, plus dangereux encore, de *subject matter waiver*⁵.

Les grands opérateurs internationaux connaissent bien ces règles et les risques qui y sont associés. En les intégrant dans sa pratique et notamment dans ses lignes directrices, le PNF a su se positionner au plan international comme une autorité de poursuite moderne et attractive.

échéant, avis de cette transmission au juge d'instruction.

S'il est saisi, le ministre de la justice informe l'autorité requérante, le cas échéant, de ce qu'il ne peut être donné suite, totalement ou partiellement, à sa demande. Cette information est notifiée à l'autorité judiciaire concernée et fait obstacle à l'exécution de la demande d'entraide ou au retour des pièces d'exécution ».

5. Pour une analyse sur le sujet voir : T. Baudesson et K. Chaïb, « Le secret professionnel avocat-client à l'épreuve des contrôles de l'Agence française anticorruption », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 5, Octobre 2019, chron. 161.



Gilles Briatta • Secrétaire général du groupe Société Générale, ancien secrétaire général des affaires européennes et conseiller Europe du Premier ministre.

L'entreprise face aux défis de la conformité : l'exemple bancaire*

Parmi les défis majeurs auxquels nos entreprises sont confrontées, la montée des exigences de conformité (ou de *compliance* pour ceux qui préfèrent le terme anglais) figure en bonne place. Rien de bien nouveau pourtant sur le principe : le respect des règles et des normes propres à une activité économique est depuis très longtemps une nécessité pour toute entreprise voulant conserver la confiance de ses clients et respecter le cadre légal et réglementaire qui s'impose à elle.

Ce qui a changé au cours des dernières décennies est le degré toujours plus précis et ambitieux des exigences de conformité fixées par les diverses autorités compétentes, la multiplication des sujets couverts, la possibilité d'une intervention simultanée d'autorités de différentes nationalités pour une même entreprise, et l'aggravation spectaculaire des sanctions encourues en cas de problèmes graves constatés, avec en particulier un recours accru aux sanctions pénales s'ajoutant souvent aux sanctions administratives. Tout ceci a logiquement influencé le développement de la « fonction conformité » au sein des entreprises les plus concernées.

I. Le secteur bancaire est particulièrement concerné par les questions de conformité

Il ne fait aucun doute que les banques figurent parmi les entreprises les plus concernées par la montée des exigences de conformité.

Le métier bancaire est depuis longtemps par nature très régulé. Il l'est encore plus depuis la crise financière de 2008, devenant l'un des secteurs économiques les plus régulés au monde. La fonction de conformité (ou *compliance*) s'est développée naturellement depuis des années dans les banques, succédant directement à la « fonction déontologie ». Dans une banque de taille systémique, les agents de la conformité se comptent désormais par milliers.

* Ce texte ne saurait engager que son auteur et aucune autre personne ou institution.

Le défi de la conformité dans le secteur bancaire présente de nombreuses spécificités.

En premier lieu, l'abondance et la diversité des normes s'appliquant aux activités bancaires sont impressionnantes. Le contrôle de conformité s'applique ainsi à la protection de la clientèle¹, à la lutte contre les abus de marché², à la protection des informations sensibles³, au respect des procédures exigées par la réglementation financière locale pour toutes les opérations, la lutte contre le blanchiment des capitaux et au financement du terrorisme⁴, au respect des mesures nationales et internationales de sanctions et embargos, à la lutte contre la corruption⁵, au respect des règles de concurrence... Et ce n'est qu'une liste incomplète.

A ce titre, il faut noter le pouvoir et la diversité des organes publics chargés de la mise en œuvre de ces normes avec une fréquente intervention conjointe des autorités nationales et étrangères.

A cette complexité vient s'ajouter une normalisation de plus en plus contraignante et détaillée de ce que doit être au sein d'une banque l'organisation de la fonction conformité et du contrôle interne, et une surveillance stricte par les autorités de supervision du respect de ces normes d'organisation.

Ensuite, le montant parfois spectaculaire des sanctions financières infligées aux grandes banques lorsque des cas graves de non-conformité sont constatés : le milliard de dollars ou d'euros n'est plus un cas isolé dans le monde, avec un impact significatif sur le résultat annuel des banques concernées, et le corollaire du risque d'atteinte grave à réputation, qui peut avoir des conséquences sérieuses pour une banque. Pour cette raison, la qualification par la plupart des banques de leur risque de non-conformité comme un risque majeur pour elles est aussi grave par exemple qu'un risque de cyber-attaque massive.

1. Par exemple, le règlement (UE) 1286/2014 du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance dit « PRIIPS » pose de très nombreuses exigences en matière d'information à la clientèle sur les produits d'investissement.
2. En particulier, le règlement (UE) 596/2014 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 sur les abus de marché dit « MAR », dont l'interprétation par les autorités en charge de leur application de certaines dispositions demeure parfois incertaine.
3. De par la nature de leurs activités et des informations qu'elles sont amenées à traiter les banques sont particulièrement concernées par la mise en œuvre du règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, dit « RGPD ».
4. Le Code monétaire et financier prévoit un certain nombre d'obligations de vigilance et de déclaration transposant les exigences des directives européennes successives sur le sujet.
5. A ce titre, l'exposition des banques françaises aux exigences nouvelles de la loi dite « Sapin II » comme à celles plus anciennes de la loi fédérale américaine dite *Foreign Corruption Practices Act* (FCPA) ou anglaise dite *UK Bribery Act* est largement documentée.

Dans ce contexte, l'intervention plus fréquente des autorités pénales dans certains cas de non-conformité, aux États-Unis comme en Europe est notable.

Ces spécificités de la conformité bancaire sont particulièrement claires quand on examine l'exemple du secteur bancaire français.

II. Le cadre réglementaire de la conformité des banques françaises donne de précieux indices sur la spécificité du secteur

En France, le contrôle interne est régi par l'arrêté du 3 novembre 2014 (l'« arrêté ») pour les établissements bancaires soumis au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ci-après « ACPR »)⁶. Les dispositions de cet arrêté – qui actualise sur beaucoup de points des textes plus anciens – méritent que l'on s'y arrête, car elles sont une bonne illustration de la spécificité du défi de la conformité pour une banque.

On est d'abord frappé par la définition large dans ce texte du risque de non-conformité, qui comprend non seulement le risque de sanction judiciaire, administrative ou disciplinaire, mais également le risque d'atteinte à la réputation, élément fondamental pour une banque (on dit souvent que le principal actif d'une banque est sa réputation). Le risque de perte financière significative est aussi cité, ce qui peut en particulier concerner les éventuelles sanctions financières infligées par les autorités nationales ou étrangères dans l'hypothèse de cas graves de non-conformité.

On voit par ailleurs dans ce cadre réglementaire qu'une banque doit non seulement veiller au respect de toutes les dispositions législatives et réglementaires liées à ses activités, et elles sont extrêmement nombreuses dans le métier bancaire, mais aussi au respect des normes professionnelles et déontologiques, ainsi qu'au respect des règles qu'elle s'est elle-même fixées, au-delà de la stricte exigence législative et réglementaire. C'est un élément trop souvent méconnu : une banque française peut être sanctionnée par l'ACPR pour non-respect de ses propres règles.

De manière prévisible, le texte précise aussi que les dispositions législatives ou réglementaires concernées peuvent avoir une origine française ou européenne. La réglementation financière s'imposant aux banques françaises est en effet très largement d'origine européenne, et ceci ne fait que s'amplifier. C'est une caractéristique du défi de la conformité pour les banques européennes : beaucoup de règles ont une origine européenne, mais l'autorité de contrôle reste encore souvent nationale, malgré la création d'un superviseur bancaire unique pour la zone euro. Nous reviendrons plus bas sur cette question fondamentale.

Le cadre réglementaire français fixe également des normes obligatoires pour l'organisation du contrôle de

6. Arrêté du 3 novembre 2014 relatif au contrôle interne des entreprises du secteur de la banque, des services de paiement et des services d'investissements soumis au contrôle de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution.

la conformité dans une banque, avec des prescriptions détaillées sur le système du contrôle interne et sur le rôle et l'organisation de la fonction conformité. Ce point est extrêmement important : une banque peut être sanctionnée même en l'absence de problème concret de conformité lié à ses activités, simplement parce que son organisation de contrôle interne, de conformité ou les moyens alloués à ces fonctions sont jugés insuffisants ou non conformes à la réglementation par l'autorité de contrôle. Il y a donc à la fois une obligation de résultat et une obligation de moyens.

En cela, le cas de la France est conforme à l'évolution internationale du contrôle de la conformité bancaire. Ce contrôle de l'adéquation des moyens de contrôle mis en place (en dehors de tout incident de conformité constaté par ailleurs) s'étend désormais au-delà du seul secteur bancaire, comme le montre en France l'exemple des exigences précises de l'Agence française anticorruption (AFA) en matière d'organisation de la lutte anti-corruption dans les entreprises⁷.

Par ailleurs, le contrôle interne imposé aux banques françaises par l'arrêté ne se limite pas seulement aux opérations de la banque, même si c'est bien sûr là que se situent les principaux risques de conformité. Il doit aussi couvrir l'organisation de l'entreprise, les procédures internes, la qualité de l'information, la conservation et la disponibilité de cette information (point de plus en plus important pour les superviseurs), la qualité des systèmes d'information et de communication, l'exécution dans des délais raisonnables des mesures correctrices décidées, et la conformité des politiques et des pratiques de rémunérations aux règles détaillées qui s'appliquent à ce domaine dans le secteur bancaire. Le domaine de la conformité bancaire est donc véritablement gigantesque.

Le dernier élément à signaler ici est l'importance des dispositions de l'arrêté concernant la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme, risque de non-conformité majeur pour les banques. Toute personne qui se plaint de la « lourdeur » des contrôles bancaires avant l'ouverture d'un compte ou la réalisation d'un virement à l'étranger devrait lire ces pages pour se faire une idée de l'exigence du contrôle réglementaire qui pèse sur les banques dans cette catégorie de risque communément appelée « crime financier ».

3. Les nouveaux défis de la conformité dans les banques françaises

La spécificité du cadre réglementaire étant rappelée, quels sont les nouveaux défis de la conformité dans les banques françaises ?

7. En vertu de l'article 3-2 de la loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, l'AFA « élabore des recommandations destinées à aider les personnes de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme ». Ces avis ne sont toutefois pas contraignants.

D'abord, l'irruption en France du système américain de conformité est particulièrement notable. Le secteur bancaire français est plutôt concentré, il contient plusieurs banques globales et systémiques, dont les activités sont mondiales. La nécessité de respecter les règles de chaque pays hôte est connue de longue date par les établissements concernés.

Les années 2000 ont été marquées par un changement majeur vers une activité croissante des autorités américaines de contrôle dans plusieurs domaines de conformité (respect des embargos américains, lutte contre la manipulation de taux, mais aussi lutte contre la corruption, etc.) à l'égard des banques européennes et en particulier françaises, en utilisant une définition large de la compétence juridique américaine qui était alors largement méconnue en France.

En particulier, le monde bancaire de l'Union européenne a découvert depuis quelques années qu'une banque européenne pouvait être poursuivie par les autorités américaines pour des transactions qui s'étaient déroulées en apparence en-dehors des États-Unis, sans participation de personnes américaines. Transactions qui par ailleurs pouvaient être parfaitement conformes aux règles applicables dans l'Union européenne (cas de certaines mesures américaines de sanctions ou embargos contre des États tiers ne faisant l'objet d'aucune mesure du même type en Europe), mais dont le seul élément de rattachement avec les États-Unis était l'utilisation de dollars américains dans ces transactions, impliquant une compétence américaine pour poursuivre une éventuelle violation des règles américaines en la matière.

Pour les banques françaises, le choc a été parfois rude. Il a fallu faire face à un environnement juridique et administratif nouveau pour elles, avec souvent plusieurs agences américaines s'intéressant simultanément au même dossier ; avec une pratique d'enquête interne extrêmement poussée et coûteuse remontant parfois dix ans en arrière, enquête interne pilotée par les autorités américaines mais réalisée par la banque avec les moyens de la banque ; avec en fin d'enquête la négociation d'un accord transactionnel complexe et souvent très onéreux (pouvant parfois atteindre un milliard voire plusieurs milliards de dollars) entre la banque et les diverses autorités américaines concernées ; et enfin avec la négociation et l'acceptation par la banque d'un plan de remédiation détaillé courant sur plusieurs années, plan soumis au contrôle régulier des autorités américaines, impliquant parfois des exigences de modifications substantielles de l'organisation du contrôle interne et de la fonction conformité, et impliquant parfois aussi la présence imposée au sein de la banque française concernée d'une équipe américaine de contrôle pendant plusieurs années.

Une conséquence de ces dossiers américains a été l'accélération du renforcement déjà largement entamé des moyens du contrôle de conformité dans les banques eu-

ropéennes et en particulier françaises, surtout sur les sujets liés au « crime financier » (anti-blanchiment, respect des embargos). Une autre conséquence a été que le risque de non-conformité, en particulier lorsque la compétence américaine peut être invoquée, doit désormais être considéré dans les banques françaises et européennes comme un risque majeur.

Ensuite, la pénalisation des dossiers de non-conformité est une tendance de fond. C'est une évolution très importante. Les enquêtes américaines de non-conformité visant les banques françaises ont souvent vu un rôle moteur du Département américain de la Justice, avec le risque final non seulement d'une lourde amende imposée par les autorités pénales (s'ajoutant aux amendes imposées par les autorités administratives de contrôle) mais aussi d'une possible inculpation de la personne morale et/ou des personnes physiques.

Il faut comprendre que la crainte des conséquences d'une inculpation pénale est dans une entreprise internationale au moins aussi importante que la crainte de sanctions financières lourdes. Il faut immédiatement ajouter que cette pénalisation croissante du risque de non-conformité n'est pas propre au système américain : partout les banques voient le même phénomène, c'est en particulier frappant dans le domaine de la non-conformité fiscale en France⁸. Cette évolution fondamentale de nature politique et juridique ne doit jamais être oubliée quand certains acteurs économiques accusent les banques françaises de faire preuve de « sur-conformité » pour certaines de leurs opérations internationales avec leurs clients.

L'intégration croissante des banques dans le système public de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme est une autre de ces spécificités. Il s'agit certes d'une évolution ancienne, mais qui s'accélère. Les banques françaises, dans leur position d'intermédiaire financier, sont de plus en plus des « auxiliaires de justice » dans la lutte des pouvoirs publics contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme. Les autorités imposent des méthodes détaillées de contrôle aux banques, en particulier visant à obtenir dans les délais les signalements nécessaires et à prévenir les potentielles opérations illicites⁹. Le blanchiment de fraude fiscale fait partie du domaine couvert.

8. L'adoption le 23 octobre 2018 de la loi de lutte contre la fraude a profondément modifié le paysage : les sanctions fiscales ont été renforcées et enrichies et la transmission au Parquet est devenue automatique sous certaines conditions (fin du dit « verrou de Bercy »).

9. Des obligations renforcées sont à noter à l'issue de la transposition de la directive (UE) 2015/849 du Parlement Européen et du Conseil du 20 mai 2015 relative à la prévention de l'utilisation du système financier aux fins du blanchiment de capitaux ou du financement du terrorisme, dite « 4ème directive ». Les textes français prévoient notamment une classification des risques de blanchiment et de financement du terrorisme, une mise en œuvre d'une organisation et des procédures adaptées ainsi que la désignation d'un responsable du dispositif de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme au niveau du groupe. Une cinquième directive, e.g. la directive (UE) 2018/843 du 30 mai 2018, est venue modifier ces dispositions et est en cours de transposition par la France.

Comme expliqué plus haut, les banques ont dans ce domaine aussi à la fois une obligation de résultat (ne rien rater d'important) et de moyens (bâtir l'organisation adaptée et les contrôles efficaces voulus par l'autorité de tutelle). Une banque peut ainsi être lourdement sanctionnée uniquement parce que les moyens consacrés par exemple à la lutte contre le blanchiment des capitaux sont jugés insuffisants par l'autorité de contrôle, même en l'absence de toute participation à un cas avéré de blanchiment. Cette évolution importante se voit partout, en France, en Europe et aux États-Unis, et renforce la pression d'une nécessité de conformité des moyens de contrôle interne dans les banques.

Enfin, tout cela a conduit à une croissance exponentielle des coûts de la conformité dans les banques françaises, sans par ailleurs qu'elle n'aboutisse à une vraie mutualisation des moyens. C'est un défi majeur pour la rentabilité du secteur bancaire en France et en Europe : la croissance des effectifs et des investissements informatiques dans le contrôle interne et la fonction conformité a été impressionnante dans les banques françaises. En quelques années les effectifs des plus grandes banques consacrés à cette fonction sont ainsi passés de quelques centaines à un millier voire plusieurs milliers. Or chaque banque française se trouve confrontée à peu près aux mêmes réglementations et aux mêmes défis de conformité, mais chacune développe essentiellement seule l'organisation de son propre contrôle de conformité, le recueil massif des données nécessaires à ce contrôle et les développements informatiques pour relever un même défi.

Une question de nature industrielle se pose alors : cette croissance des moyens étant clairement nécessaire, ne faudrait-il pas créer une plateforme commune aux banques françaises, assurant à la fois une répartition des coûts plus soutenable et une augmentation de l'efficacité globale des contrôles de conformité ? C'est une question qui se pose à toutes les banques européennes. Pour le moment, quelques initiatives de ce type ont eu lieu sur des sujets précis, en particulier pour le développement de l'intelligence artificielle, elles sont très utiles et doivent être encouragées, mais rien de systématique n'a été réalisé au niveau français en matière de mutualisation des coûts croissants de la conformité bancaire.

Chaque banque continue à développer son propre système de manière plus ou moins isolée, à quelques exceptions près, sans que les régulateurs ne trouvent rien à redire, alors que la mutualisation massive des moyens de conformité paraît la voie la plus prometteuse tant en termes de coûts que d'efficacité du système de contrôle.

4. Parmi les nouveaux défis, l'intégration européenne croissante mais inachevée de la conformité bancaire a une place à part dans les défis posés aux banques françaises

Comme on l'a vu plus haut, la plupart des réglementations s'appliquant aux banques françaises sont désormais européennes ou sont encadrées par des règles eu-

ropéennes, un phénomène à l'origine ancienne qui s'est considérablement accéléré après la crise financière de 2008. Parallèlement à cette montée exponentielle des textes réglementaires d'origine européenne, une « révolution de la supervision bancaire » a eu lieu en octobre 2013, avec la création dans la zone euro du superviseur unique (MSU ou SSM) pour les banques les plus importantes, fonction confiée à la Banque centrale européenne (BCE)¹⁰.

La création du superviseur bancaire unique de la zone euro a été un transfert de souveraineté d'une immense portée économique et politique : pour la première fois dans leur Histoire, les banques françaises, qui ont en particulier un rôle essentiel dans la distribution des crédits à l'économie, ne sont plus supervisées par la Banque de France mais par la BCE (MSU) de Francfort. C'est par exemple la BCE (MSU) qui a désormais le droit de révoquer la licence bancaire, le cœur du pouvoir en la matière. Cette unification de la supervision bancaire au sein de la zone euro a été l'une des grandes leçons tirées de la grande crise financière qui a secoué la zone euro à partir de 2010, dans le sillage de la crise de 2007-2008. C'était certainement une évolution nécessaire.

Le superviseur unique de 2013 a ainsi complété de manière décisive le Système européen de supervision financière créé en 2010, suite à la grande crise financière de 2007-2008. L'Autorité bancaire européenne (ABE ou EBA), créée aussi en 2010, en était alors l'élément central¹¹. L'EBA continue désormais d'exister aux côtés du MSU, le superviseur unique de la zone euro, mais l'importance de ce dernier ne fait que croître.

Cette évolution fondamentale a transformé le paysage de la conformité dans les banques françaises. Pour les principales banques de la zone euro, en particulier les banques françaises, le MSU de Francfort a pris le contrôle direct de toute la surveillance prudentielle, c'est-à-dire de tout ce qui concerne la sécurité et la solidité des établissements de crédit, domaine fondamental et extrêmement large, le « cœur du réacteur » pour la fonction de supervision bancaire.

Le superviseur national (l'ACPR en France) a désormais parmi ses missions celle d'assister le MSU dans ses missions de surveillance prudentielle. Le superviseur national reste par ailleurs compétent pour contrôler les exigences non prudentielles, en particulier l'organisation et les procédures du contrôle interne, ainsi que l'efficacité de la fonction conformité des banques nationales, et il est seul compétent pour le contrôle des banques françaises en ce qui concerne les sujets de blanchiment et de financement du terrorisme ou les sujets très importants liés à la protection de la clientèle (sous réserve des compétences

10. Le fonctionnement du Mécanisme de Surveillance Unique est régi par le Règlement MSU 1024/2013 et par le Règlement-cadre MSU 468/2014, lequel fixe les compétences respectives de la BCE et des autorités nationales de supervision.

11. Règlement (UE) 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne).

en la matière de l'Autorité française des marchés financiers, l'AMF).

Mais la situation est dans les faits plus complexe. Plusieurs de ces sujets non prudentiels couverts par l'ACPR intéressent en fait beaucoup le MSU. Celui-ci a en effet reçu par règlement européen une mission extrêmement large de surveillance prudentielle, incluant la bonne gouvernance (aspect de plus en plus important pour le MSU) et le bon fonctionnement des mécanismes de contrôle interne.

Par ailleurs, s'occupant de tout ce qui concerne la solidité de la banque, le MSU s'intéresse à tous les sujets ou incidents qui peuvent avoir un impact sur le capital ou sur la réputation de l'établissement, y compris comme conséquence des risques liés au blanchiment des capitaux ou au financement du terrorisme, sujets sur lesquels l'intérêt du MSU s'est beaucoup accru récemment.

De manière générale, le MSU s'intéresse de plus en plus à la fonction conformité dans son ensemble dans les banques françaises et a depuis le début de son existence mis fortement l'accent sur la supervision de l'ensemble des contrôles internes des établissements bancaires. Compte-tenu du mandat très large donné au superviseur unique européen en 2013, cette évolution était logique et inévitable.

Tout ceci n'a pas facilité le travail quotidien des banques françaises en matière de conformité. Il a fallu s'adapter à un superviseur n'ayant ni la même proximité ni la même connaissance approfondie du secteur bancaire national que l'ACPR. Il y a bien sûr des avantages considérables à terme à avoir un superviseur de taille continentale, ayant une vision transfrontière des défis bancaires et capable de prôner les meilleures pratiques observées dans les différents États européens pour chaque sujet. Mais il y a indiscutablement une période d'adaptation, longue et onéreuse, dans laquelle nous sommes encore, avec pour les banques une croissance des coûts de la supervision et une multiplication des préconisations de toutes sortes venant du superviseur bancaire.

L'intégration européenne en matière de conformité bancaire est par ailleurs loin d'être achevée. D'abord, la répartition des compétences et surtout la coordination entre les superviseurs nationaux, le superviseur unique européen, l'Autorité bancaire et le pouvoir législatif européen (Commission européenne, Parlement européen, Conseil) n'est pas toujours parfaitement organisée. Tous ces acteurs doivent encore apprendre à mieux travailler ensemble, même si le poids du superviseur unique ne fait que se renforcer.

Ensuite, il existe certains domaines, d'une grande importance pour les banques, pour lesquels les règles sont déjà européennes mais qui ne disposent pas d'une autorité européenne unique pour réguler la mise en œuvre quotidienne de ces règles.

L'exemple type est la lutte contre le blanchiment et le

financement du terrorisme : les textes en vigueur dans les États européens sur ce premier sujet sont désormais tous largement d'origine européenne, mais les organes publics responsables du contrôle de la mise en œuvre restent tous nationaux. Les exemples récents de non-conformité bancaire dans le domaine (en particulier liés au blanchiment massif de capitaux russes par certaines banques du Nord de l'Europe)¹² ont été l'exemple éclatant de la faiblesse d'un système européen qui instaure des règles communes dans un domaine important mais refuse la création d'un organe commun de mise en œuvre¹³. Heureusement, le mouvement vers la création d'un organe européen de supervision en matière de lutte contre le blanchiment semble désormais bien lancé, avec un soutien des autorités françaises¹⁴.

Autre exemple de cette tendance européenne à créer des règles européennes sans créer un organe européen de contrôle et de régulation : les sanctions et embargos économiques. Toutes les dispositions françaises de sanctions économiques et d'embargos contre des pays et des personnes de pays tiers ont une origine européenne, mais il n'y a pas encore dans l'Union européenne l'équivalent de l'OFAC américain. Ceci a de multiples inconvénients, y compris celui pour les banques de ne pas avoir dans des délais rapprochés la bonne interprétation officielle, valable dans toute l'Europe, sur les conditions exactes de la conformité de certaines opérations aux mesures européennes lorsque celles-ci ont des marges d'interprétation (ce qui peut arriver pour les sanctions touchant les services financiers).

Ceci est un vrai désavantage par rapport aux banques américaines sur le terrain. Par ailleurs l'absence d'agence européenne fait que l'OFAC américain n'a pas d'interlocuteur de poids suffisant dans les multiples échanges officiels précédant et suivant l'adoption de sanctions économiques par les États-Unis ou par l'UE. Les autorités françaises comprennent bien ce handicap et militent désormais pour la création d'un OFAC européen, dont la création n'est néanmoins pas encore programmée.

On peut noter que cette réticence à créer un organe commun de régulation pour des règles communes se voit également dans le débat sur le marché unique des capitaux. Certains en Europe pensent un tel marché unique possible tout en laissant à peu près inchangé le pouvoir de toutes les autorités nationales de supervision des marchés financiers. Ce n'est heureusement pas la position de l'AMF française, qui soutient la croissance des pouvoirs de l'autorité européenne des marchés financiers (ESMA) pour accompagner la réalisation de l'objectif encore lointain

12. Par ex. : <<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/blanchiment-deux-ans-pour-desamorcer-la-bombe-dans-ke-bank-1032578>>.

13. v. l'accord sur la réforme des autorités européennes de supervision, tel qu'approuvé par le COREPER le 1er avril 2019 (Interinstitutional File: 2017/0230(COD)).

14. v. les conclusions du Conseil en date du 5 décembre 2019 concernant les priorités stratégiques sur la lutte contre le blanchiment des capitaux et le financement du terrorisme invitant la Commission à étudier la possibilité d'un organe européen dédié (14823/19, ECOFIN).

d'un véritable marché unique des capitaux européens¹⁵.

Un autre domaine, très sensible mais très important, fait défaut dans cette intégration européenne croissante de la conformité bancaire : le domaine pénal. On a vu plus haut le phénomène de pénalisation croissante des risques de non-conformité, et ceci touche particulièrement les banques. On a vu aussi que le risque pénal est devenu le risque majeur pour les dossiers bancaires de non-conformité. C'est par exemple le cas pour l'anti-blanchiment ou la lutte contre la corruption.

Dans ces conditions, une affirmation du rôle des autorités européennes de conformité passe par la création d'un organe pénal européen adapté. Ceci permettrait une mise en commun des moyens, une interprétation uniforme dans l'Union européenne des conséquences pénales des principaux risques de non-conformité et un dialogue équilibré avec les autorités pénales étrangères. C'est particulièrement important dans le dialogue sur ces questions avec les autorités américaines.

Nous sommes pourtant encore loin de la création d'un procureur européen qui serait compétent non seulement pour la défense des intérêts financiers de l'Union européenne mais aussi pour les questions pénales liées à la non-conformité, en particulier pour des domaines comme la lutte contre le blanchiment ou la violation des sanctions et embargos, domaines où un tel procureur européen s'impose probablement le plus. Au moins ce débat politiquement très sensible semble désormais lancé.

Conclusion

Pour les banques, et en particulier les banques françaises, la conformité est bien désormais un enjeu majeur, parce que le risque de non-conformité est devenu un risque majeur. Le renforcement considérable des moyens liés au contrôle de conformité dans les banques s'imposait probablement et devrait servir le bien commun.

Le défi est maintenant d'adapter l'environnement bancaire à ce rôle croissant de la fonction conformité dans les banques : il faut s'organiser au niveau national en créant des plateformes communes dédiées à la conformité bancaire.

Il faut aussi achever la construction du système européen de contrôle, y compris avec une autorité unique dans l'Union Européenne pour la mise en œuvre des règles d'AML, une autorité européenne unique pour la mise en œuvre des sanctions et embargos, et avec une extension des compétences du procureur européen au domaine pénal lié à la non-conformité, particulièrement dans les domaines de l'anti-blanchiment et des sanctions et embargos, domaines où les règles sont déjà totalement européennes.

L'Europe a trop souvent l'habitude de transférer les compétences sans créer les organes européens communs chargés de leur mise en œuvre, aboutissant ainsi à un cumul des inconvénients. La création du superviseur bancaire unique de la zone euro a été la grande exception de ces dernières années. Il faut continuer dans cette voie.

15. v. *Response of the French Autorité des marchés financiers (AMF) to the European Commission's consultation on the operations of the European Supervisory Authorities*, mai 2017.



Emmanuel Breen • Avocat au barreau de Paris, maître de conférences à l'université Paris-Sorbonne, co-directeur du diplôme universitaire « *Compliance officer* » de l'Université Paris 2.

La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ?

L'internationalisation des échanges, couplée à la dématérialisation des technologies et des flux financiers, ont drastiquement accentué la dilution de la territorialité du droit et favorisé l'avènement de normes dotées d'une large portée extraterritoriale¹. Extraterritorialité parfois heureuse, lorsqu'un État « champion du droit » obtient en matière de répression des résultats, là où d'autres échouent par manque de moyens ou de volonté. Extraterritorialité souvent fâcheuse, lorsque la répression extraterritoriale semble n'être que l'instrument d'une volonté de puissance économique ou de dévoiements politiques.

En confrontation avec la souveraineté des États, les lois et poursuites extraterritoriales sont souvent américaines, bien que les États-Unis n'en aient pas l'exclusivité. Elles alimentent depuis nombreuses années les débats, notamment à propos des affaires dans lesquelles on peine à apercevoir le lien avec le territoire ou la nationalité de l'État régulateur permettant l'exercice légitime de sa compétence. En effet, plus ces liens sont ténus, plus l'application de ces normes semble excessive et contestable en droit comme en opportunité. Encore très récemment, dans les transactions à 3,6 milliards d'euros conclues simultanément par Airbus avec les autorités de trois pays (Royaume-Uni, États-Unis et France), l'observateur extérieur ne parvient pas à identifier, sur le volet corruption, quel est le titre de compétence des États-Unis.

Cette incertitude semble d'ailleurs parfaitement assumée par les autorités américaines : « La société [Airbus], est-il écrit dans les premiers paragraphes de la transaction, n'est ni un émetteur américain ni une entité américaine et la compétence territoriale [américaine] relative à la conduite corruptive est limitée »².

1. J.-M. Sauvé, *La territorialité du droit*, Introduction lors de la Rencontre inter-réseaux (franco-américain, franco-brésilien et franco-chinois) sur le thème « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », Collège de France, 10-12 avril 2012.

2. USA v. Airbus SE, *DPA*, 30 janv. 2020, §4 (i), (traduction de l'auteur).

Les États-Unis ont en effet très rapidement saisi les enjeux que représentaient de telles normes et ont développé, à la faveur de leur puissance économique et politique, un arsenal législatif et une pratique de poursuite largement extraterritoriaux dans de nombreux domaines aussi variés que la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers ou les embargos et autres sanctions économiques.

Durement frappés par cette répression venue d'ailleurs, les Français sont nombreux, dans le sillage de l'affaire Alstom, à crier à l'instrumentalisation du droit et du système judiciaire américains. Depuis cette affaire, d'ailleurs, le mépris de plus en plus clairement affiché par le Président Trump pour le droit et la justice de son propre pays ne peut que continuer à alimenter le soupçon.

Or si les États-Unis sont aujourd'hui mis au défi de prouver la résilience de leur État de droit, celui-ci subsiste encore et continue à puiser aux sources d'une forte tradition juridique. C'est pourquoi il faut – plus que jamais – prendre le droit américain au sérieux et ne pas se laisser prendre au jeu des postures.

C'est dans ce contexte qu'il faut étudier de près la question de savoir si, comme cela est souvent dit en France, le seul fait de réaliser une transaction en dollars américains suffit, en droit américain, à assujettir la transaction et les conduites sous-jacentes à la législation pénale américaine. La même question peut être posée à propos de l'envoi d'un courriel transitant par des serveurs américains.

Or ces idées largement acceptées en France ne résistent que partiellement à une analyse juridique précise.

I. La compétence fondée sur le dollar, une idée largement relayée en France

Qui n'a pas entendu dire à la tribune d'une conférence professionnelle en France que le seul fait d'effectuer une transaction en dollars, ou de faire transiter un courriel par un serveur américain, suffisait à l'assujettir à la compétence des juridictions pénales américaines ? Ceci est certes « maintes fois évoqué »³, et l'idée a fait son chemin jusque dans les recommandations de l'Agence Française Anticorruption qui semble y faire référence lorsqu'elle énonce, au titre des facteurs de risque, que « la devise est [...] un élément à prendre en considération du fait de l'extraterritorialité de certaines législations anticorruption étrangères »⁴.

Or un jeu de citations internes à la France fait parfois l'économie d'une étude critique de première main du droit américain. Avant d'en venir à cette analyse, notons déjà que cette théorie de la « compétence-dollar » se dé-

3. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 21 juin 2019, p. 15.

4. Agence Française Anticorruption, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, décembre 2017, p. 24.

veloppe en France dans un contexte très politique susceptible de favoriser les exagérations.

D'abord, bien sûr, les procureurs américains ont tout intérêt à grossir le trait pour justifier leur intervention dans des affaires sans rattachement naturel aux États-Unis où ils entendent purement et simplement dérouler une politique pénale globale⁵.

Plusieurs mécanismes concourent à conforter en France la crédibilité des interprétations extensives que les procureurs américains donnent de leur propre compétence et qui, sinon, pourraient n'apparaître que comme de simples rodomontades : le relai de ces exagérations dans les conférences professionnelles par des prestataires qui vendent leurs services en agitant l'épouvantail américain, ou le retard pris par l'université française dans l'enseignement et la recherche sur les droits étrangers, au profit d'une vision souvent trop strictement nationale. Retard qui rend la communauté juridique française parfois démunie face à un droit américain qu'elle doit prendre en compte mais sur lequel elle peine à porter un regard suffisamment informé.

Mais il y a plus : dans la logique de transaction qui domine le fonctionnement du système pénal américain, l'étendue de la coopération de l'entreprise au cours de l'enquête et des négociations est un élément pris en compte par les procureurs pour conclure le « *deal* » à des conditions plus favorables à l'entreprise⁶. Cette valorisation de la coopération dans une logique de justice négociée a d'ailleurs fait son entrée en France, avec les lignes directrices du Parquet national financier et de l'Agence française anti-corruption en matière de CJIP⁷. Mais il est assez troublant, du point de vue des droits de la défense, d'observer que le fait de contester la compétence du droit américain puisse être assimilé à un défaut de coopération.

Coopérer, oui, mais jusqu'au point d'accepter de négocier avec une autorité potentiellement incompétente ? L'entreprise ou les individus poursuivis peuvent certes en théorie engager un combat judiciaire aux États-Unis sur la compétence mais le risque et la pression sont forts : échouer à démontrer devant le juge l'incompétence de l'autorité, c'est risquer de perdre des « points de coopération » lorsque la négociation reprendra. Ou même c'est risquer de mettre purement et simplement fin à la négociation et de ne conserver comme issue qu'un procès coûteux et aléatoire⁸.

Si le lien fait entre acceptation de la compétence américaine et récompense de la coopération n'a pas été à ma connaissance explicité par les autorités américaines, il existe cependant en pratique. Il vient par ailleurs d'être consacré de manière spectaculaire – et à mon sens contestable – par la justice britannique dans l'affaire Airbus⁹.

La pression qui s'exerce sur l'entreprise pour qu'elle accepte la compétence d'une autorité de poursuite étrangère peut être accentuée en cas de conflit d'intérêts des dirigeants, dès lors que ceux-ci pourraient être incités à coopérer totalement au titre de leurs fonctions sociales, en échange de leur immunité à titre personnel¹⁰. Il s'agirait là d'une distorsion très forte de l'idée de justice. Mais qu'on ne se y trompe pas : elle relèverait d'une défaillance de la gouvernance des entreprises objet des poursuites tout autant que d'une critique qui pourrait être adressée au système pénal américain.

Enfin, la vision d'une compétence fondée sur le dollar rencontre en France un courant de pensée anti-américain qui est tenté d'exagérer la puissance des États-Unis pour mieux la dénoncer¹¹. Ainsi, par une sorte d'effet miroir, ceux qui ont intérêt à exercer une forme de surpuissance juridique et ceux qui la condamnent peuvent s'entendre au moins sur une présentation du droit plus ou moins déformée.

Il est intéressant en particulier de noter à cet égard la récurrence du thème de l'instrumentalisation des poursuites américaines au service des intérêts économiques américains. Ainsi en particulier, pour Raphaël Gauvain, une « collusion organique, quasi-institutionnelle entre les milieux économiques et les autorités fédérales renforce les doutes voire les craintes d'une instrumentalisation des procédures judiciaires américaines à des fins économiques ou commerciales »¹². Donc ainsi, pour le député, « la règle de droit (...) est devenue aujourd'hui une arme de destruction dans la guerre économique que mènent les États-Unis contre le reste du monde, y compris contre leurs alliés traditionnels en Europe »¹³. L'idée était déjà là trois ans plus tôt, bien que de manière moins accusée, dans le rapport Lellouche-Berger : « Le rachat de la branche énergie d'Alstom par General Electric a également suscité des interrogations sur une éventuelle instrumentalisation des procédures pour corruption engagées contre Alstom en vue de convaincre ses dirigeants de choisir l'offre américaine plutôt que celle

5. v. not. les développements de P. Fitzgerald, *Les dispositifs juridiques internationaux de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers*, thèse pour le Doctorat en droit, Université du Sud Toulon-Var, 2011.

6. A. Garapon, P. Servan-Schreiber, *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, PUF, 2013. - E. Breen, FCPA, *La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly éditions, 2017, p. 142 et s.

7. PNF et AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*, 26 juin 2019, p.9.

8. v. cependant, pour une victoire judiciaire récente sur le terrain de la compétence, d'un national non-américain dans une affaire de *wire fraud* et de blanchiment, B. Pierson, "Lebanese salesman acquitted in case over \$2 bln Mozambique loans", *Reuters*, 2 décembre 2019 ; R.L. Cassin, *Why FCPA scoreboards can be so different*, Fcpa Blog, 31 décembre 2019.

9. E. Breen, *UK Flexes Extraterritorial Reach with Airbus Settlement*, FCPA Blog, 10 février 2020, disponible en ligne : <https://fcpablog.com/2020/02/10/uk-flexes-extraterritorial-reach-with-airbus-settlement/>.

10. L. Cohen-Tanugi, *La recherche de boucs-émissaires dans la répression de la délinquance économique, un travers structurel du modèle américain*, Chroniques américaines, juin 2019.

11. v. not. les contributions réunies par P. Mbongo, R.L. Weaver (dir.), *Le droit américain dans la pensée juridique française contemporaine, Entre américanophobie et américanophilie*, Institut universitaire Varenne, 2013, p. 409.

12. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 26 juin 2019, p.15.

13. *op. cit.*, p. 3.

de Siemens et de Mitsubishi »¹⁴.

L'heure serait donc aujourd'hui venue du « *lawfare* » et l'extraterritorialité figurerait en bonne place des « nouvelles armes de guerre économique » avec lequel ce combat se mène¹⁵. Oui, peut-être, mais sans que cela dispense d'aller interroger précisément la règle de droit. Car une partie de ce qui se joue aujourd'hui tient précisément dans la capacité de la communauté juridique internationale à tenir bon le cap du droit dans un contexte géopolitique tendu.

2. Un principe général du droit américain : la présomption contre l'extraterritorialité

Il est bien évident que la « compétence-dollar », si elle constituait véritablement un principe général du droit américain, reviendrait à abolir à peu de choses près la notion même de compétence. Comme l'observe Régis Bismuth, « accepter une vision aussi extensive de la souveraineté monétaire qui ne trouve pas de fondement en droit international reviendrait, pour une devise telle que le dollar qui bénéficie d'une position privilégiée – ou plutôt d'un « privilège exorbitant » – dans le règlement des transactions économiques internationales, à conférer aux États-Unis une forme de compétence quasi universelle sur celles-ci »¹⁶.

Or rien ne serait plus éloigné non seulement des principes du droit international, mais aussi et surtout des principes mêmes du droit fédéral des États-Unis. En fait, les tenants français de la théorie de la « compétence-dollar » partagent généralement deux présupposés, qui sont tous deux inexacts au regard du droit américain.

D'une part, ils prétendent développer un discours d'ordre général : la présence du dollar (ou encore d'un serveur américain) serait un facteur général de compétence. Or s'il existe bien un principe général en matière d'extraterritorialité en droit américain, c'est un principe exactement contraire : celui de la « présomption contre l'extraterritorialité ». Pour le reste, c'est une question d'interprétation textuelle au cas par cas, pour chaque législation : l'étendue de l'extraterritorialité du FCPA n'est pas la même que celle de tel ou tel type de sanctions économiques, du *wire fraud*, du RICO¹⁷ ou de toute autre législation dans le domaine de la criminalité d'affaires.

D'autre part, beaucoup d'auteurs français ne tirent qu'imparfaitement les conséquences du fait que la plupart des affaires qui illustrent – souvent de manière spec-

taculaire – l'application extraterritoriale du droit américain relèvent de transactions pénales dans lesquelles la compétence est acceptée par les défendeurs mais non démontrée juridiquement. Chacun convient que, dans ces affaires, le droit n'est pas dit.

En effet, « les arguments relatifs à la compétence des autorités américaines sont très rarement évoqués devant les Cours fédérales, car les poursuites en matière de corruption internationale suivent un parcours transactionnel (menant à un « accord »), qui permet au DoJ d'invoquer une interprétation très large et arbitraire de sa propre compétence, sans qu'il soit soumis à aucun contrôle du juge »¹⁸. Ces transactions constituent donc une situation de fait sans doute significative à bien des égards, mais dont on ne peut donc absolument rien tirer en termes d'analyse juridique.

Si la jurisprudence est certes rare en matière pénale aux États-Unis, cela tient à la nature même du système pénal américain : « la justice pénale américaine aujourd'hui consiste pour la plus grande part en un ensemble de transactions et non en un ensemble de procès »¹⁹. Mais cette jurisprudence existe, et est d'autant plus significative lorsqu'elle finit par intervenir. Arguer de l'extraterritorialité de fait des poursuites américaines pour démontrer l'extraterritorialité du droit américain relève d'un raisonnement politique plus que juridique²⁰.

L'étude de la question de l'extraterritorialité du droit américain d'un point de vue juridique fait ainsi rapidement ressortir que celle-ci est d'abord gouvernée par un principe d'interprétation des textes de loi au cas par cas.

La question de l'application territoriale ou extraterritoriale de la législation américaine revient en effet très régulièrement dans les affaires soumises à la Cour suprême²¹. Celle-ci ainsi pris position notamment sur l'application extraterritoriale du *Sherman Act* (droit de la concurrence)²², du droit du travail²³, de la responsabilité civile en matière de fraude boursière²⁴, de l'*Alien Tort Statute* (ATS, responsabilité civile pour des violations du droit des gens)²⁵, ou encore des garanties de la procédure pénale et de l'*habeas corpus* dans le contexte de la lutte anti-terroriste et des détentions à Guantanamo ou dans d'autres lieux à l'étranger²⁶.

14. P. Lellouche et K. Berger, Extraterritorialité de la législation américaine, Rapport d'information n°4082, 5 octobre 2016, p. 18.

15. « Extraterritorialité, Une nouvelle arme de guerre économique », conférence du 19 février 2020 à l'« Ecole de guerre économique » à Paris.

16. R. Bismuth, « L'extraterritorialité des embargos et dispositifs anti-corruption américains : Le point de vue du droit international public », in A. Gaudemet (dir.), *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, coll. « Colloques », éd. Panthéon-Assas, 2016, p. 52.

17. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, législation mobilisée notamment dans l'affaire de la FIFA, marquée par l'arrestation spectaculaire par les autorités Suisse pour le compte des autorités américaines de hauts responsables de la fédération, à la veille de leur congrès annuel en mai 2015.

18. R. Gauvain, rapport préc. p. 17.

19. Brady v. United States, 397 US 742 (1970). Ainsi en particulier 96 % des affaires américaines de corruption d'agents publics étrangers sont résolues par transaction, selon les dernières statistiques de l'OCDE (OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, 2019, p. 23).

20. Comp. L. Engel, *Le mépris du droit*, Hachette littératures, 2000, p. 220.

21. v. de manière générale S. Breyer, *La Cour suprême, le droit américain et le monde*, Odile Jacob, 2015. Les développements qui suivent sont issus de mon ouvrage précité, FCPA, *La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p. 95 et s.

22. F. Hoffmann-La Roche Ltd. v. Empagran S.A., 542 U.S. 155, 161, 124 S.Ct. 2359, 159 L.Ed.2d 226 (2004).

23. *EEOC v. Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

24. *Morrison v. National Australia Bank*, 130 S. Ct. 2869 (2010).

25. *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, préc.

26. *Boumediene v. Bush*, 128 S. Ct. 2229 (2008).

Dégagée par la Cour suprême dès les origines du droit américain en matière de droit douanier et de piraterie, la présomption contre l'extraterritorialité a été réaffirmée au début du XX^e siècle, au sujet du droit de la concurrence naissant, par le célèbre juge et théoricien du droit Oliver Wendell Holmes Jr. dans l'arrêt *American Banana Co. v. United Fruit Co*²⁷. Le principe a cependant perdu en vigueur tout au long du XX^e siècle, notamment en matière de droit de la concurrence, au point qu'en 1987 le troisième *Restatement* n'en faisait plus aucune mention²⁸.

C'est pourquoi le retour sur le devant de la scène du principe et les formules ciselées du juge Scalia dans l'arrêt *Morrison* et du président Roberts dans l'arrêt *Kiobel* ont été largement commentées aux États-Unis comme à l'étranger²⁹. Les juges de la Cour suprême semblent vouloir éviter que des stratégies de *forum shopping* ne conduisent à ériger le système judiciaire américain en véritable juridiction universelle ou, pour reprendre le trait d'esprit du juge Scalia, en véritable « Shangri-La » des contentieux transnationaux³⁰.

Le principe de « la présomption contre l'extraterritorialité » signifie que le silence d'une loi sur son éventuelle application extraterritoriale vaut absence d'extraterritorialité. Or force est de constater qu'aucune des législations américaines généralement mobilisées par les tenants de la théorie de la « compétence-dollar » ne définit expressément, dans son texte même, son champ d'application par l'utilisation de la devise américaine.

Si le texte de ces législations était invoqué, ce ne serait que dans le cadre d'un raisonnement par extension. Comme le notent très justement Pierre Lellouche et Karine Berger, « l'application de fait extraterritoriale de certaines législations américaines n'est pas fondée sur une revendication délibérée d'extraterritorialité, mais sur des interprétations larges, voire « tirées par les cheveux », du critère de compétence territoriale - ainsi du raisonnement selon lequel toute opération bancaire libellée en dollars dans le monde finit par donner lieu à une compensation effectuée sur le sol américain »³¹. Or c'est précisément cela que le principe de la « présomption contre l'extraterritorialité » entend combattre.

Si la Cour suprême ne s'est pas à ma connaissance prononcée à ce jour sur la question à propos du rôle du dollar (ou des serveurs américain) pour l'éventuelle application extraterritoriale du FCPA, des sanctions économiques ou d'autres législations en matière de criminalité d'affaires, les juges fédéraux semblent néanmoins avoir déjà bien in-

tégré l'idée que le principe de la présomption contre l'extraterritorialité s'applique à ces législations et n'hésitent pas à désavouer les interprétations parfois abusivement extensives du *Département of Justice*.

Le juge écrit ainsi en 2018, dans l'affaire *Hoskins*, un ancien cadre d'Alstom poursuivi sur le fondement du FCPA : « Notre système juridique pose en principe fondamental que, de manière générale, le droit des États-Unis s'applique nationalement mais ne régit pas le monde entier. Les tribunaux ne doivent donc appliquer le droit des États-Unis de manière extraterritoriale que si c'est là l'intention expresse et non ambiguë du Congrès (*unless the affirmative intention of the Congress [is] clearly expressed*). Ce principe tient au risque de conflits non souhaités entre notre droit et celui d'autres nations, qui pourraient causer une discorde internationale »³².

3. Distinguer le FCPA et les sanctions économiques

Dans ce contexte, et dans l'attente d'une clarification jurisprudentielle indiscutable, le point de repère du juriste ne peut être que le texte des lois américaines. On constate à cet égard que le FCPA et les textes instituant les sanctions économiques³³, pour limiter ici l'analyse à ces deux exemples, sont rédigés de manière assez différente, au regard de la question de leur éventuelle application extraterritoriale.

Il en résulte que si la théorie de la « compétence-dollar » (ou de la « compétence-serveur ») n'a absolument aucune base textuelle en matière de FCPA, et y relève donc d'un véritable mythe, la situation est plus nuancée pour les textes instituant les sanctions économiques dont certains peuvent fournir un point d'appui à une théorie causale de la compétence, théorie dont un juge américain pourrait éventuellement un jour déduire celle du dollar ou du serveur.

1. Le cas du FCPA

Le rapport Gauvain, et ce n'est pas le moindre de ses mérites, procède à une véritable analyse textuelle du FCPA. Mais les conclusions qu'il en tire sont à mon sens erronées et trahissent le sens naturel de ce texte. Or, compte-tenu du principe de la présomption contre l'extraterritorialité, c'est bien ce sens naturel qui sera le seul guide d'un juge américain le jour où il lui sera demandé de se prononcer pour ou contre la théorie de la « compétence-dollar » ou de la « compétence-serveur ».

Il est utile de faire ici une large citation du rapport Gauvain, afin de bien identifier la source de la confusion.

« Le « FCPA » couvre trois catégories de personnes :

- les « émetteurs » au sens du droit commercial américain, à savoir toutes les sociétés et entités juridiques de toutes sortes qui émettent ou commercialisent des actions ou obligations aux États-Unis et leurs représentants, diri-

27. *American Banana Co. v. United Fruit Co.* 213 U.S. 347 (1909).

28. American Law Institute, *Restatement of the Law Third, The Foreign Relations Law of the United States*, 2 vol. (1987).

29. v. H. Muir-Watt, « Irrecevabilité aux États Unis d'une action de groupe contre une multinationale accusée de crime contre l'humanité », *Revue critique de droit international privé*, Dalloz 2010, p.761.

30. *Morrison v. National Australia Bank*, préc.

31. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, conclusion de travaux d'une mission informative constituée le 3 février 2016, Assemblée Nationale, 5 octobre 2016, p. 10.

32. *United States v. Hoskins*, n°16-1010-cr (2d Cir. 2018), p. 41 (citations internes omises). V. aussi dans la même affaire la décision citée infra note 39.

33. Not. International Emergency Economic Powers Act (« IEEPA »), 1977; Trading With the Enemy Act (« TWEA »), 1917; et Iran Sanctions Act (« ISA »), 1996.

geants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-1) ;

- les personnes « d'intérêt domestique », à savoir les citoyens et résidents américains, les sociétés et toutes entités juridiques créées ou organisées selon les lois des États-Unis et de leurs États, territoires et dépendances, ainsi que leurs représentants, dirigeants, cadres (« *officers* »), etc. (15 USC § 78dd-2) ;

- les personnes physiques ou morales étrangères, qui ne sont ni des émetteurs ni des personnes d'intérêt domestique, mais qui se trouvent directement ou via un agent/représentant sur le territoire des États-Unis (15 USC § 78dd-3). »

C'est principalement sur la base de cette troisième catégorie de personnes que s'opèrent les interprétations les plus extensives du lien de rattachement entre des faits de corruption active commis hors des États-Unis et le « territoire américain » au sens du « FCPA ».

En effet, les personnes utilisant des moyens relevant du commerce inter-États (« *interstate commerce* »), tels le téléphone ou l'e-mail, sont soumises par ce biais aux dispositions du FCPA : pour ce faire, il suffit d'avoir effectué un appel téléphonique ou envoyé un e-mail en direction ou à travers le territoire des États-Unis (par exemple, un e-mail ayant transité sur un serveur situé sur le territoire américain) pour être considéré comme étant présent sur le territoire américain. La quasi-totalité des fournisseurs de services de communication électronique étant américaine et ayant des serveurs aux États-Unis sur lesquels transitent les « e-mails » envoyés à travers le monde, la compétence des autorités américaines peut donc être déduite de la seule utilisation de ces services.

Les marges d'interprétation offertes par ce texte ont permis aux autorités américaines d'utiliser le « FCPA » pour poursuivre des entreprises non américaines pour des faits de corruption n'ayant aucun lien avec le territoire des États-Unis et commis par des personnes n'ayant pas la citoyenneté américaine, ni étant résident aux États-Unis.

Le fait que cette définition large de la compétence des autorités américaines résulte non pas d'une définition légale claire, mais d'une interprétation, au cas par cas, mouvante, instable et surtout imprévisible, de textes flous aux dispositions variables, explique le fait que la plupart des autorités américaines rencontrées par la mission réfutent le caractère extraterritorial des lois américaines en général, y compris du « FCPA ».

Sur ce point, les autorités de poursuite (DoJ notamment) semblent avoir une conception beaucoup plus large de leur compétence que celle que leur octroient les juridictions américaines, notamment les Cours fédérales. Ces dernières ont traditionnellement une interprétation beaucoup plus stricte de la compétence territoriale des autorités de poursuite.

Cependant, les arguments relatifs à la compétence des autorités américaines sont très rarement évoqués devant

les Cours fédérales, car les poursuites en matière de corruption internationale suivent un parcours transactionnel (menant à un « accord »), qui permet au DoJ d'invoquer une interprétation très large et arbitraire de sa propre compétence, sans qu'il soit soumis à aucun contrôle du juge »³⁴.

Si le dollar n'est pas mentionné dans cette analyse, le lecteur non spécialiste peut en retirer l'impression qu'une ambiguïté du texte du FCPA peut autoriser une interprétation extensive par le Département de la justice, au titre de la référence, dans le texte, aux « moyens relevant du commerce inter-États ». Le FCPA est ainsi rangé dans la catégorie « de textes flous aux dispositions variables ».

Or rien n'est plus faux. Le FCPA est un texte extrêmement précis qui prend soin de ne laisser planer aucune ambiguïté sur son champ d'application territorial³⁵.

La difficulté juridique se concentre principalement sur la troisième catégorie de personnes incluses dans le champ d'application du FCPA. Ce sont les « autres » personnes, qui ne sont ni des « émetteurs » (*issuers*) ni des « entités nationales » (*domestic concerns*) américaines³⁶. Voici l'extrait pertinent du texte du FCPA, pour ce qui concerne cette troisième catégorie :

« Il est interdit à toute personne, autre qu'un émetteur soumis à la section 78dd-1 du présent titre, ou qu'une entité nationale, telle que définie à la section 104 de la présente loi, ainsi qu'à tout dirigeant, administrateur, employé ou représentant d'une telle personne (*agent*) et à tout actionnaire d'une telle personne agissant pour son compte, alors qu'il se trouve sur le territoire des États-Unis (*while in the territory of the United States*), d'agir frauduleusement, en utilisant le courrier postal ou tout moyen ou instrument du commerce entre États (*mails or any means or instrumentality of interstate commerce*), ou de toute autre manière, en vue du paiement de toute somme d'argent ou du don de toute chose de valeur, ou de la proposition, de la promesse ou de l'autorisation d'un tel paiement ou d'un tel don, (...) »³⁷.

On se rend compte à la lecture attentive de ce texte que l'application du FCPA ne concerne dans ce cas que :

- des personnes limitativement énumérées : la personne morale elle-même, un de ses dirigeants, administrateur, employé, représentant (*agent*), ou même un actionnaire, dès lors qu'il agit pour le compte de la personne morale ;
- des actes réalisés sur le territoire des États-Unis (*while in the territory of the United States*) ;

34. R. Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale, Rapport à la demande du Premier ministre, Assemblée Nationale, 26 juin 2019, pp.16-17.

35. v. la version bilingue en nouvelle traduction française de ce texte dans mon ouvrage précité, *FCPA, La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, p. 185 et s.

36. La traduction de « *domestic concerns* » par « personnes d'intérêt domestique » dans l'extrait précité du rapport Gauvain semble résulter d'une hésitation sur le sens à donner au mot « concern ». Dans le contexte, il signifie « une affaire » ou « une entreprise » et non une « préoccupation » ou un « intérêt ». Il s'agit donc tout simplement des entités économiques nationales.

37. 15 U.S.C § 78dd-3. Trad. E. Breen, préc. pp. 207-208.

- des actes réalisés en utilisant le courrier postal ou tout moyen ou instrument du commerce entre États (*mails or any means or instrumentality of interstate commerce*), ou de toute autre manière.

Or le critère de la présence sur le territoire et celui de l'utilisation des « instruments du commerce entre États » sont parfaitement distincts et c'est à cela que tient l'erreur commise par le rapport Gauvain. Le texte du FCPA est en réalité limpide, dans son extrême précision : les deux premières catégories de personnes concernées par le texte (« émetteurs » et « entités domestiques ») relèvent d'une application extraterritoriale, alors que la troisième (les « autres ») est la seule à être expressément soumise à un critère d'application territoriale, par l'usage de cette formule brève et non ambiguë : « *while in the territory of the United States* »³⁸.

Il n'est pas invraisemblable de supposer qu'un paiement en dollars ou l'envoi d'un courriel transitant par des serveurs internet américains, même réalisé à l'extérieur du territoire des États-Unis, puisse caractériser l'utilisation des « instruments du commerce entre États ». Mais il est hautement improbable, compte-tenu du principe de la présomption contre l'extraterritorialité, qu'un juge américain torde le sens naturel du texte jusqu'à considérer que de tels actes, bien que réalisés à l'étranger, puissent être considérés comme satisfaisant le critère de territorialité expressément posé par le Congrès dans ce cas précis.

Enfin, il est exact qu'un juge fédéral américain a récemment confirmé l'idée qu'entre dans le champ d'application du FCPA le représentant à l'étranger (*agent*) d'une personne elle-même soumise au FCPA³⁹. Cela caractérise une véritable forme d'extraterritorialité, d'autant plus que cette notion de représentation semble pouvoir inclure certains salariés de filiales étrangères. Mais cette application extraterritoriale repose sur un raisonnement fondé sur l'idée de représentation, qui ne tient pas au fait d'avoir utilisé, ou non, le dollar ou un serveur américain.

2 - Le cas des sanctions américaines

En matière de sanctions économiques, la situation est plus nuancée en raison de l'apparition, assez récente, d'un critère de causalité dans l'IEEPA⁴⁰, un des textes centraux de cette matière, laquelle constitue, par ailleurs, un véritable maquis législatif et réglementaire.

Rappelons d'abord qu'on distingue généralement, au sein des sanctions économiques américaines, les sanctions primaires des sanctions secondaires. Ces dernières ne sont pas de nature pénale et consistent, pour l'essentiel, en des refus d'accès au marché américain pour les personnes

convaincues d'avoir réalisé avec des entités ou pays sous sanction des transactions interdites par le droit américain.

Les sanctions secondaires sont applicables sans critère de territorialité. Elles consistent en substance à mettre les acteurs économiques du monde entier devant un choix : commercer avec les entités ou pays sous sanction américaine (ici l'Iran et dans une moindre mesure la Russie) ou commercer avec les États-Unis. Les sanctions secondaires sont donc par nature extraterritoriales, au grand dam de l'Union européenne qui les a déclarées de ce fait contraaires au droit international⁴¹.

Vaste extraterritorialité, donc, mais sans lien avec l'utilisation, ou non, du dollar ou d'un courriel.

Par contraste, les sanctions primaires sont de nature pénale. Elles ne sont pas extraterritoriales par principe, mais sont applicables, pour ce qui concerne leur principale catégorie (les sanctions prononcées au titre de l'IEEPA), aux personnes ou aux biens qui relèvent de la compétence des États-Unis : « *by any person, or with respect to any property, subject to the jurisdiction of the United States* »⁴². Cette notion énoncée de manière générale dans la loi est déclinée dans les règlements d'application applicables aux différentes sous-catégories de sanctions. Ceux-ci apportent des précisions sur le champ de la compétence, à travers des critères classiques, bien qu'extensifs, de compétence personnelle (personnes américaines, ou « *US persons* »), territoriale (actes réalisés sur le territoire) et réelle (commerce de biens d'origine américaine). Cette dernière forme de compétence présente une dimension extraterritoriale accusée, et qui a été validée par la jurisprudence⁴³. Mais elle est déclenchée par l'origine américaine des biens objets de la transaction, et non par l'usage de la devise américaine.

Cependant, la théorie de la « compétence-dollar » trouve un appui textuel – bien que sans confirmation jurisprudentielle à ce jour – dans une modification du texte de l'IEEPA datant de 2007 et qui en modifie la clause pénale générale pour inclure une référence aux personnes qui sont la « cause » d'une violation des sanctions : « *It shall be unlawful for a person to violate, attempt to violate, conspire to violate, or cause a violation of any license, order, regulation, or prohibition issued under this chapter* »⁴⁴.

Il n'est pas certain que cette simple mention suffise à assurer, en droit, la compétence américaine sur des transactions réalisées en dollars, compte-tenu des exigences de la présomption contre l'extraterritorialité. Mais il y a bien là de quoi esquisser un raisonnement de nature causale du

38. Cet argument de texte est relevé par le juge dans le jugement Hoskins précité note 32.

39. La notion de représentation (*agency*) est interprétée de manière stricte par le juge, ce qui a conduit à l'acquiescement de Hoskins au motif qu'en l'espèce la relation de représentation n'est pas avérée et que le FCPA n'est donc pas applicable territorialement. Hoskins reste condamné cependant par ailleurs sur le fondement du blanchiment : *U.S. v. Hoskins*, 3:12cr238 (JBA) (D. Conn. Feb. 26, 2020).

40. *International Emergency Economic Powers Act*, 1977.

41. Considérant du règlement de blocage UE, Règlement (CE) n° 2271/96 du Conseil du 22 novembre 1996 portant protection contre les effets de l'application extraterritoriale d'une législation adoptée par un pays tiers, ainsi que des actions fondées sur elle ou en découlant, OJ L 309, 29 novembre 1996, p. 1.

42. 50 U.S.C §1702 (a) (1).

43. *United States v. David S. Mckeeve*, 131 F.3d 1 (1st Cir. 1997). Nous remercions Mme Greta Lichtenbaum de nous avoir signalé cette décision.

44. 50 U.S.C §1705 (a).

type de celui qui sous-tend les affaires dites de « *transaction stripping* ». Dans ces affaires, des banques non-américaines (dont BNP Paribas) dissimulaient, dans des transactions en dollars, certaines caractéristiques des paiements ou des opérations afin de rendre difficile leur rattachement à des personnes ou pays sous sanctions américaines.

L'affaire s'est soldée, pour BNP Paribas, par une transaction à près de 9 milliards de dollars en 2014⁴⁵, et de nombreux autres accords similaires ont été conclus avec d'autres banques, comme récemment avec la banque britannique *British Arab Bank*⁴⁶.

Dans ces affaires, les autorités américaines ont considéré que les transactions en dollars impliquaient indirectement le territoire américain du fait de l'opération-reflet qu'elles entraînaient avec une banque correspondante aux États-Unis chargée de les prendre en compte pour la compensation globale entre banques des opérations en dollars⁴⁷. Le raisonnement adopté se rapproche de la théorie dite « des effets » en matière d'extraterritorialité d'une loi, qui permet d'attirer dans l'orbite juridictionnelle de l'État régulateur des actes commis à l'étranger par des personnes étrangères, dès lors que ces actes ont des effets sur le territoire de l'État régulateur⁴⁸.

Ainsi, sur la base de ce lien de rattachement, les autorités ont sanctionné ces banques non-américaines car elles avaient conduit, par leurs dissimulations, des entités américaines (les banques de compensation) à enfreindre les sanctions économiques de manière involontaire.

Au terme de ces accords, les autorités américaines ont caractérisé deux liens de rattachement cumulatifs pour fonder leur compétence : (1) l'utilisation du dollar⁴⁹ ; et (2) l'opération de compensation en dollars réalisée par une institution financière américaine qui utilise le système financier américain⁵⁰. Ces deux critères n'en font d'ailleurs en réalité qu'un puisqu'*in fine* toute opération bancaire libellée en dollars dans le monde finit par donner lieu à une compensation effectuée sur le sol américain par des entités américaines⁵¹.

Mais il convient d'insister sur le fait que les affaires de « *transaction stripping* » se sont toutes soldées par des transactions et qu'aucun juge américain n'a validé la conception causale de la compétence dans laquelle l'utilisation du dollar est mobilisée comme critère de rattachement.

Ainsi, au terme d'une étude du FCPA et des sanctions

45. U.S. Department of Treasury, Settlement Agreement with BNP Paribas S.A., juil. 2014.

46. U.S. Department of Treasury, Settlement with British Arab Commercial Bank, 17 septembre 2019; Voir aussi Affaires Crédit Suisse, 2009; et Lloyd TSB, 2009.

47. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, conclusion de travaux d'une mission informative constituée le 3 février 2016, Assemblée Nationale, 5 octobre 2016, p. 51.

48. v. not. L. Cohen-Tanugi, *L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale*, En temps réel - les cahiers, déc. 2014, p. 11.

49. *United States v. BNP Paribas*, Statement of Facts, 30 juin 2014, § 5, 8, 16 et s.

50. *Ibid.*, § 5, 24, 29 et s.; v. aussi U.S. Department of Treasury, *Settlement with British Arab Commercial Bank*, 17 sept. 2019, § 15 et 17.

51. K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, *op. cit.*, p. 10.

économiques on voit qu'il n'existe finalement qu'un cas de figure dans lequel – bien que sans confirmation jurisprudentielle à ce jour – l'extraterritorialité du droit américain repose sur le dollar.

La situation est finalement assez paradoxale. Le droit américain – au sens strict du terme, c'est-à-dire tel qu'interprété par les juges fédéraux – est assez conservateur en matière d'extraterritorialité et ne fournit que très peu d'appui à la théorie qui voudrait que la loi américaine soit applicable aux opérations libellées en dollars ou réalisées au moyen d'un courriel transitant par un serveur américain. Il faut donc considérer que cette théorie est fautive, dans sa généralité.

Mais les cas d'application extraterritoriale du droit américain n'en restent pas moins nombreux, soit sur d'autres fondements juridiques, comme la compétence réelle (la compétence suit le bien américain) ou la représentation (la compétence s'étend aux personnes qui représentent des personnes elles-mêmes soumises au droit américain⁵²), soit tout simplement du fait de l'accord des parties à une transaction pénale.

Le paradoxe tient également au fait qu'en dépit de sa réputation de forte extraterritorialité, le droit américain est parfois plus nuancé que d'autres. Il en va ainsi du cas de la corruption d'agents publics étrangers, pour lequel le droit britannique revendique, à propos de l'infraction de défaut de prévention de la corruption, une compétence sur toute société exerçant « tout ou partie d'une activité économique sur le territoire du Royaume-Uni »⁵³. C'est bien là le type du « texte flou aux dispositions variables » que stigmatise le rapport Gauvain : quelle entreprise multinationale n'a pas, en effet, au moins un pied au Royaume-Uni⁵⁴ ?

Quant au droit français, il s'est doté de la même arme, avec un nouvel article 435-6-2 du Code pénal, qui permet de poursuivre en France pour des faits de corruption d'agent public étranger toute personne exerçant « tout ou partie de son activité économique sur le territoire français »⁵⁵. Cette disposition n'a pas encore été utilisée à ma connaissance dans une affaire significative, mais elle comporte une très forte potentialité extraterritoriale, à l'instar de son modèle britannique.

Cette discrète innovation de la loi Sapin 2, combinée à la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) et à la possibilité des associations agréées de mettre en mouvement l'action publique en matière de corruption d'agents publics étrangers⁵⁶, donne donc véritablement à la France les moyens de se comporter en État tête de file dans des contentieux globaux en matière de criminalité d'affaires.

52. v. pour une interprétation jurisprudentielle stricte de la notion de représentation (« *agency* ») en matière de FCPA la décision *Hoskins* du 26 févr. 2020 préc. n. 39.

53. *UK Bribery Act*, Section 7.

54. E. Breen, "UK Flexes Extraterritorial Reach with Airbus Settlement", *FCPA Blog*, févr. 2020.

55. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 21.

56. C. pr. pén., art. 2-23.



Bernard Cazeneuve • Ancien Premier ministre, avocat associé chez August Debouzy

Pierre Sellal • Ambassadeur de France, senior counsel chez August Debouzy

Vers un « Paquet Compliance Européen »

Dans son rapport relatif à la protection des entreprises contre les lois et les mesures à portée extraterritoriale, présenté le 26 juin 2019, le député Raphaël Gauvain a rappelé le nombre significatif de condamnations prononcées par les autorités américaines depuis plus de vingt ans à l'encontre d'entreprises européennes, sur le fondement du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA). Depuis 2008 notamment, ces condamnations ont entraîné le versement par ces dernières, au Trésor américain, de sommes se chiffrant en milliards de dollars.

L'application extraterritoriale de leurs lois, par les États-Unis, témoigne s'il en était besoin, de leur ambition de puissance, notamment de leur volonté d'imposer certains de leurs objectifs diplomatiques et politiques au reste du monde, tout en confortant leurs intérêts économiques et commerciaux.

Mais si les autorités américaines ont pu agir aussi longtemps de façon unilatérale, c'est aussi en raison de l'absence de dispositifs performants de prévention et de lutte contre la corruption dans le reste du monde, notamment en Europe. En s'érigeant en gendarme du monde, au motif d'instaurer un « *level playing field* » de dimension mondiale, les États-Unis ont parfois cherché à servir leurs intérêts propres dans un contexte de guerre économique exacerbée.

Or, dans cette difficile compétition, l'Union européenne ne dispose ni des moyens politiques et économiques qui lui permettraient de se défendre efficacement, ni même encore des instruments juridiques lui permettant d'agir dans ce domaine, et par là même de protéger les fleurons de certains secteurs stratégiques, alors même que l'article 83 du Traité sur le Fonctionnement de l'Union européenne lui donne d'ores et déjà une compétence lui permettant de légiférer dans ces matières.

• Il est désormais stratégique de compléter l'acquis communautaire dans le domaine de la lutte contre la corruption.

En premier lieu, l'Union européenne dispose de la Convention du 26 mai 1997, relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne. Le dispositif qui en résulte permet notamment d'appréhender les actes de corruption active et passive dans le secteur public, en envisageant toutefois cette incrimination, uniquement lorsqu'elle est commise par des fonctionnaires, à l'exclusion des membres du Gouvernement, des élus et des agents contractuels chargés d'une mission de service public. Pour cette raison, la convention du 26 mai 1997 a longtemps été considérée comme manquant cruellement d'ambition.

En deuxième lieu, l'Union européenne dispose de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 juillet 2003, relative à la lutte contre la corruption, laquelle impose aux États membres de mettre en place des sanctions efficaces et proportionnées aux actes de corruption survenus dans le secteur privé.

Enfin, la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil relative à la lutte contre la fraude, portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, n'incrimine l'infraction de corruption que lorsqu'elle porte précisément atteinte à ces intérêts financiers.

Il apparaît donc clairement que le droit européen n'envisage la lutte contre la corruption que dans un cadre relativement étroit, en n'imposant pas d'obligations très fortes aux États membres, et en n'intégrant pas explicitement, dans le champ de ses compétences, les actes de corruption transnationale d'agent public étranger.

Par ailleurs, le dispositif existant est inégalement mis en œuvre au sein de l'Union européenne. C'est en effet ce qu'établit son rapport anticorruption, publié en 2014 : « Dans certains des États membres, des stratégies nationales de lutte contre la corruption ont été adoptées récemment, mais dans d'autres rien n'a encore été mis en place » souligne le document. Dans le même esprit, le rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil du 26 juillet 2019, a constaté que les États membres présentaient de trop grandes disparités dans la transposition, puis la mise en œuvre de la décision-cadre 2003/JAI/568 dans les législations nationales.

Ces divers constats montrent qu'il n'existe pas encore de « *level playing field* » européen en matière de lutte contre la corruption et que la perception de ce sujet, par les différentes populations des États-membres, révèlent des contextes encore très contrastés. L'étude menée sur la corruption par l'Institut Eurobaromètre a ainsi montré que 96% des Grecs, 94% des Espagnols, ou 86% des Hongrois estiment que la corruption est répandue dans leur pays, contre seulement 22% des Danois ou 44% des Hollandais.

Elle a également mis en lumière que près d'un européen sur deux (43%) estime le niveau de corruption dans son pays supérieur à celui de 2013¹.

Dans le même esprit, l'étude annuelle sur la perception de la corruption de l'ONG *Transparency International*, publiée le 30 janvier 2019, a pointé l'absence d'une politique globale et cohérente de prévention et de lutte contre la corruption à l'échelle de l'Union européenne².

Ces constats révèlent donc d'incontestables manquements, résultant pour partie de l'inefficacité des dispositifs en vigueur, alors même que la corruption demeure une préoccupation majeure, de même qu'une pratique jugée inacceptable, pour près de trois citoyens européens sur quatre.

Pourtant, en dépit de cette réalité, la nouvelle Commission européenne n'a pas jugé opportun d'ériger la lutte contre la corruption en priorité. En effet, l'examen des vingt-six lettres de mission adressées par la nouvelle présidente de la Commission européenne, Madame Ursula Van der Leyen, aux commissaires désignés par les États membres, montre que la lutte contre la corruption n'est pas affichée comme un objectif de la mandature qui commence.

Or, la corruption, quelle que soit sa forme, affecte profondément, et de diverses manières les États membres, ainsi que l'Union européenne dans son ensemble. Elle représente tout d'abord une entrave au bon fonctionnement du marché intérieur, en créant des distorsions de concurrence entre les entreprises y ayant recours et les autres. Elle facilite par ailleurs l'infiltration de groupes criminels dans l'économie des différents pays. Enfin, elle contribue à mettre en péril les démocraties, en affectant la confiance des citoyens dans le fonctionnement des institutions publiques et du marché.

Dès lors, il est essentiel que l'Union européenne se dote sans attendre d'une politique globale et cohérente de lutte contre la corruption, en articulant autour d'objectifs clairs et lisibles : l'instauration d'un « *level playing-field* » entre les différents États membres de l'Union européenne ; la résolution d'éventuels conflits de juridictions au niveau européen ; la défense des entreprises européennes dans le monde en rééquilibrant l'asymétrie de la relation euro-américaine en matière d'extraterritorialité notamment ; la promotion des normes et pratiques européennes de lutte contre la corruption dans le monde, comme un élément de sécurisation des stratégies d'implantation et d'investissement.

• Cette politique, afin de marquer son niveau élevé d'ambition et son exigence de cohérence, devra prendre la forme d'un « paquet anti-corruption » qui pourrait reposer sur plusieurs éléments, notamment sur trois nouvelles directives :

Une première directive pourrait imposer aux États membres de se conformer aux principes et recommandations dégagés par la Convention de l'OCDE de 1997 sur la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales³, qui constituent un véritable standard international en matière de prévention et de lutte contre la corruption.

L'acquis de l'OCDE repose non seulement sur la Convention elle-même, mais aussi sur ses commentaires officiels, qui retiennent une définition étendue de l'infraction de corruption ainsi que de la notion d'agent public étranger : « [...] toute personne qui détient un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, qu'elle ait été nommée ou élue, toute personne exerçant une fonction publique pour un pays étranger, y compris pour une entreprise ou un organisme public et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique ».

L'acquis repose également sur l'ensemble des textes adoptés par les instances de l'OCDE sur le fondement de la Convention de 1997, parmi lesquels figurent quatre recommandations adoptées en 2006, 2009, et 2016. Au terme de la transposition dans le droit de l'Union de l'ensemble des principes posés par ces textes, la corruption transnationale d'agent public étranger sera ainsi plus systématiquement prise en compte, contribuant ainsi au confortement du marché intérieur.

En deuxième lieu, une directive devra remplacer la décision cadre 2003/568/JAI relative à la lutte contre la corruption dans le secteur privé, insuffisamment mise en œuvre par les États membres, en reprenant une partie de son contenu pour le moderniser. Il s'agira ainsi de mieux intégrer, d'une part, l'incrimination de corruption passive et active dans le secteur privé dans le droit européen, de sorte à lutter plus efficacement contre la corruption transnationale intra-européenne et d'autre part de modifier les alinéas 1, 2 et 3 de l'article 7 de la décision-cadre, qui laissent actuellement une trop grande latitude aux États membres pour ne pas exercer systématiquement leurs compétences pour des actes de corruption commis hors de leur territoire.

Les États membres de l'Union européenne se verront ainsi proposer des solutions de compétence propres à leur permettre de réprimer les infractions de corruption commises en dehors de leur territoire, mais présentant un lien de rattachement avec celui-ci, à l'instar de l'article 435-6-2 du Code pénal français, depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2. Cette modification serait, en outre, conforme à l'approche extraterritoriale retenue par l'article 4 de la Convention de l'OCDE de 1997.

Enfin, cette directive permettra de mettre l'ensemble des juridictions des États membres, à égalité d'armes avec les juridictions d'États tiers les plus actives en matière de lutte contre la corruption internationale, en particulier les

1. Commission européenne, *Special Eurobarometer 470*, décembre 2017.

2. Transparency International, *Indice de perception de la corruption 2018*, 30 janvier 2019.

3. Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997.

juridictions américaine et britannique.

En troisième lieu, une autre directive devrait imposer aux États membres de soumettre les entreprises de taille significative à des obligations de prévention et de détection de la corruption, ce que préconise notamment la Recommandation du Conseil de l'OCDE du 26 novembre 2009. L'efficacité de ces mesures a notamment été mise en lumière par une étude de l'OCDE réalisée en 2017, intitulée « *The Detection of Foreign Bribery* », qui établit notamment que les mécanismes de corruption transnationale ont été, pour 24% d'entre eux, détectés à la suite d'une auto-dénonciation ou de l'action d'un lanceur d'alerte. De fait, au moins quatre États membres de l'Union européenne imposent déjà aux entreprises de taille significative des obligations de prévention et de détection de la corruption : l'Allemagne, l'Italie, la France et le Royaume-Uni.

La directive pourrait également imposer aux États membres de désigner une autorité en charge de contrôler le respect des obligations de prévention et de détection de la corruption pesant sur les entreprises répondant à certaines conditions de seuil, tout en laissant ceux-ci libres du choix de cette autorité, qui pourrait être administrative ou judiciaire.

• Parallèlement à l'adoption de ce « paquet anticorruption », des clauses anticorruption pourraient être insérées dans les actes de droit européen dérivé.

En premier lieu, des clauses anticorruption devraient être insérées dans les actes de droit européen dérivé sectoriels, subordonnant à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, comme en matière de banque, de services d'investissement, et d'assurance, sur le fondement de l'article 114.1 du TFUE, selon la procédure législative ordinaire. De telles clauses existent déjà dans certaines directives, telles que la directive 2014/24/UE sur la passation de marchés publics, qui impose, à son article 57, aux pouvoirs adjudicateurs d'exclure un opérateur économique ayant fait l'objet d'une condamnation pour corruption, de la participation à une procédure de passation de marché.

La décision *Meca* rendue par la Cour de justice de l'Union européenne, le 19 juin 2019, a récemment confirmé la faculté d'exclusion *a priori* d'un soumissionnaire ouverte aux pouvoirs adjudicateurs, en cas de faute grave, y compris lorsqu'un recours contestant cette faute est pendant. Un acte de corruption pourrait ainsi constituer une faute grave, au sens de la jurisprudence de la CJUE, ouvrant aux pouvoirs adjudicateurs la faculté d'exclure *a priori* un opérateur économique de la possibilité de soumissionner à un marché public. Dès lors, l'insertion de telles clauses dans les actes de droit européen dérivé sectoriels, subordonnant à autorisation l'exercice de certaines activités réglementées, contribuerait à rétablir un rapport équilibré entre l'Union européenne et les États-Unis, ainsi que d'autres puissances et compétiteurs, en

matière de lutte contre la corruption.

En deuxième lieu, une clause de conditionnalité relative à la lutte contre la corruption devrait être systématiquement imposée par l'Union européenne dans les accords de partenariat économique de nouvelle génération, conclus avec des États tiers. Inspirées de la clause « droits fondamentaux et État de droit » – qui permet de déchoir des avantages qui leur sont accordés, les États tiers qui ne respecteraient pas certains engagements pris en matière de droits fondamentaux – des clauses analogues relatives à la corruption ou, plus largement à la « gouvernance », ont déjà été intégrées dans un accord de partenariat et de coopération conclu avec l'Indonésie en 2009, ou dans l'accord de partenariat économique conclu avec le Japon en 2019.

Enfin, l'adoption d'un paquet anti-corruption devra nécessairement être accompagnée, sur le plan processuel, d'un renforcement de la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale.

• Le Parquet européen, encore en devenir, doit progressivement monter en puissance.

Le Parquet européen a été créé par le règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, entré en vigueur le 20 novembre 2017. Il sera mis en place au plus tôt le 20 novembre 2020.

La compétence *ratione temporis* du Parquet européen se limite aux infractions, relevant de ses attributions, commises après le 20 novembre 2017, à l'exclusion des infractions commises avant cette date. Une première question se pose donc, dès à présent, pour ce qui relève des infractions continues, nées avant le 20 novembre 2017 et dont les effets se poursuivraient après cette date.

En France, la transposition de ce règlement nécessitera l'adoption de trois textes : (i) une loi organique sur les aspects statutaires du Parquet européen, (ii) une loi spéciale sur les modalités procédurales de fonctionnement du Parquet européen et (iii) une inscription, dans les lois de finances annuelles, des dépenses budgétaires afférentes au fonctionnement du Parquet européen.

Au sein de l'Union européenne, le Parquet européen est compétent à l'égard des infractions commises dans vingt-deux États membres sur un total de vingt-huit. S'agissant des États n'ayant pas souhaité, pour l'heure, participer à cette coopération renforcée, les articles 99 et 105 du règlement (UE) 2017/1939 prévoient, pour ce qui les concerne, l'existence de « relations de coopération » ainsi que la conclusion « d'arrangements de travail de nature technique et/ou opérationnelle ».

En dépit de ces possibilités de coopération, la circonstance que le règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017 ne soit actuellement applicable que dans certains États membres, à l'exclusion des autres, limite l'intérêt d'étendre la compétence du Parquet européen à tous les actes de corruption transnationale.

S'agissant des infractions commises en dehors de l'Union européenne, l'article 23 du règlement ne prévoit pas de solution commune pour les États membres participant à cette coopération renforcée et renvoie aux règles nationales de compétence territoriale ou personnelle. C'est également pour cette raison qu'il apparaît essentiel, ainsi qu'il l'a été exposé ci-dessus, que l'article 7 de la décision-cadre 2003/568/JAI du 22 Juillet 2003 soit révisé et repris dans une nouvelle directive de manière à imposer l'intervention extraterritoriale des juges pénaux des États membres de l'Union européenne.

S'agissant enfin de la compétence matérielle du Parquet européen, celle-ci se trouve limitée, en premier lieu, par la définition des infractions visées par la directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017, relative à la lutte contre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union au moyen du droit pénal, à laquelle le règlement renvoie expressément.

L'article 3 de cette directive vise la fraude « portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union », en détaillant précisément les infractions ainsi concernées, parmi lesquelles figurent par exemple, en matière de dépenses relatives aux marchés publics, l'utilisation ou la présentation de documents faux, la non-communication d'une information en violation d'une obligation spécifique, ou le détournement de fonds.

L'article 4 de cette même directive impose également aux États membres de sanctionner pénalement le blanchiment de capitaux, ainsi que la corruption passive et la corruption active.

Pour chacune des infractions qu'elle vise, la directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017 adopte, en outre, une définition étendue de la notion d'agent public, qui englobe les agents de l'Union et les agents nationaux, au sens du droit national de l'État qui les emploie, mais aussi « toute autre personne investie d'une fonction de service public ».

Dès lors, il apparaît que le Parquet européen sera compétent pour un certain nombre de manquements à la probité, et notamment pour les infractions de corruption, à la condition toutefois que ces manquements portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

En second lieu, la compétence matérielle du Parquet européen est limitée aux infractions entraînant un préjudice supérieur à 10.000 euros et, s'agissant des fraudes à la TVA, à 10.000.000 d'euros, à la condition que celles-ci « portent atteinte aux intérêts financiers de l'Union », au sens de la directive (UE) 2017/1371 du 5 juillet 2017.

Il en résulte, en particulier, que les actes de corruption transnationale, qui ne portent pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne, échappent à la compétence du Parquet européen. Des possibilités d'extension de la compétence du Parquet européen sont cependant concevables.

• Plusieurs options peuvent permettre de surmonter les limites à la compétence du Parquet européen.

Une première piste consisterait à préconiser une interprétation large de la notion « d'infraction indissociablement liée » à une autre infraction relevant de la compétence du Parquet européen. En effet, aux termes des dispositions de l'article 22.3 du règlement (UE) 2017/1939 du 12 octobre 2017, « le Parquet européen est également compétent à l'égard de toute autre infraction pénale indissociablement liée à un comportement délictueux relevant du champ d'application du paragraphe 1 du présent article ». Les considérants 55 et 56 du règlement permettent toutefois de comprendre que cette notion apparaît comme particulièrement complexe et, en tout état de cause, étroitement liée à l'existence d'une infraction principale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union européenne.

Une deuxième piste, pour étendre la compétence du Parquet, au-delà des infractions portant atteinte aux stricts intérêts financiers de l'Union européenne, pourrait consister à faire prévaloir une interprétation large de la notion de « protection des intérêts financiers de l'Union » elle-même.

La décision *Taricco* de la Cour de justice de l'Union européenne du 8 septembre 2015 semble de nature à favoriser une telle interprétation, dans la mesure où celle-ci a en effet jugé : « [qu'un] lien direct existe entre la perception des recettes provenant de la TVA dans le respect du droit de l'Union applicable et la mise à disposition du budget de l'Union des ressources de TVA correspondantes, dès lors que toute lacune dans la perception des premières se trouve potentiellement à l'origine d'une réduction des secondes »⁴. Pour autant, une telle interprétation, à supposer qu'elle s'impose durablement, serait insuffisante pour établir la compétence du Parquet européen à l'égard des actes de corruption transnationale, sans lien apparent avec la protection des intérêts financiers de l'Union.

Enfin, une dernière voie, sans doute la plus radicale, consisterait à délier la compétence du Parquet européen de l'unique protection des intérêts financiers de l'Union et de l'étendre aux actes de corruption transnationale ne portant pas atteinte aux intérêts financiers de l'Union.

Dans l'immédiat, une telle extension serait tout à fait prématurée, le Parquet européen n'ayant même pas encore été installé et devant, avant de considérer cette extension, asseoir sa crédibilité au fur et à mesure de son action. Surtout, un tel mouvement ne pourrait se produire qu'au terme d'une procédure particulièrement lourde, compte tenu de l'obstacle posé par l'article 86 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), dont le premier paragraphe limite explicitement la compétence du Parquet européen aux « infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union ».

4. CJUE, gr. ch., 8 sept. 2015, n° C-105/14.

En effet, l'extension textuelle de la compétence du Parquet européen ne pourrait avoir lieu qu'en réunissant les conditions suivantes, visées au paragraphe 4 de l'article 86 TFUE, qui précisent que « Le Conseil européen peut, simultanément ou ultérieurement, adopter une décision modifiant le paragraphe 1, afin d'étendre les attributions du Parquet européen à la lutte contre la criminalité grave, ayant une dimension transfrontière et modifiant en conséquence le paragraphe 2 en ce qui concerne les auteurs et les complices de crimes graves, affectant plusieurs États membres. Le Conseil européen statue à l'unanimité, après approbation du Parlement européen et après consultation de la Commission ».

Une telle décision, qui s'analyse comme une révision simplifiée du TFUE apparaît donc juridiquement contrainte et politiquement difficile, l'extension de la compétence du Parquet européen ne pouvant avoir lieu sans que le Conseil européen ait statué à l'unanimité de ses membres.

• La coopération entre les États membres peut et doit être renforcée dans l'immédiat.

L'Espace européen de liberté, de sécurité et de justice (ELSJ), développé à partir du Traité d'Amsterdam de 1997, offre aux États membres des possibilités de coopération en matière répressive.

Les actes de corruption peuvent ainsi, dès à présent, donner lieu à une décision d'enquête européenne, l'émission d'un mandat d'arrêt européen, des actes de coopération dans le cadre d'Eurojust, des actes de coopération dans le cadre d'Europol. Eurojust, en particulier, a pour mission, aux termes de l'article 85 du TFUE, « d'appuyer et de renforcer la coordination et la coopération entre les autorités nationales chargées des enquêtes et des poursuites relatives à la criminalité grave affectant deux ou plusieurs États membres ou exigeant une poursuite sur des bases communes, sur la base des opérations effectuées et des informations fournies par les autorités des États membres et par Europol ».

L'agence poursuit, dans l'exercice de cette mission, trois objectifs principaux, détaillés à présent par le règlement (UE) 2018/1727 du 14 novembre 2018 :

(i) promouvoir et améliorer la coordination entre les autorités judiciaires compétentes des États membres, en particulier en ce qui concerne les formes graves de criminalité organisée ;

(ii) promouvoir et améliorer la coopération entre les mêmes autorités, en facilitant notamment la mise en œuvre de l'entraide judiciaire internationale et l'exécution des demandes d'extradition ;

(iii) soutenir les mêmes autorités, afin de renforcer l'efficacité de leurs enquêtes et de leurs poursuites.

Ces objectifs concernent, notamment, la lutte contre la corruption, désignée comme l'une des priorités d'Eurojust par le Conseil de l'Union européenne.

Par ailleurs, l'Union européenne dispose d'un mécanisme de résolution des conflits de juridictions entre États membres en matière répressive, avec la décision-cadre 2009/948/JAI du Conseil du 30 novembre 2009 « relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales ».

C'est ainsi que son article 1er énonce que cette décision vise à permettre l'application du principe « *non bis in idem* » au sein de l'Union européenne et « à dégager un consensus sur toute solution efficace visant à éviter les conséquences négatives découlant de l'existence de telles procédures parallèles ».

La décision-cadre 2009/948/JAI impose ainsi aux autorités judiciaires des États membres des solutions visant à prévenir les inconvénients liés à l'existence de procédures parallèles, à raison des mêmes faits, et favoriser, dans toute la mesure du possible, la concentration de ces procédures dans un seul État membre.

Pour autant, en dépit de ces mécanismes, qui seraient susceptibles de faciliter la répression des cas de corruption transnationale, il apparaît que l'activité d'Eurojust reste principalement concentrée sur d'autres formes de criminalité organisée, telles que la fraude, le blanchiment de capitaux, le trafic de stupéfiants ou le trafic d'êtres humains.

Dans ces conditions, il serait sans doute plus efficace que la coopération entre les États membres en matière de lutte contre la corruption transnationale soit renforcée au sein d'Eurojust, qui constitue le cadre naturel de résolution des conflits de juridictions en matière répressive, en l'état actuel du droit européen et dans l'attente de la montée en puissance du futur Parquet européen.

Pour que cet objectif devienne une réalité, les États membres devraient exprimer une volonté politique claire d'ériger ce sujet en priorité pour l'agence.

Ainsi, l'adoption de ces nouveaux instruments, conjuguée au renforcement de la coopération des États membres, offrira à l'Union européenne la politique globale et cohérente en matière de lutte contre la corruption dont elle est aujourd'hui orpheline.



Laurent Cohen-Tanugi • Avocat aux barreaux
de Paris et de New York

Le contentieux transatlantique de l'extraterritorialité : rétablir l'égalité des armes sur le terrain

La dénonciation de l'application extraterritoriale du droit américain est un thème récurrent auprès des dirigeants politiques et économiques français, et plus récemment des autorités européennes. On est cependant en droit de s'interroger sur la pertinence, et plus encore sur l'efficacité de cette dénonciation, demeurée jusqu'ici largement rhétorique.

Pertinence tout d'abord, en ce que l'application extraterritoriale d'un droit national n'est pas en elle-même contraire au droit international, et qu'elle est au contraire appelée à devenir de plus en plus la norme dans une économie mondialisée ignorant les frontières nationales et territoriales¹. Ainsi de nombreux domaines du droit européen, tels que le droit de la concurrence ou la réglementation des données personnelles et de l'univers numérique plus généralement, sont-ils d'application extraterritoriale à l'instar de certaines législations américaines. Ce n'est donc pas le principe de l'extraterritorialité, mais ses éventuels abus qui sont en cause.

Efficacité ensuite, en ce que cette dénonciation récurrente et souvent excessive est restée jusqu'ici dépourvue de conséquences pratiques, dès lors que les autorités françaises et européennes n'ont pas de doctrine claire face aux demandes des procureurs américains et qu'elles sont absentes des seuls théâtres concrets où se joue parfois le débat sur la légitimité de l'application extraterritoriale du droit américain, à savoir les juridictions fédérales des États-Unis. Les termes de ce débat et les moyens d'y prendre part sont l'objet du présent article.

I. L'extraterritorialité dans les prétoires américains : un parcours du combattant

Les dossiers à caractère pénal donnant lieu à un contentieux judiciaire en matière d'application extra-

1. v. sur ce thème L. Cohen-Tanugi, *L'application extraterritoriale du droit américain, fer de lance de la régulation économique internationale ?*, En temps réel, déc. 2014.

territoriale du droit américain sont relativement rares, dans la mesure où la plupart d'entre eux concernent des entreprises et se soldent par des transactions entre ces dernières et les autorités de poursuite américaines, hors de l'arène judiciaire. Le parquet fédéral américain peut alors prendre des positions très agressives en matière d'extraterritorialité, sans craindre d'être contredit par les juridictions fédérales. Les entreprises s'y soumettent, préférant des amendes financières, aussi lourdes soient-elles, ainsi que la protection de leurs dirigeants, au coût et aux conséquences dommageables d'un long procès.

Dans ce scénario dominant, l'absence de doctrine et les divisions au sein des autorités françaises compétentes (Chancellerie, Ministère de l'Économie...) sur l'attitude plus ou moins coopérative à adopter face aux exigences des procureurs américains favorisent d'éventuels abus dans l'application extraterritoriale du droit américain.

Pour être beaucoup moins fréquent que les résolutions négociées, le contentieux de l'application extraterritoriale du droit américain n'en existe pas moins devant les juridictions fédérales. Il concerne alors généralement non plus les entreprises, mais leurs dirigeants et autres salariés. En réponse aux critiques visant l'impunité des dirigeants d'établissements bancaires à l'origine de la crise financière mondiale de 2007-2008, la politique pénale américaine s'est efforcée depuis de rechercher la responsabilité et la sanction des personnes physiques, parallèlement aux transactions conclues avec les personnes morales.

Cette nouvelle orientation a été formalisée dans le *Yates Memorandum* de 2015 du Département de la justice américain (DoJ)². Les personnes physiques peuvent ainsi se trouver visées par les autorités de poursuite américaines pour des fautes personnelles, mais elles le sont le plus souvent pour des faits commis dans l'exercice de leurs fonctions et sur instruction de leur hiérarchie.

Dans un premier type de situation, ces personnes peuvent se trouver arrêtées sur le territoire américain et se voir incarcérées dans l'attente de leur procès et en vue d'obtenir des informations permettant d'inculper des personnes plus élevées dans la hiérarchie, voire l'entreprise qui les emploie elle-même. La libération sous caution leur est généralement refusée en raison du risque de fuite qu'elles présentent et ces personnes se voient souvent, de surcroît, abandonnées par leurs entreprises dès leur inculpation, quand l'entreprise n'a pas elle-même contribué à cette inculpation en faisant du salarié un bouc émissaire commode en vue de la négociation d'une transaction³. L'intéressé(e) ne peut alors se défendre qu'avec

2. S. Yates, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, Memorandum from the Deputy Attorney General, United States Department of Justice, 9 sept. 2015.

3. v. à ce sujet L. Cohen-Tanugi, *Scapegoating: A Structural Risk in Current U.S. Cross-Border Corporate Crime Enforcement*, Compliance and Enforcement at New York University School of Law, disponible en ligne : <https://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2019/05/17/scapegoating-a-structural-risk-in-current-u-s-cross-border-corporate-crime-enforcement/> ou en français : L. Cohen-Tanugi, *La recherche de boucs-émissaires dans la répression de la*

des moyens financiers limités et finit par plaider coupable pour s'en sortir. C'est la mésaventure survenue, entre autres, à Frédéric Pierucci, ancien salarié d'Alstom, qu'il relate dans son livre *Le piège américain*⁴.

Le second cas de figure fait intervenir des dirigeants ou salariés d'entreprise inculpés aux États-Unis pour des faits commis dans leur propre pays et absents du territoire américain lors de leur inculpation. Ces personnes se trouvent alors face à une alternative peu enviable : soit se présenter aux États-Unis pour se défendre, avec la quasi-certitude d'y être détenues pendant toute la durée de leur procès ; soit demeurer indéfiniment sous le coup de leur inculpation, avec l'impossibilité pratique de quitter leur territoire national, pour autant qu'à l'instar de la France, le pays de leur nationalité n'extrade pas ses propres nationaux. Cette impossibilité et la stigmatisation associée à une inculpation pénale ont notamment souvent pour conséquence aggravante l'incapacité à retrouver un emploi.

La seule planche de salut qui reste à l'intéressé(e) consiste alors à tenter de faire invalider son acte de mise en accusation sans comparaître en personne aux États-Unis, sur le fondement de moyens de droit techniques en nombre limité, tels que la prescription, l'exigence constitutionnelle américaine de *due process*, qui requiert un lien suffisant entre la personne inculpée et les États-Unis, ou encore l'absence de base légale à l'application extraterritoriale de la législation en cause. Dans un important arrêt datant de 2010, *Morrison v. National Australia Bank*⁵, la Cour Suprême des États-Unis a en effet posé le principe selon lequel les lois américaines sont présumées d'application territoriale, sauf mention explicite de leur portée extraterritoriale. Faute d'une telle mention, l'application d'une loi américaine à des faits localisés hors des États-Unis est dépourvue de validité.

Aussi fondés soient-ils, de tels moyens de défense se heurtent cependant au tir de barrage que constitue la *fugitive disentitlement doctrine*, que le DoJ ne manque pas d'opposer à tout défendeur étranger cherchant à assurer sa défense sans comparaître en personne sur le territoire américain. Cette doctrine jurisprudentielle⁶ vise à dissuader les fuites en privant tout fugitif de ses droits de la défense, y compris les plus fondamentaux. Visant traditionnellement, au stade de l'appel, les seules personnes ayant fui le territoire américain après leur inculpation ou ayant au moins commis les actes incriminés sur ce territoire, cette doctrine se trouve de plus en plus fréquemment appliquée en première instance à des défendeurs non américains n'ayant aucunement fui le territoire américain, pour

des actes commis dans leur pays de résidence habituelle.

Cette extension de la définition traditionnelle du fugitif à l'instigation des procureurs américains a pour effet de priver de tout contrôle judiciaire l'application extraterritoriale du droit américain, sauf à ce que le défendeur accepte de se présenter sur le territoire américain pour y être détenu puis jugé, hypothèse hautement improbable. L'invalidité potentielle de l'inculpation d'un ressortissant étranger dépourvu de lien avec les États-Unis risque ainsi de n'être jamais sanctionnée.

Avalisée par certaines décisions fédérales de première instance, cette extension de la *fugitive disentitlement doctrine* ne fait heureusement pas l'unanimité au niveau des cours d'appel fédérales⁷. Elle pourrait en conséquence être un jour soumise à l'arbitrage de la Cour suprême des États-Unis, tant elle met en cause les droits fondamentaux de la défense ainsi que la souveraineté judiciaire des autres États. Encore faut-il pour cela que les cours d'appel fédérales acceptent de se déclarer compétentes pour examiner les décisions de première instance négatives sur ce sujet, face à l'invocation par le parquet d'une autre règle procédurale : la *final judgment rule*⁸.

Cette règle de bonne administration de la justice s'oppose à ce qu'il soit fait appel de décisions d'étape, avant une décision définitive de première instance sur l'ensemble d'un dossier. Là encore, une exception étroite existe pour surmonter l'obstacle : la *collateral order doctrine*⁹, qui permet aux juridictions d'appel de se déclarer compétentes pour juger de décisions collatérales au fond de l'affaire, dès lors que l'appel de ces décisions deviendrait sans objet au terme du procès. Il en est ainsi de décisions refusant une libération sous caution ou précisément de décisions déniaient à un individu le droit de se défendre en le déclarant « fugitif ».

C'est donc au terme d'un véritable parcours du combattant que le défendeur étranger pourra - s'il a pu franchir tous les obstacles évoqués ci-dessus -, faire juger la légalité de l'application extraterritoriale du droit américain à son encontre. Si la législation concernée est explicitement d'application extraterritoriale, la question sera vite tranchée. Dans le cas contraire, le parquet s'efforcera de plaider qu'il est fait une application « domestique » (territoriale) de la loi, aussi tenu que soit le lien entre les faits incriminés et le territoire américain.

Que conclure de tout ceci ? Que les positions souvent agressives prises par le parquet fédéral américain en matière d'extraterritorialité sont rarement testées en justice, que les juridictions sont généralement favorables au par-

délinquance économique, un travers structurel du modèle américain, Chroniques américaines, juin 2019 disponible en ligne : <<https://www.ifri.org/fr/publications/editoriaux-de-lifri/chroniques-americaines/recherche-de-boucs-emissaires-repression-de->>.

4. F. Pierucci et M. Aron, *Le piège américain*, Essai, Lattès, 2019.

5. *Morrison v. National Australia Bank*, et al., 561 U.S. 247 (2010).

6. Elle a été développée pour la première fois dans l'arrêt *Molinari v. New Jersey*, 396 U.S. 365, 366 (1970).

7. v. not. Le conflit de positions entre la Cour d'appel fédérale du 2e Circuit (*United States v. Hayes*, No.15-2597, Dkt. No. 29-1 (2d Cir. 2015)) et celle du 7ème Circuit (In re *Hijazi*, 589 F.3d. 401 (7th Cir. 2009)) sur l'application de la qualification de fugitif à des défendeurs étrangers n'ayant pas fui le territoire américain.

8. 28 U.S.C. § 1291.

9. Cette doctrine jurisprudentielle est développée in *Cohen v. Beneficial Loan Corp.*, 337 U.S. 541, 546 (1949).

quet, au moins en première instance, et que l'appel de ces décisions pour un défendeur étranger refusant de comparaître aux États-Unis est extrêmement difficile, et ce, malgré une position de principe de la Cour suprême faisant de l'extraterritorialité l'exception.

Les entreprises s'accommodent de cette situation en transigeant avec les autorités de poursuite, car elles y trouvent leur compte : une grosse amende contre l'évitement d'un procès pénal et la protection de leurs hauts dirigeants. La situation est différente pour les individus, notamment les cadres de niveau intermédiaire, qui servent souvent de boucs-émissaires sans réelle possibilité de se défendre.

Plusieurs décisions judiciaires récentes témoignent cependant d'une attitude critique de certaines juridictions fédérales à l'égard des prises de position et des pratiques du DoJ. Ainsi dans une décision *United States v Connolly*¹⁰, le juge McMahon a dénoncé la tendance du DoJ à sous-traiter l'enquête interne servant de base aux poursuites au cabinet d'avocats de l'établissement financier concerné. Au stade du jugement sur les peines encourues par deux anciens traders britanniques de la *Deutsche Bank*, le juge a sévèrement critiqué les positions du DoJ et refusé de suivre ses réquisitions, en soulignant le traitement discriminatoire infligé aux défendeurs résidant hors des États-Unis relativement aux défendeurs américains, du fait de la détention préventive imposée aux premiers.

Par ailleurs, un récent article du *Wall Street Journal*¹¹ se faisait l'écho d'une alerte lancée par un ancien procureur fédéral, selon lequel le DoJ utiliserait abusivement les traités d'entraide judiciaire multilatérale pour demander la communication de preuves à l'étranger aux seules fins de suspendre artificiellement le délai de prescription applicable à certaines infractions pénales. Les communications intergouvernementales en la matière étant stipulées confidentielles, les personnes visées n'ont aucun moyen de détecter et de se prévaloir de ces abus.

Enfin, sur le fond, dans une récente décision *Prime International Trading Ltd v BP P.L.C.*¹², la Cour d'appel fédérale du 2e Circuit a confirmé que l'application d'un texte de loi n'ayant pas de portée extraterritoriale à une situation de fait localisée hors des États-Unis ne pouvait être qualifiée d'application « domestique » de ce texte, comme le prétendaient les demandeurs.

Ces différents développements montrent qu'il est possible de faire pièce aux autorités de poursuite américaines sur le terrain judiciaire, même s'il est naturellement bien préférable d'intervenir en amont d'un procès.

2. Pour une réponse stratégique et opérationnelle

Face à cette situation, les autorités françaises sont jusqu'ici restées passives, accédant ou s'opposant aux demandes d'entraide judiciaire de leurs homologues américaines en fonction de positions de principe à l'égard de la coopération avec les États-Unis, ou encore en considération de leur appréciation de l'atteinte potentielle aux « intérêts économiques essentiels de l'État », plutôt qu'en considération de la situation juridique des personnes concernées, et s'abstenant d'intervenir en leur faveur dans les procédures contentieuses ultérieures.

Ainsi le récent Rapport Gauvain¹³ dénonçait-il l'absence de contrôle réel sur les informations communiquées par la Chancellerie aux autorités américaines dans le cadre du Traité d'entraide judiciaire en matière pénale du 10 décembre 1988 : « Ce principe de coopération a eu un impact fort dans les États monistes tels que la France où les traités priment sur le droit interne. L'objectif légitime de ce principe a souvent fait perdre un peu de vue la nécessité de veiller à ce que la coopération ne porte pas atteinte à la souveraineté de l'État et ce faisant, à la protection des citoyens et des entreprises : la mission a ainsi pu observer que les circuits de cette veille n'étaient pas organisés et les intérêts à protéger pas clairement définis. »¹⁴

Le Bureau de l'Entraide Pénale Internationale « a admis auprès de la mission avoir longtemps transmis de nombreux éléments dans le cadre de l'entraide pénale, sans véritablement examiner ni filtrer leur contenu. »¹⁵

La préservation des « intérêts économiques essentiels de l'État » – c'est-à-dire en pratique, la protection de groupes industriels ou bancaires nationaux potentiellement coupables de violations de la législation américaine, voire du droit français – peut également entrer en conflit avec les intérêts et les droits de la défense des individus impliqués dans les dossiers concernés. A titre d'exemple, un refus de coopération de la part des autorités françaises au titre de la loi de blocage de 1968¹⁶ est susceptible de résulter en l'inculpation de ressortissants français aux États-Unis. En conséquence, le respect du droit et de la justice est sans doute le meilleur guide de l'action des pouvoirs publics français.

Au-delà des préconisations du Rapport Gauvain, il est cependant possible d'envisager une approche plus stratégique et opérationnelle de la part des autorités françaises, dans un contexte de géopolitisation croissante du droit.

En amont, au stade de l'enquête et des demandes

10. *United States v Connolly, et al.*, No. 16 Cr. 370 (CM), S.D.N.Y. (Oct. 4, 2019).

11. A. Viswanatha et D. Michaels, *Justice Department Accused of Abusing Process to Extend Statute of Limitations*, The Wall Street Journal, 2 February 2020, available online: <<https://www.wsj.com/articles/justice-department-accused-of-abusing-process-to-extend-statute-of-limitations-11580657654>>.

12. *Prime International Trading Ltd v BP P.L.C.*, No.17-2233 (2d Cir. 2019).

13. R. Gauvain, *Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, Assemblée Nationale, Rapport à la demande de Monsieur E. Philippe, Premier Ministre, 26 juin 2019.

14. *Ibid.*, 1.3.4., p.39.

15. *Ibid.*, 1.3.4.1, p.40.

16. Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères.

d'entraide, les autorités françaises pourraient, avec le concours d'experts, procéder à une première évaluation de la légitimité de l'application extraterritoriale de la législation invoquée au regard du droit américain, en vue de calibrer leurs réponses en conséquence et d'ouvrir une négociation avec leurs interlocuteurs américains.

En aval, en cas d'inculpation, les autorités françaises pourraient intervenir au soutien de la défense de leurs ressortissants personnes physiques, notamment sous forme de mémoires *amicus curiae* sur les questions de principe. Mieux encore, la France pourrait prendre l'initiative de la négociation d'un accord bilatéral avec les États-Unis sur la définition d'un fugitif, la délimitation des critères d'une application extraterritoriale du droit américain à une situation de fait, ou encore la levée de la confidentialité des échanges au titre de l'entraide judiciaire lorsqu'une question sérieuse de prescription est en jeu.

Tout ceci suppose une doctrine claire sur les positions à adopter et sur la résolution des conflits d'intérêts et des contradictions entre protection des entreprises, respect des droits individuels et respect de la loi, ainsi qu'une connaissance fine de la politique pénale et de la jurisprudence américaines. Une telle approche requiert également des ressources humaines dotées des compétences nécessaires pour arbitrer les conflits d'intérêts et négocier avec les procureurs américains. Nous en sommes encore très loin.

A terme, l'entrée en scène des autorités européennes dans les affaires de délinquance économique et financière internationale, avec un parquet européen doté de compétences pénales, demeure la voie royale pour rétablir l'égalité des armes avec les États-Unis, et demain la Chine, comme c'est déjà le cas en matière monétaire, de droit de la concurrence ou de commerce international, domaines dans lesquels l'Union dispose de compétences quasi fédérales.



Christelle Coslin • Co-head of the Business and Human Rights Group, Partner in Hogan Lovells' Paris litigation team.

Liam Naidoo • Co-head of the Business and Human Rights Group, Partner in Hogan Lovells' London Investigations practice.

Margaux Renard • Associate in Hogan Lovells' Paris litigation team.

Duty of Care and Vigilance in Human Rights Matters: From an International Impulse to European Implementations

Corporations' responsibility in human rights matters has arisen in the wake of major accidents and other adverse human rights events in the course of recent decades. Subsequently, civil society has growingly called for companies to be held accountable to comply with human rights standards, requiring them to respect all human rights. This has led an increasing number of global or multinational businesses to voluntarily apply key principles of human rights within their business operations, most notably as part of corporate self-regulation processes.

In parallel, the general principles relevant for Business Human Rights matters (also known as "BHR") have developed based on international law – most notably the Preamble to the Universal Declaration of Human Rights which calls on "every individual and every organ of society" to promote and respect human rights – and a series of international initiatives.

In 1976, the Organisation for Economic Co-operation and Development ("OECD") adopted Guidelines for Multinational Enterprises¹. The OECD Guidelines, which have since been updated in 2011, are recommendations addressed by governments to multinational corporations operating in or from OECD-adhering countries. They set out non-binding principles and standards for responsible business conduct in a global context and in conformity with applicable laws and internationally recognised standards.

In 2011, the United Nations ("UN") Human Rights Council unanimously endorsed the « Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the UN 'Protect, Respect and Remedy' Framework » ("UNGPs")². This framework consists of three pillars: the States' duty

to protect against human rights abuses, the corporate responsibility to respect human rights, and greater access for victims to effective remedies.

Since the UNGPs, this corporate responsibility undoubtedly applies to all companies across all industry sectors. In other words, all businesses have the duty and a responsibility to respect human rights and to prevent, mitigate and address any potential adverse impacts that their operations may have on human rights.

In addition, an international standard – the ISO 26 000 standard – was developed in 2010 to provide guidelines for social responsibility that encourage organisations to improve their impact, particularly on stakeholders and the environment. There are also numerous ethical charters and codes voluntarily adopted by various public and private entities (international organisations, non-governmental organisations ("NGOs"), companies etc.).

More recently, European national plans on Corporate Social Responsibility ("CSR") were adopted in accordance with the UNGPs at the request of the European Commission following its Communication of 25 October 2011.

Within Europe, France took the pioneering role by becoming the first State to incorporate a duty of human rights vigilance into its legal corpus through a dedicated statute entitled the "duty of vigilance of parent companies and main contractor companies" (the "Duty of Vigilance Law")³. In implementation of this statute, French parent companies falling within the scope of application have published their first "vigilance plans" in late 2017 or 2018 providing a high-level description of the measures put in place to prevent adverse human rights impacts within their organisation and their supply chain. Companies have published – or are now expected to publish – their second or third vigilance plan which is supposed to go further and include information about the effective implementation of the vigilance plan. If their plan is deemed insufficient by French civil courts, French parent companies may be held liable.

Since 2015, the UK has introduced laws designed to fight against modern slavery and has considered the impact of human rights abuses in the context of financial crime⁴. Nowadays, a dozen European countries have discussions underway on human rights due diligence legislation. In Finland, Switzerland and Germany, for example, there are proposals which are making their way through the legislative process to impose mandatory due diligence on certain categories of companies. In addition to legislative developments, courts in some countries have embraced the concept of duty of care in cases related to human rights violations. Case law developments have been particularly significant in England.

1. *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, 1976.

2. UN Human Rights Council, *Protect, respect and remedy: a framework for business and human rights: report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issue of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises*, J. Ruggie, 7 April 2008, A/HRC/8/5.

3. L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017.

4. *UK Modern Slavery Act 2015*.

Consequently, the corporate responsibility to respect human rights is gradually moving from a "soft" law standard set in international law to "hard" legal obligations developed in either national statutes or case law applying across borders.

In this evolving global regulatory environment, human rights compliance is no longer a "nice to have" but has changed into a "must-have". This article will first provide insight as to the various European implementations of the internationally defined standard (1.) before turning to a more detailed analysis of the French Duty of Vigilance Law – a topical example of the current trends (2.).

I. BHR Principles: From an International Definition to European Implementations

Recent years have seen a general move towards the adoption of human rights obligations for businesses. Be it in France, the UK, Germany or Switzerland, the trend is clear towards legal responsibility throughout the value chain, creating increased accountability and even liability risks for businesses.

A. Definition of BHR obligations at the international level

The UNGPs remain the main source of BHR principles. A binding UN treaty on BHR is also being considered, with a revised draft published in July 2019 presenting important changes and improvements compared to the so-called "zero draft" published in 2018. This new version was discussed by delegates of the UN intergovernmental working group at the UN BHR Forum in October 2019.

After a brief description of those principles, we'll explain why there is still a way to go before the UN binding treaty on BHR is concluded.

(a) *The UNGPs: cornerstone of the BHR principles*

In 2005, Harvard Political Science Professor, John Ruggie, was appointed as the UN Special Representative for Business and Human Rights. His assignment was to submit recommendations "on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises". This led to the adoption, in 2008, of the "Protect, Respect and Remedy" Framework after several years of extensive consultation with businesses, States, NGOs and other stakeholders⁵.

This Framework, highly welcomed by the UN Human Rights Council, relies upon three key pillars: (i) the States' duty to protect people against human rights abuses, (ii) the corporate responsibility to respect human rights and (iii) the access by victims to effective remedy in case of business-related human rights abuses.

Professor Ruggie's mandate was then extended in 2008 for him to "operationalise" the Framework and provide guidance to States and businesses for its implementation. In this context, Professor Ruggie, after a large consultation process, proposed the UNGPs which were adopted una-

nimously and endorsed by the UN Human Rights Council in June 2011.

The UNGPs aim at providing recommendations and guidance to businesses and States throughout the world for the concrete implementation of the UNGP Framework. They are forming the general framework for action to be followed by States and companies in connection with business-related human rights impacts. The UNGPs are non-binding and do not create new legal obligations for either States or companies.

The three pillars of the 2008 Framework consist of 31 guiding principles. In particular, the second-pillar recommendations on corporate responsibility provide helpful indications for businesses in relation to their human rights due diligence and remedy processes.

The founding principle of the UNGPs is that "the responsibility to respect human rights is a global standard of expected conduct for all business enterprises wherever they operate". In other words, businesses should strive to incorporate existing standards, processes and self-regulatory norms, such as codes of conduct, into their management systems with a view to prevent adverse human rights impacts and offer remedies in case they should arise. The UNGPs apply to all businesses irrespective of their size, industry sector and activity, including small and medium-size enterprises.

The principle of due diligence is at the cornerstone of corporate human rights responsibility. Such principle has several implications that businesses are advised to comply with:

1. the setting up of continuous assessment processes of actual and potential adverse human rights impacts, through dialogues and consultation with affected groups;
2. the use of the findings from these assessment processes as part of internal monitoring processes; and
3. where adverse impacts are identified, the application of adequate remedies for the victims.

The UNGPs also highly recommend that businesses make public commitments and communicate proactively on these undertakings.

(b) *A binding treaty on BHR: still a way to go*

To go one step further than the UNGPs, there are currently discussions about an international treaty that would impose legally binding obligations on signatory States. The objective of such an international law treaty would also be to apply directly to (and bind) corporations. The UN intergovernmental working group tasked with this project concluded its fourth round of negotiations in Geneva in October 2018 during which delegates considered what is dubbed the « zero Draft » treaty, published in 2018. The zero Draft treaty is the first draft of the contemplated legally binding instrument of international law, which aims to regulate activities of transnational cor-

5. UN Human Rights Council, *op.cit.*

porations and other business enterprises.

The Permanent Mission of Ecuador, on behalf of the Chairmanship of the open-ended intergovernmental working group (OEIGWG), prepared a revised draft instrument, released on 16 July 2019. This revised draft treaty addressed some of the sticking points that had been raised as regards the zero Draft treaty, and was discussed during the fifth round of negotiations, held from 14 to 18 October 2019, in Geneva. The revised draft treaty now aims to govern "all business activities, including particularly but not limited to those of a transnational character" (draft Article 3). Thus the scope of this new version now encompasses all business activities, including, *inter alia*, those of a cross-border nature without being limited to them, and all human rights.

It is also worth noting that draft Article 5 on prevention now focuses on businesses' conduct rather than results. This provision relies on businesses' human rights due diligence process which is defined in a large fashion as encompassing identification, prevention and mitigation of potential human rights adverse impacts, monitoring the implemented processes and communicating about them to other stakeholders. These new provisions clearly draw on the text and spirit of the UNGPs.

Provisions as regards legal liability underwent substantial modifications compared to the zero Draft treaty. Pursuant to draft Article 6, States are requested to ensure that their domestic laws provide for a comprehensive and adequate system of companies' legal liability. Liability is now more clearly associated to the notion of companies having control over business activities which might cause foreseeable harm.

Draft Article 6 (7) also requires States to ensure their domestic law provides for criminal, civil, and/or administrative liability for a non-exhaustive list of offenses that may be committed by businesses. This is a major step as it is the first time that it is contemplated to issue at the international level a list of offences that would trigger legal liability of corporations under domestic laws (including notably war crimes, crimes against humanity and genocide, torture, and cruel, inhuman or degrading treatment). Signing such a treaty would notably entail a substantial change in countries which do not yet recognise the possibility of criminal liability of businesses.

There are still many aspects of the treaty and its provisions that require refinement. To this effect, on 29 February 2020, States and other relevant stakeholders were invited to submit their additional wording suggestions on the revised draft by the end of February 2020, which will enable the negotiations process to continue.

In brief, it is now confirmed that a binding treaty is no longer a mere theoretical possibility. At the same time, substantial questions will need to be addressed before there is any chance for the treaty to be adopted and ra-

tified by a large number of countries in light of the significant changes the treaty could imply in some States' domestic laws. In the meantime, the UNGPs remain the main relevant international law reference for all stakeholders considering corporate human rights responsibility.

B. Implementation of BHR obligations in various European jurisdictions

In some countries, courts have embraced the concept of duty of care in cases related to underlying human rights violations, leading to the potential for development of BHR obligations through national case law. In others, there have been legislative developments serving the same purpose. A high-level overview of such domestic developments throughout Europe will be given below and will show the variety of approaches available for States to address the BHR question.

(a) United Kingdom: a diversified approach of BHR

(i) An expanding duty of care creating parent company liability and establishing domestic courts' jurisdiction

A series of recent cases in the English courts have, arguably, increased the scope for English-domiciled parent companies to be held liable – in the English courts – for human rights violations committed by overseas subsidiary companies.

The cases in question concern predominantly environmental violations, but the issues of parent company liability they raise are equally applicable to human rights violations and it is widely expected that, following the determination of these cases, claimants will seek to bring claims against English-domiciled parent companies in the English courts for alleged human rights violations by overseas subsidiary companies.

In April 2019, the English Supreme Court ruled in *Lungowe v Vedanta*⁶, a landmark case on jurisdiction and parent company liability concerning environmental damage. The judgment clarifies and, arguably, expands the scope of parent company liability for wrongdoings committed by overseas subsidiary companies and widens the jurisdictional gateway for bringing claims of this sort against English-domiciled parent companies in the English courts.

However, the decision in *Vedanta* needs to be read alongside the contemporaneous decision of *AAA v Unilever* (in July 2019)⁷, where the Supreme Court refused the claimants' application for permission to appeal, relying (at least in part) on the prior ruling in *Vedanta* and holding that the Claimants in *Unilever* were "nowhere near being able to show that they have a good arguable case" in establishing that an English-domiciled parent company owed a duty of care to protect them from the crimes of third parties who invaded a tea plantation owned by a Kenyan

6. *Lungowe v Vedanta Resources plc* [2019] UKSC 20 i.

7. *AAA & Others v Unilever PLC and Unilever Tea Kenya Limited* [2018] EWCA Civ 1532.

subsidiary company. A further case (*Okpabi v. RDS*)⁸ presently on appeal may also add to the picture in the future.

It is important to note that the *Vedanta* decision was made in the context of a procedural hearing in respect to whether the claim was arguable and could proceed in the English Courts. The case will now proceed to trial and the issue of parent liability will be explored in full.

The *Vedanta* decision

In a passage which is likely to be heavily relied upon in future cases, the Supreme Court said:

"Even where group-wide policies do not of themselves give rise to such a duty of care to third parties, they may do so if the parent does not merely proclaim them, but takes active steps, by training, supervision and enforcement, to see that they are implemented by relevant subsidiaries. Similarly, it seems to me that the parent may incur the relevant responsibility to third parties if, in published materials, it holds itself out as exercising that degree of supervision and control of its subsidiaries, even if it does not in fact do so. In such circumstances its very omission may constitute the abdication of a responsibility which it has publicly undertaken".

The Court therefore held that the following factors were sufficient on their own to form an arguable case that a sufficient level of intervention by a parent company in the conduct of operations at a subsidiary (overseas) mine may be demonstrable at trial:

1. the published materials in which *Vedanta* asserted its own assumption of responsibility for the maintenance of proper standards of environmental control over the activities of its subsidiaries (with sufficient knowledge of the propensity of those activities to cause toxic escapes into surrounding watercourses); and
2. the implementation of those standards by training, monitoring and enforcement.

Accordingly, the Supreme Court found in *Vedanta* that there was a « real issue » to be tried between the claimants and the parent company, and the claim could be pursued in the English courts.

The *Unilever* decision

In July 2018 (shortly prior to the Supreme Court decision in *Vedanta*), the English Court of Appeal handed down its judgment in *AAA & others v Unilever*, dismissing an appeal by victims of the 2007 post-election violence in Kenya. The Court of Appeal here adopted a different formulation from the one used in *Vedanta*, noting that there were two circumstances in which a parent company duty of care might arise:

1. where the parent has in substance taken over the management of the relevant activity of the subsidiary in place of (or jointly with) the subsidiary's own manage-

ment; and

2. where the parent has given relevant advice to the subsidiary about how it should manage a particular risk.

The claimants subsequently appealed to the Supreme Court for permission to appeal and, *Vedanta* having been decided in the interim, the parties in *Unilever* had the opportunity to put forward further submissions to the Supreme Court in light of the *Vedanta* ruling.

Ultimately, the Supreme Court in *Unilever* rejected the claimants' application for permission to appeal (leaving intact the Court of Appeal test set out above), holding that « the relevant principles have now been clarified in *Vedanta* ».

The *Okpabi* appeal

In the meantime, the Supreme Court has given the claimants in a further case - *Okpabi v RDS* - permission to appeal the Court of Appeal's judgment in that case, which had held there was no real prospect of success of a duty of care being owed by the English-domiciled parent company in respect of its Nigerian subsidiary's oil pipeline operations in Nigeria, which are alleged to have caused environmental damage.

*

As matters stand, the Supreme Court decisions in *Vedanta* and *Unilever* together represent the current state of the English law as regards the establishment of English-domiciled parent company liability for the actions of overseas subsidiaries.

While these decisions arguably extend the circumstances in which an English-domiciled parent company can potentially be liable for the actions of a subsidiary, much will depend on the facts of any specific case.

It is important, too, to bear in mind that the *Vedanta* and *Unilever* decisions were in essence interlocutory; they were concerned with whether the claimants could prove a "real issue to be tried" as regards parent company liability, sufficient to establish the jurisdiction of the English courts to hear the case. *Post-Vedanta*, that jurisdictional gateway may have widened slightly, but it remains to be seen what approach the Supreme Court will take in *Okpabi*.

In the meantime, English-domiciled parent companies looking to understand a possible duty of care and manage risk accordingly should have regard to the tests set out in the *Vedanta* and *Unilever* cases.

(ii) Human rights obligations through Modern Slavery Act

BHR obligations are also increasingly enshrined in modern slavery legislation across the globe. The Modern Slavery Act was introduced in the UK in 2015.

Many businesses are now familiar with having to gather and interrogate information about human rights risks across their operations and supply chains, and a general push can be seen towards tougher disclosure requirements.

8. *Okpabi & ors v Royal Dutch Shell Plc & anr* [2018] EWCA Civ 191.

The UK Government published updated guidance on the Modern Slavery Act 2015 recommending further and more in-depth reporting requirements, such as the expectation for statements to show progress each year. The Modern Slavery (Transparency in Supply Chains) Bill was also introduced in Parliament, which, if passed, would notably require companies that have taken no steps to address risks to explain why they failed to do so.

This bill has been through a consultation process at the end of 2019, the results of which are to be published soon. The proposed legislation will then take further shape as it passes through Parliament. It remains unclear whether this will be a legislative priority for the new UK government.

(iii) Financial sanctions for violations of human rights

In recent years, the UK has introduced legislative provisions inspired by the Global Magnitsky Act⁹, a piece of US legislation which allows the US government to sanction and freeze the assets of persons involved in serious human rights abuses or corruption.

The UK's first Magnitsky provision was introduced in 2017 when the Proceeds of Crime Act 2002 ("POCA") was amended by the Criminal Finances Act 2017 ("CFA"). POCA gives the UK authorities the power to freeze and obtain a civil recovery order over property derived from "unlawful conduct". The CFA expanded the definition of "unlawful conduct" to include conduct that "constitutes", or is "connected with", the commission of a "gross human rights abuse or violation" ("GHRA").

A GHRA is any action constituting or connected with the torture (or cruel, inhuman or degrading treatment) of a person who has sought to expose illegal activity by a public official, or to defend human rights. The GHRA must be carried out or instigated by, or with the consent or acquiescence of, a public official or anyone acting in an official capacity. Conduct is "connected with" a GHRA if it is conducted by a person that involves acting as an agent in connection with the GHRA, directing, sponsoring, or profiting from it, or materially assisting with it.

The second Magnitsky provision is contained in the Sanctions and Anti-Money Laundering Act 2018 ("SAML"). SAML creates a framework for the UK to be able to impose domestic sanctions independently of the international community after it leaves the EU. SAML enables the UK to impose sanctions against a person or entity reasonably suspected of conduct that constitutes or is connected with a GHRA (as defined in POCA).

(iv) Corporate liability and victim compensation

Separately, there has been recent discussion in the UK about the ways in which overseas victims of corporate crimes can benefit from asset recovery proceedings (under POCA) and compensation orders made against convicted

companies (under the Criminal Courts (Sentencing) Act 2000). The UK Crown Prosecution Service has issued a set of principles for bribery, corruption and economic crime cases, which state that prosecutors should (i) identify those who have suffered as a result of such offences (including individuals, organisations or states), and (ii) if their claims are supported by evidence, pursue compensation for those victims using the legal mechanisms referred to above. Of course state corruption often goes hand in hand with allegations of human rights abuses. It remains unclear as to the extent of the class of victim in these sorts of case.

The link to bribery is noteworthy. Under English law there is a clear legislative route to finding corporate entities liable for bribery offences committed by junior employees or agents or other third parties even where the management of the company in question did not know about or sanction the bribery – this is known as the "failure to prevent bribery" offence under section 7 of the Bribery Act.

Although currently this type of corporate liability does not extend directly to human rights abuses, the UK Joint Committee on Human Rights (a parliamentary select committee) has recommended that the UK government introduce a new corporate offence of "failing to prevent" human rights abuses. This offence would likely be modelled on the Bribery Act and would make it easier to make companies liable for such abuses than under existing law. However, the UK government has made clear that it has no immediate plans to introduce such an offence.

(b) Norway: a bill on human rights due diligence

An expert committee appointed by the Norwegian government drafted a piece of potential legislation that aims at establishing binding human rights transparency and due diligence obligations on corporations.

After reviewing the scope and content of this Bill, the Ethics Information Committee convened by the Norwegian government issued a bill that would create human rights due diligence obligations for businesses. This draft, published on 28 November 2019, proposes notably a set of specific due diligence and reporting requirements for large companies.

The bill has purportedly a very large scope of application, covering all enterprises that offer goods and services in Norway. Enterprises are defined extensively, including cooperative societies, associations, sole proprietorship vehicles, foundations or other forms of organisations established under Norwegian as well as foreign law. Publicly owned enterprises offering goods and services would also fall within the scope of application of the draft bill.

Content-wise, companies would have – on a mandatory basis – to determine the risks which may have an adverse impact on human rights and decent work in their business activities and along their supply chains. Companies are required to focus on the most serious risks, such as forced labour and risks to health, safety and environment in the workplace.

9. Russia and Moldova Jackson-Vanik Repeal and Sergei Magnitsky Rule of Law Accountability Act of 2012, said "Magnitsky Act".

The bill would also create a right to information enabling stakeholders to ask companies questions about the impact of their activities on human rights. Whether the questions are expressed orally or in writing, such requests must be answered by the company. Some limited exemptions are set, e.g. unreasonable requests, information about an individual's affairs, commercial matters subject to legitimate confidentiality requirements.

A reporting obligation would also be imposed on large companies with the objective to identify, prevent and mitigate any possible impact on human rights, as well as remedies offered to address any adverse impacts.

The draft bill is currently going through the Norwegian legislative process, now in the hands of the Norwegian Ministry of Children and Family Affairs.

(c) The Netherlands: focus on child labour due diligence law

On 14 May 2019, the Dutch Senate voted to adopt the "Child Labour Due Diligence Law" which requires companies to determine whether child labour occurs in their supply chains and set out an action plan to fight it¹⁰.

Any company established in the Netherlands which supplies goods or services must submit a statement to regulatory authorities declaring that they have carried out due diligence related to child labour along their entire supply chains. Businesses are expected to undertake investigations and implement action plans in the event of the existence of a reasonable suspicion of the use of a child labour force.

This law applies not only to companies registered in the Netherlands, but also to companies from anywhere in the world that deliver their products or services to the Dutch market twice or more a year. An administrative fine may be imposed on companies which fail to comply with the investigations and declaration requirements.

Initially scheduled to enter into force on 1 January 2020, the enactment of the law has been postponed. Although the precise date of entry into force of the law is still to be defined, companies should stay alert as those falling within its scope will have to provide the regulator with the statement six months after the law enters into force.

(d) Switzerland: human rights due diligence with a (potential) wide scope of application

In December 2017, a coalition of Swiss civil society organisations launched the Responsible Business Initiative ("RBI"), i.e. a proposal to amend the Swiss constitution to require mandatory human rights due diligence for companies based in Switzerland.

The RBI takes the form of a suggested amendment to the Swiss Federal Constitution, which would result in the introduction of a new Article 101a "Responsibility of business" in the Constitution. Under the amendment, Swiss-based companies would be legally obliged to incorporate

respect for human rights and the environment in all their business activities, including activities abroad. This will include the obligation to carry out "appropriate due diligence", using an approach based on the UNGPs requiring that risks be identified, mitigated, and reported upon.

The precise content of the RBI, especially the scope of the requirements imposed on businesses, is still under discussion. The Council of States stands for a limited set of obligations concerning reporting and specific due diligence, whereas the National Council wishes to strengthen the draft provisions by introducing a grievance mechanism to settle disputes arising from claims brought against a company. Whether foreign companies could be held liable is also being discussed.

While the RBI is still going through the Swiss legislative process, it seems to be heading towards a national referendum. If there is still time for Councils to find a common approach, an agreement must be reached by March 2020. Otherwise, Swiss voters will have to go to the polls by the end of the year to decide whether the RBI in its initial version should be accepted or rejected.

(e) Germany: a call for a human rights due diligence law

In the "National Action Plan: Implementation of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights" (the "NAP") issued in 2016, the German Government set a 2020 target for at least 50% of German companies with more than 500 employees to have introduced effective human rights protections by implementing policies and processes to identify and mitigate their human rights risks and impacts.

The German Government announced in the NAP that, if less than 50% of companies incorporate the elements of human rights diligence into their corporate processes, the Federal Government will consider further actions which may culminate in legislative measures.

While a consortium, commissioned by the Federal Government, is conducting a survey assessing how German companies are meeting their due diligence obligations, research published in November 2019 points out the failure of some German companies to comply with the UNGPs.

Thus, in a joint statement issued in December 2019, about fifty German companies have called for a mandatory human rights and environmental due diligence law in Germany¹¹. In this statement, these companies declare that they would "welcome a due diligence law in Germany that paves the way for ambitious regulation at the European level".

The German Government's decision on whether to introduce such legislation on a national level is expected for 2020.

Although no draft has been submitted at this stage, several Ministers in charge of Labour and Development an-

10. Dutch Child Labour Due Diligence Act, 14 May 2019.

11. B&HR Ressource center, German businesses call for legal duty of care for human rights and the environment, 9 décembre 2019, <<https://www.business-humanrights.org/en/german-businesses-call-for-legal-duty-of-care-for-human-rights-and-the-environment>>.

nounced they will work on a draft human rights due diligence bill, meaning a law is now very much on the horizon.

(f) Finland: commitments with a human rights due diligence legislation

The new Government in Finland has committed to enshrine mandatory human rights due diligence into national legislation. An ongoing study is being carried out with the aim of enacting a corporate responsibility law based on a duty of care for companies with domestic and transnational activities.

*

As Finland ran the Presidency of the Council of the European Union from 1st July to 31 December 2019, a similar goal was being promoted by the Finnish Government at the European Union level. Finland notably took a stance at the end of its term by publishing a proposal for a European « Agenda for Action » on Business and Human Rights, highlighting the need for EU-wide regulation on human rights due diligence which would take into account companies of different sizes and global value chains.

The Agenda for Action presents more than 20 proposals for measures that could be included in an EU Agenda for Action on Business and Human Rights. The topics relate in particular to public funding, development of legislation and judicial remedies, the effects of the sustainable development chapters in free trade agreements, and strengthening cooperation conducted in developing countries.

Under the German presidency of the EU, Germany has an opportunity to maintain this momentum. The current coalition German Government has indeed agreed to push for EU-wide regulation to compel companies to respect human rights if voluntary implementation proves to be insufficient, while over 100 civil society organisations demand human rights and environmental due diligence legislation.

In light of these various ongoing developments, BHR issues are more than ever at the top of the agenda both at the EU level and at the national level in numerous European countries.

International businesses wishing to anticipate regulatory changes are thus strongly encouraged to consider introducing or fine-tuning their existing human rights due diligence processes before it becomes mandatory, either at a national, EU or international level.

2. The 2017 French Duty of Vigilance Law: Increasing Enforcement

A prominent example of the development of BHR regulation was the widely publicised enactment of the French Duty of Vigilance Law in 2017. On 27 March 2017, France indeed propelled itself to the forefront of BHR regulation by imposing binding obligations on companies in relation to human rights due diligence, with the very broad law on the « duty of vigilance of parent companies and main contractor companies ».

One of the drivers for the enactment of the French Duty of Vigilance Law can be found in the significant engagement from NGOs that followed mass accidents, in particular the collapse of the Rana Plaza textile factory in 2013 in Bangladesh which was used by sub-contractors of several global companies, including French manufacturers or distributors.

As we write, the 2019-2020 vigilance plans required by the French statute are currently being issued. In parallel, we have seen the first-ever proceedings initiated in France for non-compliance with the Duty of Vigilance Law. Companies based in France need to fully grasp their legal obligations and the associated liability and litigation risks attached to non-compliance. Finally, the French judicial system is being reinforced to improve its capacity to tackle BHR infringements by setting-up specialised courts.

2.1 Vigilance plans: the key measure of the Law

The French Duty of Vigilance Law enshrines the obligation for large French companies to set up, publish and implement a « vigilance plan ». Since then, article L. 225-102-4 of the French Commercial Code states that: « The plan shall include the reasonable vigilance measures to allow for risk identification and for prevention of severe violations of human rights and fundamental freedoms, serious bodily injury or environmental damage or health risks resulting directly or indirectly from the operations of the subcontractors or suppliers with whom an established commercial relationship is maintained, when such operations derive from this relationship » (free translation).

The objective of such a plan - inspired by other compliance requirements existing under French law (in particular anti-corruption and bribery plans) - is to identify, anticipate and prevent human rights violations that might result from the activities of the parent company, its subsidiaries and controlled affiliates, and suppliers and subcontractors. More precisely, the statute aims at ensuring effective protection of fundamental rights, individuals' safety and environment.

The plan is expected to include and present the outcome of a BHR risk mapping, regular assessment procedures, appropriate actions for mitigating risks or preventing serious breaches, warning and reporting mechanisms, as well as monitoring processes to assess the effectiveness of the measures implemented. In practice, it is advisable for companies to create a stand-alone chapter of their CSR reports or management reports whose structure, where appropriate, can be drawn from the measures required by the French Duty of Vigilance Law.

The statute is applicable to French corporations with over 5,000 employees in France and/or over 10,000 employees worldwide (including the employees of subsidiaries and controlled affiliates of the parent company). In particular, it may apply to French subsidiaries of foreign companies or global groups insofar as they meet the

above-mentioned requirement. Approximately a few hundred French parent corporations would fall within the scope of the French statute and have the obligation to set up and implement a vigilance plan.

There is a clear intent from the lawmaker to see companies include in their vigilance plan (i) their own business activities as well as those of (ii) their subsidiaries and of (iii) any other company in their supply chain, regardless of the place where the activities are conducted.

This being said, the terms of the statute are not very specific regarding the exact depth of the risk mapping required by the parent company along its supply chain. One of the challenges associated with the mapping exercise is consequently to cover not only direct risks of the parent companies and the subsidiaries under their direct control, but also to extend the analysis to the wider supply chain and subcontractors.

The annual vigilance plans are now a component of the management reports issued for every financial year. The third round of vigilance plans should be shortly published, if not already (depending on the financial calendar of companies). Compared to previous iterations of the vigilance plans, the 2019 vigilance plans will have to report additional information about the concrete implementation of the vigilance plan throughout the supply chain.

The French Duty of Vigilance Law does not provide much context or definition. Yet, one can always refer to the above-described international law principles when seeking guidance on the implementation of this new compliance requirement. In particular, both the UNGPs and OECD guidelines are often useful sources of information to better understand what is expected from companies.

Best practices are emerging in terms of identifying, mapping, managing, and, the case arising, remedying adverse human rights impacts resulting from corporate activities.

2.2 The vigilance plans in practice

In response to the above-mentioned new compliance requirements, companies falling within the scope of application of the statute have published their vigilance plans. After the initial and second vigilance plans, there are significant expectations within civil society as regards the third vigilance plan, notably for corporations to disclose more about their concrete actions and the actual outcome and effects of these actions.

An NGO has carried out an analysis¹² of 83 plans published for the second round of vigilance plans, i.e. the plans published between September 2018 and June 2019. This analysis points out that most companies have now formalised vigilance plans and defined some measures. Their content reveals that a collaborative approach was followed within multinational groups to elaborate the plans, under the su-

pervision of CSR or sustainable development functions.

It is noticeable that one out of four companies of this panel has set up a dedicated committee and one third of the companies have exchanged with stakeholders on their vigilance plan (at Group level). In certain cases, top executives of the company were involved, in particular with regards to the plan's approval and monitoring. For one third of the companies, the monitoring of the plan is conducted at the highest level of group governance bodies.

As companies falling within the scope of the statute come from a variety of industry sectors, the plans show a wide range of risks identified as potentially related to their corporate activities. Risks at different levels of the supply chains were identified.

Human rights approaches were strengthened in 2018-2019 with the development of dedicated risk mapping assessments and responses. Most 2018-2019 plans mention the assessment processes of subsidiaries, subcontractors and suppliers: 80% of companies report a supplier risk mapping exercise. Existing procedures within companies have been reviewed. Some companies indicate being in the process of adapting their previous processes to focus more on vigilance (e.g. enlarging the scope of supply audits).

Another analysis, conducted by EY¹³, focused on the vigilance plans of 37 companies. This EY report points out that vigilance plans have improved with regard to the risk assessment or the description of the audit procedures implemented.

As for appropriate actions to mitigate risks or prevent serious harm, the analysis outlines that some actions have been generally initiated in 2018-2019 such as trainings or audits, even though limited information has been provided about operative responses to identified concerns. Companies nevertheless often plan to put in place key actions such as training and sensitization of employees, implementing new global or targeted CSR policies, charters or codes of conduct, checking CSR provisions in contracts, tenders, and certificates, and referencing suppliers according to CSR criteria.

Yet, the report underlines that information on action plans and monitoring arrangements for vigilance plans may sometimes appear incomplete: only a quarter of the companies in the panel published a report covering explicitly the implementation of their due diligence plan, even though this was a statutory requirement for 2018-2019. This undoubtedly seems to be an area for improvement in future plans.

Furthermore, companies indicate that they are gradually rolling out their due diligence programme within their organisation. Some companies indicated precisely which of the group subsidiaries are already included in the vigilance plan and which ones will be included in the future. The challenge ahead is to ensure that the measures are implemented and effective throughout the group and

12. « Application de la loi sur le devoir de vigilance », EDH Entreprise pour les droits de l'homme, 14 June 2019.

13. « Devoir de vigilance : analyse de la deuxième année de publication », EY, October 2019.

supply chain of the businesses.

An important challenge for corporations is on how to raise awareness and train employees across global groups so that they understand and report any concerns. Obviously, a balance needs to be found when deciding which information is to be made public. Once public, vigilance plans may be considered insufficient by certain stakeholders who could decide to engage in litigation for companies to be more proactive, as is the case for the first proceedings initiated in France.

2.3 Enforcement actions are around the corners

The French Duty of Vigilance Law is generally regarded as progress by civil society organisations because it acknowledges corporate responsibility to respect human rights throughout their supply chain and goes one step further by establishing mandatory due diligence, which can lead to civil liability in case of non-compliance.

This being said, some NGOs have already voiced that the implementation of the French statute is not enough in their views. They have put pressure on the French government to obtain a consolidated list of companies falling within the scope of the French statute in order to facilitate their monitoring (so far without it leading to any such publication).

Some stakeholders are also calling for an extension of the scope of application of the French statute to smaller groups, and for the statute to be amended to reintroduce penalties in case of non-compliance. A potential reversal of the burden of proof is also in the debate: should the lawmaker follow such suggestion, corporations would bear the burden of providing evidence that they comply with their compliance requirements, and it would not fall to third parties to give evidence of a breach of the duty of vigilance.

It is already certain that breaches of the Duty of Vigilance statute will not remain unpunished. The main sanction for non-compliance will come from civil litigation and potential liability for parent companies. Vigilance plans are now the support and source of litigation. Parent companies may be given formal notice to establish, publish and implement a vigilance plan by any interested parties. Stakeholders may also seek injunctive relief in summary proceedings, with the potential application of a penalty payment to secure enforcement of the order.

Most importantly, parent companies may be held liable in civil proceedings for any damage resulting from non-compliance, i.e. failing to prevent human rights violations through the effective implementation of a well-designed vigilance plan.

Recently, a few NGOs started the first lawsuit for non-compliance with the Duty of Vigilance Law against a French oil group regarding a number of allegations that the vigilance plan would not be sufficient, in particular to prevent some risks of adverse human rights impacts in Uganda. These proceedings are still pending. Other cor-

porations, one energy company and a company providing supply chain solutions, have reportedly received formal notices to comply with the French Vigilance Law late in 2019.

There are a number of questions which the statute does not answer as to how this new type of civil action will work in practice. The outcome of the first proceedings initiated for non-compliance with the Law will hopefully provide guidance to determine the precise scope of application of the statute and its implications in terms of civil liability, e.g. to determine when a company's vigilance plan is deemed to include « reasonable measures » which satisfy the legal requirement.

Furthermore, it remains to be seen whether enforcement will remain limited to civil liability actions. Indeed, the recent enforcement developments have been noticed by the French Government who seems determined to take action in relation to environmental damages. Due to the fact that environmental law breaches appear statistically less likely to lead to conviction than other criminal offences, the French Ministry of Justice presented a draft bill in February 2020 suggesting (i) the creation of new criminal courts dedicated to environmental law infringements and (ii) a reinforcement of the law enforcement responses to environmental offences. If this bill makes it into law in the near future, its precise coordination with the Law on the Duty of Vigilance (which does not provide for criminal sanctions) will be a question of great interest in practice.

Conclusion

When one looks at developments across Europe and more generally the globe, France does not stand out as an exception but as a pioneer. All stakeholders expect the development of additional hard law duties related to corporate human rights responsibility in Europe in the months and years to come, be it at national level with the adoption of domestic legislations or with the prospect of an international treaty or EU regulation.

Indeed, three years after the enactment of the Duty of Vigilance Law, a dozen European countries have discussions underway on human rights due diligence legislation and, in light of the proposal for a European « Agenda for Action » on Business and Human Rights, an EU-wide regulation on human rights due diligence is likely only a matter of time. The time where human rights compliance was a nice-to-have as part of a group's CSR initiatives has now clearly passed.

Human rights cannot be perceived anymore as a compliance risk only for companies. Adverse human rights impacts, or even insufficient due diligence, are now a potential source of liability and litigation. Human rights and especially environment litigation will increasingly be one of the main legal risks faced by global corporations in many European countries, where one can anticipate complex disputes to arise in light of the cross-border nature of these cases.



Christian Dargham • Partner in litigation and business ethics, Norton Rose Fulbright Paris.

Marion Marhuenda • Senior Compliance Counsel, Chanel.

Compliance and cultural diversity

80

Faced with the growing legal and reputational risks, expectations of stakeholders as well as the emergence of obligations, in a number of jurisdictions to set up compliance rules, companies are now required to have programs of ethics and compliance aimed at preventing the major risks to which they may be exposed (anti-corruption, sanctions, business & human rights, etc.)¹.

All the rules constituting the ethics and compliance program should enable the company's employees to adopt a course of action in conformance with its requirements. However, multinational companies bring together within their structures a wide variety of cultures, languages, traditions and legal specificities. There are also differences in business cultures between the different functions (e.g. management, operational, commercial, support, etc.) operating within the same entity and in the same country.

Ensuring the respect, and therefore, the effectiveness of an ethics and compliance program in the presence of multiple cultures is a real challenge for multinational companies. This is all the more so since compliance is a concept that was first developed in the United States to meet the expectations of the US authorities. As a result, compliance rules are generally marked by Anglo-Saxon culture (although other jurisdictions such as France have upgraded their laws in this area), which can be misunderstood in other legal systems².

For example, in Japan, unlike the United States, it can be difficult to implement a whistleblowing system. The values of courtesy and respect for hierarchy and experience are particularly strong and may constitute an obstacle when it comes to denouncing the reprehensible behaviour of a colleague or, worse, a hierarchical superior.

Similarly, if for developed countries defeating child labour is an important fight, it may not necessarily be a priority in certain emerging countries where children work to provide additional income for their families.

Therefore, in order to ensure understanding, assimilation and respect for the rules laid down in its ethics and compliance program, the company must ensure that it is adapted to the different systems of thought and to the cultural specificities that exist within it.

However, accounting for this cultural diversity may not be limited to simply translating the company's commitments, rules and procedures into local languages. Indeed, the company must also ensure that its program complies with the laws and regulations applicable locally, and that the rules set out are understood from a cultural point of view.

This cannot be achieved by setting up an ethics and compliance program with variable geometry depending on the place where the company's activities are carried out. Such an approach would not only be very difficult to implement in practice, but most importantly, it would also be contrary to the principle of the uniformity of the program, and would entail significant legal risk in view of the extraterritorial scope of certain legislations, in particular as regards anti-corruption.

An effective ethics and compliance program must be based on a set of fundamental values which will constitute a culture of integrity common to the whole company and transcending cultural differences (1). This culture of common integrity can then be adapted to local cultural specificities (2).

I. Developing a culture of common integrity

Identify the fundamental values of the company

The first step in developing a culture of common integrity consists in identifying and recognizing, at the highest level of the hierarchy, the existence of not one, but several cultures within the company.

From this plurality, it is necessary to establish a common base of fundamental values to which all employees will adhere, because they constitute points of convergence between the different existing cultures. These common fundamental values will define the line between what is acceptable, and what is not³.

It is on the basis of these fundamental values that the company's ethics and compliance program will be based. However, these must be sufficiently clear, general, and above all, limited in number so as to allow the adhesion of all employees. Moreover, these values must be identified in light of the specificities of the company itself, its activity, its mode of operation, or even its history.

The objective of the culture of integrity is also to provi-

1. The content of this article is based on the one previously published in french by A. Gaudemet (dir.), *La compliance, un monde nouveau ?*, E. Panthéon-Assas, nov. 2016.

2. B. Scholtens, L. Damsa, "Cultural Values and International Differences in Business Ethics", *Journal of Business Ethics*, 2007.

3. T. Donalson, "Values in Tension: Ethics Aways from Home", *Harvard Business Review*, Sept - Oct.1996.

de a reading grid of the company's commitments, which will allow employees to understand the ethics and compliance program. In fact, by tying the themes of its program back to the fundamental values it has identified, the company strengthens the legitimacy of its program, and therefore the adhesion by its employees. For example, civic engagement, trust or respect are universally recognized values that can serve as the basis for the implementation of an ethics and compliance program. Only the practical implementation of specific rules in which they result will significantly differ from one country to another, or rather from one culture to another.

Create a culture of strong common integrity

The mere display of the fundamental values constituting this culture of common integrity is not sufficient. These values must be systematically enforced and reaffirmed within the company by means of clear, regular and varied communication initiatives.

The company must reaffirm its commitments through traditional communication tools such as training, drafting of ethical charters, but also by adopting, itself, the behaviour which is consistent with the values it intends to defend.

Thus, if the company singles out trust as a fundamental value, it will, for example, have to adopt a transparent governance policy, guarantee protection against retaliation when employees report misconduct or refuse to pay bribes even if that means losing a contract.

Finally, putting in place a mechanism to reward the behaviour of employees participating in promoting the culture of corporate integrity, but also disciplinary sanctions for actions that do not comply with these values, will ensure the solidity of the company's culture of common integrity, and therefore of its ethics and compliance program.

The choice of values common to all cultures remains a delicate task, yet this approach helps to:

- avoid imposing a culturally oriented vision of integrity, which would be considered the only possible line of conduct ;
- propose acceptable line of conduct for all employees ;
- develop ethical standards which, while complying with local laws and regulations, will be more protective, than the local legal framework. For example, where local law allows child labor from the age of 12, the company could undertake not to employ minors under the age of 16 regardless of where it operates. Likewise, while some (few) jurisdictions allow facilitation payments, the company could adopt a policy that would not allow such an exception.

Once this base of fundamental values has been identified and communicated, it must be explained to and applied by all employees of the company regardless of their location and position.

2. The deployment of a locally adapted ethics and compliance program

Ethics and compliance programs must lay down clear and consistent rules while also offering enough flexibility to be adapted locally to different cultures.

Adaptation of the ethics and compliance program documentation

Codes of conduct, ethical charters and policies are the primary vectors of information on the company's ethics and compliance program. They set the tone. It is therefore essential that they be carefully drafted to translate the fundamental values of business integrity. Opting for a succinct writing, limited to a few synthetic and incompressible ideas, has the advantage of the clarity and accessibility of the message, while leaving some latitude to the entities to adapt this message in their daily practice. Texts should be written simply, limiting the use of technical terms and with practical examples so that everyone can understand the text regardless of their position, experience and culture. Finally, as far as possible, the texts must be available in all the local languages of the company.

On a daily basis, line managers will therefore have some leeway to promote respect for the fundamental values of the company while respecting the local legal framework and local culture.

For example, as part of its anti-corruption effort, a company may prohibit gifts and invitations in principle. However, it is necessary to adopt some flexibility, especially when the local culture considers this practice as an essential component of business dealings. In China, for example, gifts are an integral part of Guanxi culture, that is, of networking and of social and business relationships, with no negative connotation that they could take on elsewhere. Rather than formally prohibiting every form of gifts, which could either result in the rule not being followed or locally limit the prospects for commercial development, the company may set maximum value thresholds for such gifts and invitations and/or subject them to a prior authorization or declaration obligation.

Consulting local compliance ambassadors

Consulting local compliance ambassadors may prove useful for the company to better understand the cultural subtleties. These local ambassadors may be compliance officers or operational managers of local entities. Crucially, consulting these ambassadors enables the company to assess the perception of the message by the employees of these entities, and most importantly, to adapt it if needed.

Adaptation of training programs

Training and communication tools are essential elements for the effectiveness of an ethics and compliance program. If the general message which the company wishes to deliver has universal bearing - for example, fight against discrimination or corruption - the approach must be adapted

to the relevant cultural realities and functions.

During the 1970s and 1980s, an Asian airline had one of the worst safety records in the world, despite the use of high-performance equipment and handpicked personnel. It appeared that the training model chosen for pilots and co-pilots, modeled on the methods of western countries, was unsuitable. Co-pilots were unable to warn the older and more experienced pilot in an emergency. The culture of respect silenced them. Since this finding, the company has thoroughly reviewed its training programs and is now one of the safest companies in the world⁴.

This example illustrates the need to make prior adjustments before deploying a training program.

In order to facilitate such adaptation, the company may carry out training sessions in consultation with compliance ambassadors, local managers or other relevant departments. It should be emphasized that adapting these training courses and other communication tools does not in any way suggest leniency for bribes paid in an emerging country, while applying a more stringent standard in France or the United Kingdom. Instead, the rule remains the same for all jurisdictions, while the explanation of the text varies.

In addition, it is important to give priority to in-person trainings, in particular for employees with the highest exposure to the risk (as a result of a risk assessment exercise, such as sales representatives or procurement). Such trainings in-person have the advantage of being more adapted to the local reality than e-learnings. These trainings are also more effective, better understood and they provide an opportunity to receive a bottom-up feedback and get a better idea of the operations at the local level.

Finally, and rather intuitively, the adaptation of trainings must include the exercise of simplification in order to guarantee the accessibility of the content to all target audiences. When it is aimed at sophisticated audience, training can be technical as long as it is concrete. In all cases, it should be illustrated by concrete situations and show the audience how business could still be done in a compliant way.

This last recommendation is self-evident, yet must not be overlooked: there are still numerous examples of codes of conduct written in overly legal language emanating from the company's headquarters, and of trainings delivered by people who do not speak the language of the target audience. Not only such mistakes mute the compliance message, but they may even lead to its rejection.

Take the time to explain

Certain conduct, which may appear to the head office of the company as contrary to the ethics and compliance program, is not necessarily perceived as such by all employees (this does not concern the obvious cases of corruption or other clear violations). Thus, in the event of a reprimand or sanctions for breach of the program it is advisable to avoid tensions (especially among the colleagues of the person concerned) by taking the time to explain, for example through new training, why the behavior in question constitutes a violation of the ethics and compliance program.

Providing explanation can also be useful to enable the company to maintain its good relationships with its external stakeholders. Thus, when the company conducts an anti-corruption audit of some of its intermediaries, they might, in certain regions, react badly due to them having an impression of being unjustly suspected of corruption and believing their honour to be under attack.

However, we know that this exercise is part of a classic anti-corruption scheme, and does not necessarily mean that the intermediary is involved in corruption. As the intermediary concerned is usually a partner of the company on which its local operations may depend and with whom it will often continue to work, it is again advisable to take the time to explain. It may therefore be clarified at the beginning of the exercise, that an audit of this type is common, that it is imposed by the rules of good management of an ethics and compliance program, and that it is in no way directed specifically and personally against the intermediary.

The recent evolution of laws and best practices increased awareness among most third parties interacting with global companies, making due diligence and audit exercises less complicated in some cases.

In conclusion, local employees are the best ambassadors for ethics and compliance, and they are the ones who apply the program on a daily basis; if they believe in the message, if they take it on, the company will have taken a big step.

4. N. Singh & T. J. Bussen, "Why compliance professionals need to think about national cultures", *Compliance Ethics Professional*, July 2014.



Stephen L. Dreyfuss • Partner, Hellring
Lindeman Goldstein & Siegal LLP - Former
President, Union Internationale des Avocats

Replacing the culture of corruption with a culture of compliance: Europe takes responsibility for its own future

It has become fashionable in France and elsewhere in Europe, among journalists, politicians and other commentators, to criticize the enforcement of certain American statutes against foreign companies and individuals (particularly the Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), which punishes corruption of foreign public officials) as an instrument of economic warfare, used by the United States not to fight corruption but instead to “weaken foreign competition.”¹

These critics do not mince their words: “Under cover of the fight against corruption and terrorism, this is in fact a weapon of economic war, *whose only goal* is to weaken foreign competition or to obtain cutting-edge technology.”² Never mind the lack of proof, the impugning of American motives has been categorical. Even the report of the French parliamentary commission led by Member of Parliament Raphaël Gauvain resorted to the same type of claim, though conceding that it is only supposition: “The penalties enforced against foreign companies ... *seem* to have as their primary goal to weaken them in international competition”, or again, “the prosecutions pursued *seem* to be economically motivated and the targets chosen for this purpose.” *Le Monde’s* editorialist, however, felt no such constraints: “One question remains: how has the world remained passive for so long in the face of such an iniquitous American judicial system that is solely in the service of limitless economic aggression?”³

But what are the real facts of this debate? As the American revolutionary lawyer and second U.S. President John Adams argued when, despite his own sympathies, he nonetheless undertook the 1770 defense of British soldiers

accused of murdering colonial soldiers in Boston: “Facts are stubborn things; and whatever may be our wishes, our inclinations, or the dictates of our passion, they cannot alter the state of facts and evidence.”⁴

So what are the facts here? It is noteworthy that none of the critics of the so-called “extraterritorial application” of the FCPA contend that the European and other foreign companies prosecuted by the United States Department of Justice (“DoJ”) were factually innocent of having made massive corrupt payments to foreign public officials in order to obtain foreign public contracts.

On the contrary, no one appears to deny that foreign corruption was simply a standard way of doing business for the foreign companies prosecuted by the DoJ. For example, the case of Alstom SA is frequently cited by French critics of American anticorruption prosecutions of French and other foreign companies. As the *Le Monde* editorialist put it, rather mildly: “Bribes had been paid to Indonesian officials for the purpose of winning a contract.”⁵ In fact, however, according to the Statement of Facts attached to Alstom’s 2014 Plea Agreement in the U.S. District Court in Connecticut, as to which Alstom specifically stated under oath that it “admits, agrees and stipulates that the factual allegations set forth in [the Statement of Facts] are true and correct,”⁶ “Alstom paid approximately \$75 million in consultancy fees knowing that this money would be used, in whole or in part, to bribe or provide something of value to government officials to secure approximately \$4 billion in projects in multiple countries, with a gain to Alstom of approximately \$296 million.”⁷

There is a simple reason for American anticorruption prosecutions of foreign companies: the absence of foreign enforcement. France is an excellent example. Until relatively recently, and despite its accession to the OECD Anti-Bribery Convention in 2000, France had enacted no laws and had taken few steps to prevent corrupt foreign payments by its companies. France was repeatedly criticized by the OECD Working Group for “the lacklustre response of the authorities in actual or alleged cases of foreign bribery involving French companies,”⁸ and again two years later for the “lack of proactivity of the authorities in cases which involve French companies in established facts or allegations of foreign bribery. *To this day, no French company has yet been convicted for foreign bribery in France*, whereas French companies have been convicted abroad for that offence, and the sanctions for convictions of natural persons have not been dissuasive.”⁹

1. S. Lauer, « Sous couvert de lutte contre le terrorisme, l’extraterritorialité du droit américain est une arme de guerre économique » [online], *Le Monde*, 30 décembre 2019, [accessed February 20, 2020].

2. *Ibid* (emphasis added).

3. S. Lauer, *op.cit.*, « Sous couvert de lutte contre le terrorisme, l’extraterritorialité du droit américain est une arme de guerre économique ».

4. “Adams’ Argument for the Defense: 3-4 December 1770”, *Founders Online*, National Archives of the United States [online at founders.archives.gov].

5. *Ibid*.

6. *United States v. Alstom S.A.*, Case No. 3:14-cr-00246-JBA (D.Conn.), Plea Agreement, Docket Entry No. 5, filed.

7. Statement of Facts, ¶ 34.

8. OECD News Release, Oct. 23, 2012.

9. OECD News Release, Oct. 23, 2014.

It was not until November 2016, more than 16 years after its ratification of the OECD Convention, that France finally adopted the comprehensive anticorruption statute known informally as the “Loi Sapin II” in recognition of the then-French Finance Minister Michel Sapin. In addition to transforming the French economic landscape by (1) the creation of the French Anticorruption Agency (*Agence française anticorruption*) (“AFA”), (2) the creation (although only for corporate violators) of a French version of the American deferred prosecution agreement (“DPA”) called the *Convention judiciaire d’intérêt public* (“CJIP”), (3) the creation of a compliance obligation to prevent corruption in larger French companies (more than 500 employees and annual turnover above €100 million), (4) the authorization of American-style post-conviction monitoring by the AFA for companies convicted of corruption, and (5) the protection of whistleblowers, the Loi Sapin II also gave French prosecutors the same kind of extraterritorial anticorruption enforcement authority that the Gauvain Report and the French press continue to decry when exercised by the United States¹⁰.

Once again, however, perhaps because the French administration has failed to provide its prosecutorial authorities with the necessary resources to undertake extraterritorial enforcement under the Loi Sapin II, there have been no such French prosecutions to date.

Contrary to the European criticism of purportedly unbridled American extraterritoriality, the case law of the United States Supreme Court is clear and unequivocal in holding that there is a presumption against the extraterritorial application of US legislation: “It is a ‘longstanding principle of American law ‘that legislation of Congress, unless a contrary intent appears, is meant to apply only within the territorial jurisdiction of the United States.’”¹¹ As the Court held six years after *Morrison*: “It is a basic premise of our legal system that, in general, ‘United States law governs domestically but does not rule the world.’”¹²

The recent decision of the United States Court of Appeals for the Second Circuit in the DOJ’s FCPA prosecution of Alstom and its executives¹³, followed by the conviction of Lawrence Hoskins by a federal jury in Connecticut, makes clear that FCPA prosecutions for foreign corrupt payments can survive despite the *Morrison* presumption against extraterritorial application of American law.¹⁴

First, it is well-established that corrupt payments made to foreign public officials outside the United States

can be prosecuted under the FCPA as long as there is a US link to the illegal activity, such as the use of a US subsidiary (as in the cases of Alstom, BNP and numerous other defendants) or the use of US banks (as in the case of BNP and others). The particularity of the facts in *Hoskins* was that Hoskins was charged with illegal payments to foreign public officials in violation of the FCPA despite the fact that he had “never set foot in the United States or worked for an American company during the alleged scheme.”¹⁵ The Court of Appeals held that although “the FCPA does not impose liability on a foreign national who is not an agent, employee, officer, director, or shareholder of an American issuer or domestic concern --- unless that person commits a crime within the territory of the United States”¹⁶, a foreign national such as Hoskins who never entered the United States and never was employed by an American company nevertheless could be liable under the FCPA for illegal conduct he committed abroad as an agent of an American company¹⁷. That was the basis of Hoskins’ subsequent conviction after a jury trial¹⁸.

Nonetheless, the DOJ has made clear that it will limit or even avoid launching FCPA prosecutions of foreign defendants when the prosecutorial authorities of those countries demonstrate their ability and willingness to pursue foreign wrongdoers themselves. In May 2018, the DOJ announced a new “anti-piling-on” enforcement policy by which it sought to “enhance relationships with our law enforcement partners in the United States and abroad, while avoiding unfair duplicative penalties.”¹⁹ This followed the first coordinated FCPA resolution with Singapore and one of several such resolutions with Brazil, in which Singapore shipyard company Keppel Offshore & Marine paid a total of \$422 million in penalties to Singapore, Brazil and the United States after pleading guilty to foreign bribery allegations, with 50% of the penalty paid to Singapore and 25% to each of Brazil and the United States²⁰.

Only a month after the DOJ announced its new policy against “piling on,” it put that policy into practice in France. In “the first coordinated resolution with French authorities in a foreign bribery case,” the French bank Société Générale (“SG”) agreed to pay a total of over \$860

10. See, e.g., Art. 21 of the Loi Sapin 2 and Art. 435-6-2 and 435-11-2 of the French Penal Code.

11. *Morrison v. National Australia Bank.*, 561 US 247, 248 (2010), quoting from *EEOC v. Arabian American Oil Co.*, 499 US 244, 248 (1991).

12. *RJR Nabisco v. European Community*, 579 US, 136 S.Ct. 2090, 2100 (2016), quoting from *Microsoft Corp. v. AT&T Corp.*, 550 US 437, 454 (2007). Accord: *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum*, 569 US 108 (2013).

13. *United States v. Hoskins*, 902 F.3d 69 (2nd Cir. 2018).

14. But see n.18, *infra*.

15. 902 F.3d at 76.

16. 902 F.3d at 96.

17. 902 F.3d at 97-98.

18. However, on Feb. 26, 2020, the trial judge who presided over the Hoskins jury trial took the rare step of granting Hoskins’ post-verdict motion for a judgment of acquittal as to all of the FCPA charges against him, on the ground that the DOJ had failed to present sufficient evidence to permit a rational jury to conclude that he was an agent of Alstom S.A.’s Connecticut subsidiary, Alstom Power, Inc., when he committed the charged violations of the FCPA outside the United States. The trial judge denied Hoskins’ motion for acquittal as to the money-laundering charges of which the jury convicted him. *United States v. Hoskins*, Case No. 3:12-cr-00238-JBA (D. Conn. Feb. 26, 2020), Docket Entry No. 617. On March 6, 2020, the trial judge sentenced Hoskins to 15 months’ imprisonment on the money-laundering counts (far less than the 7-9 years sought by the DOJ). “Former Alstom Executive Sentenced to 15 Months in Prison”, *Wall Street Journal* [online], Mar. 6, 2020.

19. DOJ News Release, Remarks of Deputy Attorney General Rod Rosenstein, May 9, 2018.

20. DOJ News Release, Dec. 22, 2017.

million to France and the United States: \$275 million for manipulation of the London InterBank Offered Rate (LIBOR), and \$585 million for a “multi-year scheme” to pay “commissions” of over \$90 million to a Libyan intermediary (portions of which were paid as bribes to Libyan officials) through which the bank obtained over \$3.6 billion in business from the Libyan government, thereby earning about \$523 million in profits. With regard to the Libyan bribery scheme, the bank entered into a DPA with the DoJ and a CJIP with the French National Financial Prosecutor (*Parquet national financier*) (“PNF”) in which the DoJ agreed to share the fine equally with the PNF.

Significantly, the DoJ also agreed not to enforce the pre-existing DoJ policy that would have required SG to agree to the appointment of a DoJ monitor to oversee its post-settlement operations. Instead, the DoJ deferred to the AFA’s insistence on the appointment of an AFA monitor to supervise the bank’s performance under the French CJIP²¹. This was consistent with a French policy formally enunciated the following year in the “Guidelines on the Implementation of the Convention Judiciaire d’Intérêt Public” (*Lignes Directrices sur la mise en oeuvre de la Convention Judiciaire d’Intérêt Public*) (hereinafter “Guidelines”) issued jointly by the AFA and the PNF on June 26, 2019, which provide in the section entitled “International coordination”: “Should the legal person facing charges have its registered office or operating base in France or carry on all or part of its economic activities on French territory, the appointment of the AFA to monitor [the CJIP] is required pursuant to Article 41-1-2 of the Code of Criminal Procedure.”²²

More recently, the three-country resolution of the charges against Airbus SE announced on January 31, 2020 provides for Airbus’ payment of “combined penalties of more than \$3.9 billion to resolve foreign bribery charges with authorities in the United States (the DoJ and the State Department’s Directorate of Defense Trade Controls), France (the PNF) and the United Kingdom (the Serious Fraud Office) arising out of the Company’s scheme to use third-party business partners to bribe government officials, as well as non-governmental airline executives, around the world, and to resolve the Company’s violation of the Arms Export Control Act (AECA) and its implementing regulations, the International Traffic in Arms Regulations (ITAR), in the United States. This is the largest global foreign bribery resolution to date.”²³

As in the SG case, this settlement provides for a CJIP in France and a DPA in the United States (adding for Airbus a DPA in the United Kingdom as well). In the American DPA, moreover, the DoJ includes extraordinary language expressly recognizing the limits of its jurisdiction and the fact that the interests of France and the United Kingdom

in punishing Airbus’ misconduct are more significant than those of the United States:

“[T]he Company is neither a U.S. issuer nor a domestic concern, and the territorial jurisdiction over the corrupt conduct is limited; in addition, although the United States’ interests are significant enough to warrant a resolution, France’s and the United Kingdom’s interests over the Company’s corruption-related conduct, and jurisdictional bases for resolution, are significantly stronger, and thus the [DoJ has] deferred to France and the United Kingdom to vindicate their respective interests as those countries deem appropriate, and the [DoJ has] taken into account these countries’ determination of the appropriate resolution into all aspects of the U.S. resolution.”²⁴

As a concrete expression of the DoJ’s deference to the superior French and British interests in Airbus’ corrupt conduct, the DoJ agreed to credit nearly \$1.8 billion that Airbus is paying to France in its settlement with the PNF against amounts that otherwise would have been due to the United States²⁵. As a result, while Airbus will pay a net of about \$592 million to the United States to resolve the American charges, Airbus will pay far greater amounts to France and the United Kingdom: more than \$2.2 billion to France and \$1.09 billion to the UK²⁶. As in the SG case, moreover, in deference to AFA policy requiring AFA monitoring of Airbus’ compliance with the French CJIP, the DoJ again agreed not to require the appointment of an independent compliance monitor under the American DPA.²⁷

While the trend of DoJ deference to and cooperation with effective foreign anticorruption enforcement thus appears well under way, will the same cooperative attitude continue to apply as individual European countries and Europe as a whole begin to adopt the self-reporting and compliance obligations that heretofore have been largely an American phenomenon?

The oft-repeated insistence that compliance is a tool imposed on Europe by the extraterritorial excess of the United States is credible only if one believes that Europeans are incapable, culturally or otherwise, of abandoning corruption and conducting their foreign business activities based solely on honest price and quality competition. To state the issue is to resolve it: compliance is fully consistent with European culture and governance. It seeks only one thing: that business conduct itself is in conformity with the law. No principle could be more “European.”

Indeed, recent guidance documents issued by the AFA, the PNF and the SFO confirm the substantial similarity of the French, British and American approaches to compliance.

21. DoJ News Release, June 4, 2018.

22. Guidelines, § 5 at 15.

23. DoJ News Release, Jan. 31, 2020, at 1.

24. United States v. Airbus SE, Case No. 1:20-cf-00021-TFH (D.D.C.), Deferred Prosecution Agreement, Docket Entry No. 8 filed Jan. 31, 2020, ¶ 4(i) (emphasis added).

25. Ibid, 8-9.

26. Ibid, 4(g) and 4(h).

27. Ibid, 4(f).

The DoJ has stated its position on compliance clearly and repeatedly. In its April 2019 Guidance Document entitled “Evaluation of Corporate Compliance Programs” (“Guidance Document”), the DoJ notes that the “Principles of Federal Prosecution of Business Organizations” in the DoJ Justice Manual include “the adequacy and effectiveness of the corporation’s compliance program at the time of the offense, as well as at the time of a charging decision” and “the corporation’s remedial efforts ‘to implement an adequate and effective corporate compliance program or to improve an existing one’” among the “specific factors that prosecutors should consider in conducting an investigation of a corporation, determining whether to bring charges, and negotiating plea or other agreements.”²⁸

In this regard, “there are three ‘fundamental questions’ a prosecutor should ask²⁹: (i) ‘Is the corporation’s compliance program well-designed?’, (ii) ‘Is the program being applied earnestly and in good faith?’ In other words, is the program being implemented effectively?’, (iii) ‘Does the corporation’s compliance program work’ in practice?”

Similarly, the January 17, 2020 update of the SFO Operational Handbook entitled “Evaluating a Compliance Programme” emphasizes that “[a] key feature of any compliance programme is that it needs to be effective and not simply a ‘paper exercise’. A compliance program must work for each specific organization ...”³⁰ Prosecutors therefore must assess the past, present and sometimes the future effectiveness of such programmes in making prosecutorial decisions about a particular company³¹.

The French Guidelines also include “Implementation of an efficient compliance program” among the “Prerequisites for a CJIP.” For business entities covered by the compliance requirements of the Loi Sapin II, “[f]ailure ... to implement an effective compliance program to meet the obligation under Article 17 [of the Loi Sapin II] may be regarded as an aggravating circumstance when considering procedural options or determining the public interest fine.” Similarly, for “legal persons excluded from the scope of Article 17, voluntary implementation of an effective compliance program is a favorable indicator for being granted a CJIP.”³²

Finally, the AFA’s Guide Pratique: *Les vérifications anticorruption dans le cadre des fusions-acquisitions* (“Practical Guide: Anticorruption Due Diligence in Mergers and Acquisitions”) (“Guide Pratique F-A”), also issued on January 17, 2020, makes clear that at all stages of mergers and acquisitions --- whether before signing of the agreement, between the signing and the closing, or post-closing --- the acquirer must “be familiar with the principal elements of

[the target’s] anticorruption measures” (for example, existence of a code of conduct and an anticorruption policy, of a corruption risk map, etc.)³³.

A month earlier, in December 2019, the AFA published another Guide Pratique specifically addressing compliance: *Guide Pratique: La fonction conformité anticorruption dans l’entreprise* (“Practical Guide: The Corporate Anticorruption Compliance Function”) (“Guide Pratique Compliance”). The expressed purpose of this Guide, in words that could equally well have been written by the DoJ or the SFO, is to “help management structure, within the company, an integrated and effective anticorruption compliance function.”³⁴ It makes clear that “the AFA considers that the designation of a manager of anticorruption compliance, his or her positioning and the means placed at his or her disposal are evidence of management commitment to the prevention and detection of corruption.”³⁵ In short, in DoJ parlance: is the program well-designed, is it being implemented effectively and does it work?³⁶

Nevertheless, significant legal and cultural barriers between the US and European systems of anticorruption enforcement remain to be overcome. The principal legal barrier is that, unlike the American deferred prosecution agreement (“DPA”), the British DPA and the French CJIP are only available to legal persons, not to individuals. The SFO, the PNF and the AFA, like the DoJ, all put prime importance on a company’s self-reporting of wrongdoing and cooperation in investigations of itself, including by conducting an internal investigation and sharing the results with the authorities. But unlike the DoJ, which can include individual corporate officers and managers in a DPA, the PNF and the SFO lack the authority to cover individuals in a CJIP or a British DPA. This puts the corporate CEO in an impossible conflict of interest: the best interests of the company require self-reporting of wrongdoing and cooperation in the resulting criminal investigation, but those steps could well result in serious criminal risk for the individual CEO.

Yet the AFA rather blithely writes: “Moreover, the question arises as to the reporting by the [acquisition] target or the acquirer of these corruption facts to the Prosecutor. Although the managers of a company are not required to report such facts to the authorities, it may be in their interest to do so in order to discharge the company’s criminal exposure by entering into a Convention judiciaire d’intérêt public.”³⁷ Such self-reporting may indeed be in the company’s best interests; that it is in the best interests of the individual manager is not at all clear.

The statements of the PNF, the AFA and the SFO on this issue provide no guarantees and are hardly reassuring.

28. Guidance Document at 1, quoting from DoJ Justice Manual, 9-28.300.

29. Guidance Document at 2, quoting from JM 9-28.800.

30. SFO Operational Handbook, “Evaluating a Compliance Programme,” Jan. 17, 2020, at 1.

31. SFO Operational Handbook, *supra*, at 2.

32. Guidelines at 7.

33. Guide Pratique F-A at 11. See also *id.* at 13 (efficiency of internal corruption alert system).

34. *Id.* at 2.

35. *Id.*

36. Guidance Document at 2.

37. Guide F-A at 15 (emphasis added).

See “Value of the CJIP for natural persons (individuals)”: “For the natural persons under investigation, including top executives and employees (or former top executives and employees) of the legal person entering into a CJIP, the PRF [PNF] makes a case-by-case assessment of what further action is to be taken with regard to their situation.”³⁸ Similarly, the SFO cautions on its website that DPAs “apply to organisations, never individuals,” and notes that the terms required in corporate DPAs often include “co-operating with future prosecutions of individuals.” SFO Guidance, policy and protocols, “Deferred Prosecution Agreements”.

The second barrier - which applies principally to civil law countries rather than the UK - is cultural. The traditional culture of French criminal defense, for example, is one of denial and resistance, not self-reporting, negotiation and cooperation. The idea that a company will be best served by “helping the prosecutor” - by conducting an internal investigation at corporate expense and then turning its fruits over to the authorities, thereby reporting facts about the company’s own wrongdoing that the authorities do not yet know and might never otherwise have discovered on their own - is anathema to many French lawyers and companies. But prosecutions such as the joint DoJ/PNF investigation of SG and the mammoth Airbus cooperative settlement with the United States, the United Kingdom and France have begun to convince sophisticated counsel and executives that this attitude must change.

Considerations of self-reporting, cooperation and remediation were crucial to the DoJ’s willingness to agree to both the SG and the Airbus settlements. As the DoJ noted in its news release announcing the SG plea deal with both the DoJ and the PNF, and the resulting \$585 million in fines for the foreign bribery offenses alone: “The Department entered into this resolution in part due to Société Générale’s failure to voluntarily self-disclose the companies’ misconduct to the Department; the seriousness of the companies’ conduct, including the high value of the bribes paid to foreign officials; the company’s substantial, though not full, cooperation with the Department and the company’s significant remediation which, together with the company’s risk profile and ongoing monitoring by l’Agence Française Anticorruption, resulted in the Department determining that a monitor was not necessary in this case.”³⁹

Similarly, the resolution of the FCPA charges against Airbus was “based on a number of factors, including the company’s cooperation and remediation.”⁴⁰ By contrast, with regard to the related resolution of the AECA/ITR charges, “the department reached this resolution with Airbus based on the voluntary and timely nature of its disclosure to the department as well as the Company’s coo-

peration and remediation.”⁴¹ “The resolution ... reflects the significant benefits available under [the DoJ National Security Division]’s revised voluntary self-disclosure policy for companies that choose to self-report export violations, cooperate, and remediate as to those violations, even when there are aggravating circumstances.”⁴²

Reading between the lines, the missing reference to self-reporting with regard to the FCPA charges indicates that the DoJ viewed Airbus’ self-reporting of the FCPA violations as less timely, voluntary and comprehensive than its self-reporting of the arms control violations in 2017. This conclusion is confirmed in the Deferred Prosecution Agreement, where the DoJ makes clear that Airbus “did not receive voluntary disclosure credit for disclosure of the FCPA-related conduct because it disclosed the corruption-related conduct to the [DoJ] after the corruption-related investigation being undertaken by the Serious Fraud Office (‘SFO’) in the United Kingdom began and was made public, however, [Airbus] did disclose the conduct to the [DoJ] within a reasonably prompt time of becoming aware of corruption-related conduct that might have a connection to the United States.”⁴³ Other accounts also indicate that the initial SFO investigation was “triggered by a British whistleblower” in 2011, whereas the U.S. investigation apparently did not begin until after both the SFO and the PNF had begun their own investigations.⁴⁴

The PNF, the AFA and the SFO all have stated, like the DoJ, their desire that companies self-report and cooperate in foreign corruption investigations. Compare DoJ Justice Manual 9-47.120 - FCPA Corporate Enforcement Policy (“Credit for Voluntary Self-Disclosure, Full Cooperation, and Timely and Appropriate Remediation in FCPA Matters”) with Guidelines at 9: “Voluntary self-reporting of the offenses to prosecutors, if timely made, is taken into account favorably, both as regards the choice of the CJIP procedure and as a factor reducing the amount of the public interest fine ... Disclosure of the offenses must be made in detail to allow prosecutors to take a sufficiently accurate view of the offenses of which they were not previously aware” and Guidelines at 8: “The cooperation of the legal person in the criminal investigation is a prerequisite for entering into a CJIP. The quality of this cooperation will be a decisive factor regarding the abandonment of prosecution proceedings and use of a CJIP. It will also be taken into account in determining the amount of the public interest fine (by application of a mitigating factor).” See also SFO Guidance, policy and protocols, “Corporate self-reporting”: “The fact that a corporate body has re-

38. Guidelines at 4 (emphasis added).

39. DoJ News Release, June 4, 2018, at 3.

40. DoJ News Release, Jan. 31, 2020, at 3.

41. Id.

42. National Security Division Assistant Attorney General David P. Burns, quoted in DOJ News Release, Jan. 31, 2020, at 1-2.

43. Deferred Prosecution Agreement, 4(a).

44. See, e.g., FCPA Blog post by Harry Cassin, Jan. 31, 2020 ; See also B. Trévidic, Corruption: Airbus va verser plus de 2 milliards d’euros d’amende à la justice française, *Les Echos*, January 31, 2020 [accessed February 20, 2020] ; V. Guillermand, Airbus écope d’une amende record, *Le Figaro*, January 29 2020, [accessed February 20, 2020].

ported itself will be a relevant consideration to the extent set out in the Guidance on Corporate Prosecutions. That Guidance explains that, for a self-report to be taken into consideration as a public interest factor tending against prosecution, it must form part of a ‘genuinely proactive approach adopted by the corporate management team with the offending is brought to their notice.’ Self-reporting is no guarantee that a prosecution will not follow. Each case will turn on its own facts.”

It is not at all clear, however, that the PNF has anywhere near the level of control over the subsequent judicial proceedings that is necessary to make good on such promises of favorable consideration in exchange for self-reporting and cooperation. It does have substantial power over the decision to grant a CJIP, although the resulting agreements must be approved by a court, but it has much less power to ensure that sitting trial judges reward cooperation in criminal prosecutions, such as those of corporate CEOs whose companies sign CJIPs but who are not eligible for CJIP treatment as individuals. The DoJ, by contrast, can make charging decisions and take sentencing positions that reliably ensure a more clement outcome for self-reporting and cooperating defendants, whether by covering them in a corporate DPA or agreeing to a guilty plea with a defined punishment range.

Nevertheless, compliance has become the newest cottage industry in Europe. Law firms, accounting firms, consultants and all manner of startups offer an increasing variety of compliance program design and execution, at varying cost levels compatible with the resources of larger and smaller companies subject to the compliance requirements of the Loi Sapin II and analogous legislation elsewhere in Europe. This is all to the good.

The US authorities continue to show their willingness to cooperate with and defer to foreign prosecutors who take effective steps to detect and punish foreign corruption committed by foreign companies anywhere in the world. “[F]or the FCPA-related conduct, the U.S. resolution recognizes the strength of France’s and the United Kingdom’s interests over [Airbus]’ corruption-related conduct, as well as the compelling equities of France and the United Kingdom to vindicate their respective interests as those countries deem appropriate, and the department has taken into account these countries’ determination of the appropriate resolution into all aspects of the U.S. resolution.”⁴⁵

The SG and Airbus settlements thus put the lie to the facile claim that the US authorities are using FCPA prosecutions of European companies to advance the interests of American competitors rather than to punish and prevent corruption of foreign public officials. In the Airbus case, the DoJ’s sacrifice of \$1.8 billion in hard cash demonstrates its respect for its French counterpart.

45. DoJ News Release, Jan. 31, 2020, at 3.

As *Le Figaro* observed in reporting the Airbus resolution: “*Les Américains ont pu s’assurer du sérieux et de la profondeur du travail de leurs homologues européens. La sévérité de l’amende montre qu’Airbus ne bénéficie d’aucun traitement de faveur malgré son statut d’icône industrielle européenne et d’entreprise stratégique. Le PNF, qui traitait sa première affaire internationale de grande ampleur depuis la loi Sapin II, y gagne du respect et de la crédibilité*”.⁴⁶

The settlement also provides for about \$1.09 billion to be paid to the SFO under the British DPA covering bribes paid in Malaysia, Sri Lanka, Taiwan, Indonesia and Ghana.⁴⁷

The DoJ could have insisted on prosecuting those bribes itself, but in accordance with its policy of cooperation with foreign authorities, its deference to the effective efforts of the SFO in initiating and completing the Airbus investigation led it to sacrifice more than \$1 billion that it might previously have received alone.

In the wake of these cases, there is no reason to believe that the DoJ will not continue to enforce the FCPA aggressively around the world, or that the DoJ will not continue to defer to foreign authorities where foreign law provides effective remedies and foreign prosecutors prove themselves to be effective instruments of enforcement. Despite President Trump’s pre-presidential pronouncement in a 2012 interview that the FCPA is “a horrible law” that “should be changed,”⁴⁸ FCPA enforcement by the DoJ has continued to grow during his presidency. The five largest FCPA resolutions of all time have occurred since Trump became President: Airbus SE (Netherlands/France) (\$2.09 billion) in 2020; Petrobras (Brazil) (\$1.78 billion) in 2018; Ericsson (Sweden) (\$1.06 billion) in 2019; Telia (Sweden) (\$965 million) in 2017; MTS (Russia) (\$850 million) in 2019.⁴⁹

European companies, lawyers, political leaders and commentators therefore must face up to a crucial question: Instead of the current chauvinistic harrumphing, spinning of conspiracy theories and procès d’intention about the supposedly “iniquitous” motivation of American anticorruption prosecutions of European companies, would it not be better for Europe to make such foreign prosecutions unnecessary by increasingly assuming its own responsibility for replacing the culture of corruption with a culture of compliance?

46. V. Guillermand, “Airbus écope d’une amende record”, *Le Figaro*, January 29 2020, *op. cit.*

47. DoJ Press Release at 2.

48. CNBC SquawkBox, May 15, 2012.

49. The FCPA Blog, *Airbus Shatters the FCPA Top Ten*, Feb. 3, 2020.



Antoine Gaudemet • Professeur à l'Université Panthéon-Assas, Co-directeur du diplôme d'université de compliance officer

What is Compliance?

Defining compliance is not straight-forward¹. There is no consensus on the word compliance itself². In French, the terms compliance and “*conformité*” are used alternatively, albeit with a preference for the first term. This reluctance, while not found when translating the word “comply or explain” into the related subject of corporate governance, is illustrative.

This shows two things. First, a dissatisfaction with the translation of the word compliance by “*conformité*”: intuitively, we perceive that the word “*conformité*” – which is common in legal terminology, notably in the fields of accounting and audit – fails to convey the unique nature of the concept of compliance. Second, a sense of oddity, in the literal sense of the word.

Literally, the notion of compliance is foreign to French legal culture. Modern French legal culture was built on the idea of legality, i.e. on the idea that there are rules that prescribe conduct, impose prohibitions and threaten those who violate them with a sentence, pronounced by a court of law. Legality provides for a vertical confrontation of each individual, of each enterprise, with the law, under the threat of a sentence pronounced by a judge. Compliance shows something else. It is less concerned with whether companies breach the rules which apply to them than with whether they implement an effective mechanism for preventing the risk of breaching those rules.

Compliance no longer relies solely on the vertical confrontation between the company and the law, but also on the creation of a horizontal environment within the company itself that tends to reduce the risk of infringements of the rules³. In the long term, it entails a dou-

bling of companies' liability, which is already enshrined in several pieces of legislation, notably the English Bribery Act of 2010 and the Sapin II Law of 2016: in the future, companies will no longer be liable solely for breaking the rules that applied to them but also, and perhaps even more importantly, for not having put in place an effective mechanism to prevent the risk of breaching these rules. The impression of alienity could be blamed on the way in which compliance was introduced into French law: under the influence of coercion, of “*violence*”, as some write⁴.

The story is well known, especially with regard to an important chapter of compliance that is the fight against international corruption. Although France ratified the OECD Convention ‘on Combating Bribery of Foreign Public Officials’ as early as 2000, it has since remained a poor performer in the fight against international corruption, regularly criticized by the OECD and several non-governmental organizations. At the same time, moral disapproval and legal repression of international corruption has increased in most parts of the world.

This growing discrepancy has gradually created favorable conditions for the extraterritorial application of certain American laws and an outreach of American judicial power, particularly with regard to French companies: Alcatel-Lucent, Technip, Total, Alstom, to mention just a few, have been sanctioned by the US judicial authorities, sometimes for considerable amounts. These sanctions have led French companies of global stature to integrate under duress the compliance concerns specific to US law and, more broadly, the need to comply with US laws in certain areas of economic and financial activity.

They finally made the French public authorities aware of the need to remedy the *de facto* situation that had arisen and to replace it with a *de jure* situation, a procedural framework and legislation incorporating compliance concerns, in an attempt to contain the spillover of US judicial power. The resulting Sapin 2 Law is a text adopted in a defensive position: if it introduced the notion of compliance as never before in French law, it is first of all in the hope of leading the most active judicial authorities, American in particular, to decline their extra-territorial jurisdiction with regard to French companies. Strictly speaking, compliance is therefore a legal import product, which makes it difficult to draw up a definition.

Techniques and procedures

Nevertheless, we can start from a definition, which is widespread in practice, which is that proposed by the *Cercle de la compliance*, an association that has set itself the objective of studying compliance⁵. According to this definition, compliance would be “all the processes that

1. The content of this article is based on the contribution previously published in french by A. Gaudemet in *Commentaire*, N°165 Printemps 2019, p. 109-114.

2. Although the word compliance in English implies something stronger than mere “conformité”, namely obedience.

3. F. Gros, « Coopérer contre soi-même », in *Deals de justice, le marché améri-*

cain de l'obéissance mondialisée, PUF, 2013, p. 173 et s.

4. M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance », *Recueil Dalloz*, sept. 2016.

5. This definition used to appear on the association's website. It is no longer there since the website was redesigned.

ensure that the behavior of the company, its managers and employees complies with the legal and ethical standards applicable to them". At first glance, this definition does not seem to say much that is not already known⁶.

If it is a question of saying that companies and their members are obliged to comply with the rules of law applicable to them, it is useless, as it is the very definition of law. If it is a question of saying that companies and their members voluntarily undertake to comply with the rules applicable to them, it is still useless: the consent of the addressees of the rule of law is not a condition for its application. If, finally, it is a question of saying that companies and their members can, beyond the legal standards applicable to them, also choose to comply with the ethical standards that they set for themselves, within the framework of an ethical charter for example, the idea is not new: it pre-existed the phenomenon of compliance, particularly in the field of corporate social and environmental responsibility. Nevertheless, the definition proposed by the *Cercle de la compliance* still says a lot, even if it may not say everything.

First of all, it says that what fundamentally characterizes compliance is not the legal disciplines it encompasses, but the techniques it introduces. The definition of the *Cercle de la compliance* refers in general terms to the "behavior of the company" and its members. This generality is a way of saying that compliance is potentially intended to concern all branches of corporate law – the fight against corruption, the fight against money laundering, the fight against tax and social fraud, social and environmental responsibility, product safety, personal data protection, etc. – and that it can be applied to all areas of corporate law – and that wanting to take a disciplinary approach to it – in competition law, tax law, banking law, etc. – is not an option and would not make much sense.

It is noteworthy in this regard that the concept of a compliance program first appeared in the United States in the 1990s as part of the Federal Sentencing Guidelines, i.e., federal guidelines for the enforcement of sentences, which cover the entire field of organized crime without any particular disciplinary connection.

In reality, compliance is best defined by techniques, and it is probably the word "process" that is most important in the definition proposed by the *Cercle de la compliance*. As far as we are concerned most immediately, the Sapin 2 Law introduced almost no new substantive rules into French law, but a whole new set of techniques and procedures.

Preventative techniques - principally with the implementation, in the most important companies, of a "compliance program" – include: a code of conduct describing the behavior to be banned as likely to constitute corruption or influence peddling; an internal warning system; risk mapping based on the business sectors and geogra-

phical areas in which the company operates; procedures for assessing "third parties" (customers, suppliers and intermediaries); specific accounting control procedures; a training system for staff most exposed to the risks of corruption and trading in influence; a disciplinary system applicable to breaches of the code of conduct; and a system for the periodic control and evaluation of all the above measures.

Law enforcement techniques also include the creation of a penal transaction without admission of guilt, the "*convention judiciaire d'intérêt public*", which may include the obligation for the accused company to submit to a compliance programme, and the introduction of a "non-conformity penalty" constituting a kind of compliance penalty.

The aim of all these techniques is to encourage the largest companies to monitor the rules applicable to themselves, at their own expense, and to internalize the monitoring of these rules by describing the breaches that may occur (code of conduct), by facilitating the identification and reporting of such breaches (accounting control procedures and internal warning systems, in particular), and by organizing sanctions within the company itself (disciplinary sanction system). In this respect, these techniques are as much, and perhaps even more, a matter of organizational management and science as of law.

Moreover, it is clear that the central concern in the implementation of a compliance program is its effectiveness⁷. It is not enough that the program put in place meets the requirements of the face of the law alone. It must also, and even more importantly, be supported by the company's management and assimilated by its members, particularly at the cost of a training effort. Basically, it is much more than a simple legal adaptation that is expected from the companies concerned: it is a change of culture in the very way they conduct their business; it is a moral reform of the behavior of the company's players that is sought.

Organization rather than law

For this reason, the term 'compliance law', which is sometimes suggested⁸ is open to discussion. It runs the risk of being simplistic: compliance is not primarily a legal phenomenon, but a more general organizational phenomenon that should be considered in the light of disciplines other than law. The term "compliance law" may even be misleading. It does not seem obvious at this stage that compliance is likely to become the source of a new law⁹.

The rules that it claims to guarantee the effective application of are ordinary rules of company law, considered in its various branches: rules of criminal law, with regard to the prevention of corruption; of competition law, with regard to the prevention of abuses of economic power; of

6. M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*

7. This refers to the notion of enforcement that is specific to U.S. law.

8. M.-A. Frison-Roche, *op. cit.*

9. Compare to M.-A. Frison-Roche, « Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, Juil. 2018.

financial law, with regard to the prevention of market abuse or money laundering, etc. The rules of company law, considered in its various branches, are the following: criminal law, with regard to the prevention of corruption; of competition law, with regard to the prevention of abuses of economic power; of financial law, with regard to the prevention of market abuse or money laundering, etc. The legal nature of these rules has not changed: they remain rules of “hard law” and “soft law”, prescriptions and incentives, to which are periodically added good practices and ethical standards that companies assign to themselves.

The authors of these rules have not been changed either: they are still the legislator and the regulators it has instituted - the French Competition Authority, the Financial Markets Authority, the Prudential Supervision and Resolution Authority, the Anti-Corruption Agency and, lastly, certain international organizations, such as the World Bank, and professional organizations.

In short, it seems that compliance fits naturally into the normative environment of regulation, of which it is an avatar, a form of extension. If compliance shows originality, it is above all, once again, in the techniques, both legal and management, that it requires the most important companies to implement in order to guarantee the effective application of the rules of corporate law that apply to them.

Companies as the actors of control

Perhaps this is where the definition proposed by the *Cercle de la compliance* would benefit from clarification. Without further clarification, it may give the impression that companies are only subject to compliance.

The essence of compliance is that the companies subject to it become active players in the enforcement of the rules that apply to them. To a certain extent, these companies are enlisted by the legislator in the enforcement of the rules that apply to them, as would be the case with court officials. They are required to set up a transparency system and watchdog units to statistically reduce the risk of infringement of the rules to which they are subject. For this reason, not all companies are concerned by compliance, but only “significant size” companies, according to the terms of the Sapin 2 Law.

These companies are those that have reached a size where they could avoid state control in the conduct of their business, are at the crossroads of many flows – of goods, capital, data and information – and can bear the cost of implementing a compliance program. It is logical, from this point of view, that compliance has primarily concerned banking and financial companies, which have a systemic dimension and position linked to the very nature of their activity: money trading. In the interests of efficiency, it is these companies, having reached a significant size, that are targeted by the legislator to become simultaneously subjects and actors of compliance. This is done at two levels: by controlling themselves, as we know;

and by controlling third parties” – customers, suppliers and intermediaries – whose integrity they must assess before entering into a business relationship with them.

In a way, the modern State seeks the relay and the leverage, the “armed arm”, of companies of significant size to maintain and extend the policing of economic activities that it can no longer afford to police on its own.

To account for this other characteristic aspect of compliance, it may then be preferable to define it as “a set of legal and management techniques, the implementation of which is imposed on companies of significant size in order to monitor the effective application of the legal and ethical rules applicable to them and to reduce the risk of infringement of those rules”.

This other definition shows compliance for what it really is: a discipline of the link between the legal function and the operational functions of the company. Drawing upon the consequences of the breadth of large companies, it seeks the means by which to bring about an institutional translation of legal imperatives, proceeding from the premise that it is not enough to merely “say the law” in the company in order that it be applied.

Lessons of failure

If one can agree on this definition, it becomes finally possible to find out what compliance is all about. Above all, it is a manifestation of the failure of modern states to control large companies themselves through the ordinary channels of the control of legality. As a result of the liberalization of economic trade and the globalization that has accompanied it, and the acceleration of technological progress, some companies have reached a size large enough to be able to escape, in fact and in law, from the control of the States in which they operate, and even from the very notion of territory.

These companies have found themselves in a position to develop globalized economic and financial crime, sophisticated criminal schemes that play on the differences between States, their legislation and their prosecuting authorities, as has been seen in several cases of international corruption or money laundering. They have become too big to prosecute, as English-speakers say, i.e. too big to be prosecuted and punished by the ordinary criminal or administrative process.

The failure of the criminal trial to crack down on the economic and financial delinquency of globalized companies is particularly edifying.

In France, only one company has been definitively convicted of bribery of foreign public officials.¹⁰ This clearly does not correspond to the profile of the French economy, which remains one of the largest and most globalized in the OECD.

10. Total, in the « Oil for Food » case, Paris, 26 February 2016, No. 13/09208, D. 2016.1240, note J. Lelieur; add. French Cass. crim., 14 March 2018, No. 16-82.117.

Compliance is learning from this failure. Since governments are unable to monitor the most active companies in the globalization process effectively on their own, they are enlisting them in monitoring the rules applicable to them by requiring them to organize transparency and monitoring techniques within their own organizations to reduce the risk of infringement of the rules to which they are subject.

This is, to be sure, the genius of compliance. It transfers the weight and cost of control that modern States no longer manage to exercise effectively over companies of significant size to the companies themselves and, in so doing, enables States to recover indirectly, in a mediated manner, the sovereignty they had lost over these companies.

This genius comes to light when companies suspected of having effectively failed to comply with the rules that applied to them are invited to incriminate themselves by carrying out at their own expense an internal investigation designed to shed light on the facts they are accused of – in short, to do the work of prosecuting authorities who do not have the means to do so.

But it's also the misery of compliance. Basically, compliance is first of all the new police of economic activities developed by modern states, deprived of their resources and traditional means of action in the face of the most important companies generated by globalization, before being absorbed - and ennobled in reality - in a business ethic, a virtuous objective of good business conduct.



Daniel Kadar • Avocat associé, Reed Smith LLP

Laetitia Gaillard • Avocate, Reed Smith LLP

Stéphanie Abdesselam • Avocate, Reed Smith LLP

Le nouveau paysage de la conformité à l'heure des premiers bilans : une inspiration commune, des autorités de régulation qui ont pris leur essor et un contentieux nourri à venir

L'heure des premiers bilans a sonné s'agissant du nouvel ensemble de réglementations majeures qui, bien qu'ayant des sources et des raisons d'être différentes, se sont imposées aux entreprises et au public. Parmi celles-ci, le règlement européen sur la protection des données¹ (RGPD), adopté dans une logique d'harmonisation de la protection des données à l'échelle de l'Union européenne, ou encore en matière d'anticorruption, la loi n° 2016-1691 dite loi Sapin II², qui a vu le jour à la suite de scandales tels que l'affaire Cahuzac, qui a permis à la France de s'aligner sur des standards européens et internationaux comme le *Foreign Corrupt Practices Act* aux États-Unis. La loi n° 2017-399 du 27 mars 2017³, qui instaure un devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre, est appelée à être renforcée et s'inscrit également dans cette lignée.

En pratique, ces nouvelles normes ont eu un impact significatif sur l'organisation fonctionnelle et la stratégie opérationnelle des entreprises. Il y a un véritable cousinage entre ces réglementations, car toutes présentent un dispositif organisationnel commun. Leur entrée en vigueur a fait émerger une nouvelle logique de conformité, à travers notamment le principe de « *accountability* » ou de démontrabilité – très éloigné de la culture française habituée jusque-là à un régime déclaratif et à l'accomplissement de démarches *a priori*⁴. Sur le plan technique, la loi Sapin II, comme le RGPD, imposent la mise en place d'outils et de processus internes très simi-

lares, dont les acteurs doivent pouvoir apporter la preuve en cas de contrôle. C'est également le cas de la loi pour le devoir de vigilance, qui impose aux plus grandes entreprises d'établir et de publier un plan de vigilance visant à identifier puis à prévenir les risques en matière de santé sécurité, d'environnement, mais aussi de droits humains et de libertés fondamentales posés par leurs propres activités mais aussi par celles de leurs filiales, sous-traitants et fournisseurs, en France comme à l'étranger.

La recrudescence des contrôles diligentés par les autorités règlementaires et la lourdeur des sanctions encourues ont, elles-aussi, joué à l'évidence un rôle important dans l'évolution et la prise de conscience de l'approche préventive, et donc de la fonction de conformité dans toutes les entreprises impactées par ces réglementations⁵. Aujourd'hui, les sociétés ne peuvent plus attendre d'être sanctionnées pour s'approprier les exigences de conformité : d'une part, en raison des sanctions encourues, qui ont connu une augmentation vertigineuse, d'autre part parce que la conformité participe désormais à l'accomplissement des objectifs de l'entreprise. Une conformité adaptée aux spécificités de chaque entreprise, car chacune doit déterminer les sujets les plus importants – selon son environnement et la nature de ses activités – sur lesquels elle devra placer stratégiquement ses efforts de conformité⁶.

Enfin, on constate que le rôle de régulation confié originellement à l'État régalien a été délégué à des acteurs indépendants du pouvoir politique – les autorités de régulation – qui ont vu leur mission significativement s'élargir. La multiplicité des interactions avec ces régulateurs et l'augmentation corrélative des procédures de sanction administrative ont donné naissance à un essor considérable du contentieux réglementaire qui se veut, tant sur le plan organisationnel que procédural, aligné sur les procédures judiciaires.

C'est la grande nouveauté du phénomène en cours depuis un peu plus de deux ans : un mouvement inéluctable de judiciarisation auquel les acteurs doivent fortement se préparer.

I. Une nouvelle logique de responsabilisation : des choix stratégiques de conformité s'imposent, les autorités de régulation n'étant plus des « juges de paix »

En matière de conformité, après la déclaration, le mot d'ordre est dorénavant celui de la responsabilisation. Ainsi, en matière de protection des données, le RGPD met un point d'honneur à l'intégration du principe d'*accountability* en obligeant les acteurs à mettre en œuvre des mécanismes permettant de démontrer leur conformité

1. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données).

2. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

3. Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.

4. A. Gaudemet, *La compliance : un monde nouveau ? Aspects d'une mutation du droit*, Ed. Panthéon-Assas, 2016.

5. A. Granel, « Conformité : l'état des entreprises françaises en 2020 », *La Lettre des Juristes d'Affaires*, 3 févr. 2020.

6. W. Ayed et F. Verdun, « Infractions économiques - La fonction conformité anticorruption dans l'organisation selon l'Agence française anticorruption », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, n° 17-18.

aux exigences de protection des données personnelles⁷.

Concrètement, les acteurs économiques doivent être en mesure d'apporter la preuve des études d'impact menées en interne et des solutions techniques adoptées pour se conformer aux exigences réglementaires, en justifiant l'intervention d'un délégué à la protection des données (« DPO » ou « DPD ») ou d'un conseil externe. Ceci est fondamental, d'autant que cette logique de « démontrabilité » implique, au stade des contrôles réglementaires, un véritable renversement de la charge de la preuve, celle-ci pesant désormais sur les acteurs qui feront parfois face à une présomption de non-conformité.

C'est un renversement complet de paradigme, et les acteurs doivent adapter leurs procédures internes de développement puis de gestion de projets, au travers du concept de « *privacy by design* » prévu par le RGPD : la conformité doit se penser en amont, puis tout au long de la vie d'un projet.

Parmi tous les outils et processus internes permettant aux acteurs de faire valoir leur mise en conformité, la mise en place d'une cartographie des risques semble désormais constituer une étape incontournable, aussi bien en matière de protection des données, de réglementation anti-corruption que d'obligation de vigilance.

En pratique, l'établissement d'une cartographie fait reposer l'identification des risques sur une logique commune : tout d'abord, il s'agit de mener une analyse objective, systématique et documentée des risques internes et externes, nécessitant la conduite de *due diligences* des partenaires commerciaux et prestataires avec qui les sociétés conduiront leurs affaires. Une phase d'identification des risques « à 360° » est requise : tous les départements des entités d'un même groupe doivent être impliqués afin d'identifier les risques. D'autres mesures sont mises en avant, notamment l'instauration de codes de conduite, de politiques internes intégrées ou encore la mise en place de dispositif d'alerte interne⁸.

Bien évidemment, les autorités de régulation ont une sensibilité différente quant aux choix « formels » ou « méthodologiques » des outils de conformités mis en place par les sociétés : l'Agence Française Anticorruption (« AFA ») a d'ailleurs très récemment affirmé ne vouloir sanctionner que les manquements aux obligations légales, à l'exclusion de toute obligation facultative ou d'une obligation ajoutée par une recommandation émise par les autorités de régulation. La CNIL semble quant à elle aller au-delà des exigences légales en fixant ses propres critères : il sera ainsi prudent que les acteurs suivent les recommandations préconisées par ses lignes directrices, quand bien même elles ne seraient pas en tant que telles contraignantes et dépasseraient les exigences de conformité résultant du RGPD.

7. « RGPD, l'heure des contrôles a sonné », *Option Finance et Option Droit & Affaires*, Collectif, juil. 2019.

8. O. Claude et P. Dufourcq, *Décryptage des recommandations de l'AFA*, *Dalloz Actualités*, 9 janvier 2018.

La responsabilisation des acteurs va également de pair avec une logique de « *reporting* ». Ainsi, la loi Sapin II instaure un mécanisme de « lanceur d'alerte » dont le champ d'application est extrêmement large, et peut même englober toute violation des obligations en matière de protection des données personnelles. Dans le cadre du RGPD, ce *reporting* est concrétisé par les procédures de notification des incidents de sécurité auprès des autorités de contrôle, et par la possibilité offerte aux utilisateurs de faire des signalements auprès de la CNIL en cas de violation de leurs droits. Cette logique de *reporting* se retrouve aussi dans d'autres secteurs, comme le domaine de la santé, où la loi Bertrand⁹ a imposé aux entreprises entretenant des liens d'intérêt avec des professionnels de santé de les rendre publics deux fois par an (au 1^{er} septembre et au 1^{er} mars) sur une plateforme mise en place par le gouvernement.

Ces exigences de responsabilisation et de *reporting* ont des impacts concrets sur le fonctionnement des entreprises, dans la mesure où la coordination de différents services sera exigée. Par exemple, les obligations déclaratives en matière de transparence santé imposera de mettre en place des procédures internes permettant de tracer précisément toute convention signée, rémunération ou avantage octroyé à un professionnel de santé. A l'entreprise de mobiliser voire recruter les ressources nécessaires pour remplir ces obligations.

Le RGPD et la loi Sapin II ont également fait émerger de nouveaux acteurs au sein des entreprises : le délégué de la protection des données ou encore le responsable de la conformité. Tenus d'assurer l'observation, tant par la direction ainsi que par les employés, des obligations de conformité, ils sont – de par leur statut – les interlocuteurs principaux des autorités de régulation¹⁰.

L'émergence de ces nouveaux acteurs, qui internalisent la conformité au sein des organisations, s'accompagne d'un désengagement des autorités, avec lesquelles les interactions de prévention diminuent.

En effet, toutes les formalités préalables, telles que les déclarations auprès de la CNIL, ont été significativement réduites. Les acteurs doivent être en mesure d'évaluer la conformité de leurs propres procédures sans pouvoir compter nécessairement sur une validation préalable des autorités leur garantissant une sécurité. Depuis l'entrée en vigueur du RGPD, la CNIL s'abstient également de donner des conseils préventifs personnalisés concernant la mise en œuvre pratique des exigences réglementaires.

La logique est désormais bien celle du contrôle *a posteriori*, qui va de pair avec l'augmentation des pouvoirs d'enquête et de sanction. La responsabilisation se conjugue avec une responsabilité civile (et pénale) accrue : l'autorité de régulation ne participe plus à la définition du schéma

9. Loi du 29 décembre 2011 relative au renforcement de la sécurité sanitaire du médicament et des produits de santé, dite « Loi Bertrand ».

10. A. El Mejri, « Le RGPD et le droit des sociétés », *Revue des sociétés*, janvier 2020.

de conformité comme elle a pu le faire, elle contrôle désormais *a posteriori*. Ceci implique là aussi une adaptation des acteurs économiques : il leur faudra désormais bien documenter leurs choix.

2. Le nouveau statut des autorités de réglementation

Le statut des autorités de régulation en France n'a cessé de se renforcer depuis leur création, et certaines se sont mêmes érigées en véritables institutions référentes d'un secteur régulé. Ce mouvement d'externalisation de la régulation à un organisme indépendant s'est inspiré de cultures réglementaires étrangères, dans la mesure où la fonction de régulation en France était traditionnellement dévolue à l'État régalien. Si la notion d'autorité administrative indépendante a émergé avec la loi du 6 janvier 1978 instituant la CNIL¹¹, il existait de nombreuses hésitations sur la place à attribuer à ces institutions au statut hybride : à la fois dépendantes de l'exécutif puisqu'ayant le statut d'administration, mais qui se voulaient indépendantes.

Les besoins d'interventions renforcées dans certains domaines réglementaires où l'action publique manquait d'efficacité, la nécessité d'une garantie d'indépendance dans des secteurs sensibles, mais également la nécessité pour certains secteurs d'être régulés par un organisme disposant d'une plus grande expertise, ont conduit l'État à attribuer davantage d'autonomie à ces autorités administratives, lesquelles aujourd'hui disposent d'une véritable légitimité institutionnelle.

Certains secteurs, tel que le secteur énergétique et financier, présentent une technicité qui nécessite une maîtrise et une compréhension plus approfondies des entreprises régulées, et donc une spécialisation. C'est ici que certaines autorités de régulation, telles que l'Autorité de la Concurrence, la Commission de Régulation de l'Énergie (CRE) ou l'Autorité de Régulation des Communications Electroniques et des Postes (ARCEP), plus mobiles et plus sensibilisées à leur secteur d'activité, ont trouvé leur légitimité, aussi bien pour surveiller les secteurs, pour coopérer avec les acteurs que pour les sanctionner. La CNIL quant à elle est un exemple marquant et représentatif du gain croissant en autonomie des autorités de régulation se justifiant par la nécessité d'offrir des garanties renforcées d'indépendance dans un secteur attaché aux libertés fondamentales.

Les autorités se sont multipliées : alors qu'en 2001, le Conseil d'État en comptait entre 25 et 30, en 2015 le nombre d'autorités de régulation a été estimé à 50. Parmi ces nouvelles autorités, on note notamment la création de l'AFA, née avec l'entrée en vigueur de la loi Sapin II.

La fonction de régulation de ces autorités se caractérise tout d'abord par une activité normative particulière qui requiert d'adapter la loi et le règlement à des situations concrètes et à des contraintes opérationnelles réelles. C'est ainsi que s'est développé ce que certains auteurs nomment

le droit souple : lignes directrices, chartes, recommandations, lesquelles constituent dans le monde réglementaire des outils de conformité fondamentaux tant pour les praticiens du droit que pour les opérationnels. Ces normes posent par ailleurs la question de leur place dans la hiérarchie des normes : dans un processus de conformité, comment peuvent-elles être contestées ?

Des procédures participatives sont de plus en plus pratiquées par les autorités par la voie par exemple de consultations publiques qui ont pour objet de faire intervenir des acteurs concernés dans l'adoption de lignes directrices, de manière à collecter leur point de vue et à rester aligné avec la réalité et les enjeux de la pratique intéressée. Une telle concertation a très récemment été mise en place par la CNIL relativement aux recommandations pratiques récemment proposées sur les *cookies*, dans l'attente de l'entrée en vigueur toujours reportée du règlement *e-Privacy*¹².

Le pouvoir normatif conféré aux autorités réglementaires est ainsi essentiel, et permet d'associer les acteurs économiques ou les professionnels à l'élaboration des décisions les concernant, et donc d'assurer l'efficacité, l'acceptation et l'exécution de leurs décisions, tel que l'anticipait dès 2001 le Conseil d'État.

Toutefois, force est de constater que cette *soft law* locale peut causer des difficultés d'anticipation et d'insécurité pour des acteurs transnationaux censés être gouvernés par une réglementation commune en provoquant notamment des disparités avec la *soft law* en vigueur dans certains États membres. Ainsi, alors que le RGPD avait vocation à harmoniser la législation de protection des données au sein de l'Union européenne, on constate que son application locale varie d'un pays à l'autre sur des domaines pour lesquels une marge de manœuvre a été laissée aux États membres, et pour des sujets aussi importants que le traitement de données sensibles, les mesures de sécurité, le registre des données etc.¹³

Afin de contourner les écueils des divergences entre réglementations nationales, une solution a été d'identifier l'autorité chef de file qui serait compétente en cas de contrôle, afin d'orienter la mise en conformité sur les lignes directrices pertinentes de l'autorité dont ces organisations relèvent. Ceci est notamment vrai pour les données personnelles. Ces questions sont complexifiées lorsqu'il existe des flux importants et que le lieu de prise des décisions opérationnelles n'est pas facilement localisable. Un véritable travail de conformité « stratégique » est dorénavant inévitable.

3. La judiciarisation de la conformité réglementaire

Outre un pouvoir normatif accru, certaines autorités se sont vues conférer des pouvoirs de contrôle et de sanction

11. Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

12. Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil concernant le respect de la vie privée et la protection des données à caractère personnel dans les communications électroniques et abrogeant la directive 2002/58/CE (règlement « vie privée et communications électroniques »).

13. C.-E. Armingaud, M. Bourny, « Surveiller et punir à l'aune du RGPD : l'harmonisation à l'épreuve de la diversité européenne », *Revue Lamy Droit de l'Immatériel*, oct. 2019.

très larges qui ont ouvert la voie à une véritable juridictionnalisation des autorités de régulation. Ces pouvoirs se sont tout d'abord imposés comme les corollaires nécessaires à la mission de régulation qui leur était dévolue, dans la mesure où ces instruments coercitifs étaient indispensables pour dissuader les enfreintes à ces réglementations.

C'est ainsi par exemple que l'élargissement des pouvoirs de sanction confiés à la CRE est apparu nécessaire pour assurer l'efficacité des dispositions du Règlement REMIT¹⁴. La vague d'investigations qui a succédé la réformation de cette autorité de contrôle en 2016, en particulier sur les pratiques associées à des abus de marché, a d'ailleurs sans aucun doute contraint les intervenants du secteur énergétiques à intégrer plus activement les exigences de conformité imposées par le REMIT.

Tout en accordant une période de tolérance aux acteurs, la CNIL a quant à elle, dès l'entrée en vigueur du RGPD, confirmé son intention d'exercer pleinement son pouvoir de sanction en annonçant les domaines prioritaires sur lesquels elle envisageait d'opérer ses contrôles, dont notamment les obligations de sécurité et de durée de conservation des données.

Le moins que l'on puisse dire est que cette promesse a été tenue, puisque la CNIL a multiplié le nombre sanctions pécuniaires prononcées sans même émettre d'injonction ou de mise en demeure préalable. On constate notamment que la CNIL, qui antérieurement ne pouvait excéder certains plafonds concernant le montant des amendes prononcées, n'hésite plus, maintenant que la loi l'y autorise, à imposer des sanctions pécuniaires se disant « pédagogiques », ayant vocation à impacter par effet « boule de neige » des secteurs entiers, tout domaine confondu : géant du numérique, assurance, immobilier, énergie etc. C'est un message fort qui est ici envoyé aux acteurs concernés par le traitement de données personnelles, conjugué à une volonté de transparence à travers la publication d'un nombre croissant de décisions de sanction¹⁵.

Et les acteurs ne peuvent plus légitimement s'attendre à une mise en demeure et à un échange préalable avec les autorités de contrôle avant le prononcé d'une sanction : certaines autorités, comme la CNIL ayant identifié officiellement ces zones de « fermeté » pour lesquelles un manquement pourra entraîner des sanctions immédiates.

Pour autant, certaines autorités de régulation, comme l'AFA, accordent encore une importance particulière aux mesures correctives prises par les personnes mises en causes avant la procédure de sanction. En conséquence, l'amélioration ou les rectifications apportées à un programme de conformité à la suite d'un contrôle de l'AFA peuvent permettre d'éviter l'application d'une sanction administrative. C'est ainsi que la commission des sanctions de

l'AFA a privilégié dans sa dernière décision¹⁶ la rectification des moyens de conformité mis en place par la société poursuivie à toute sanction, allant de ce fait à l'encontre des propres réquisitions du directeur de l'AFA.

Ce dialogue pourra dans ce cas être déterminant quant aux suites qui seront données au dossier. Il se doit d'être cohérent et suffisamment bien préparé non seulement pour avoir une chance de contourner la saisine de la Commission des sanctions, mais également pour minimiser les risques encourus en cas d'initiation d'une procédure de sanction administrative. En effet, l'approche coopérative d'un acteur est un paramètre crucial permettant de réduire les sanctions prononcées. Le rôle des conseils pour accompagner ce dialogue, est, lui aussi, essentiel.

4. Une stratégie précontentieuse s'impose devant les autorités de contrôle

La judiciarisation de la conformité ressort comme l'un des enseignements fondamentaux des bouleversements réglementaires opérés depuis un peu plus de deux ans. Ce phénomène va inévitablement pousser les acteurs à adopter et appliquer des réflexes inhérents jusqu'ici au contentieux judiciaire classique à la stratégie de défense développée devant les commissions de sanction. Ainsi, d'un point de vue procédural, la question de la compétence de l'autorité de régulation est un élément qui se hisse tout naturellement au rang des premiers arguments procéduraux soulevés en raison des nombreuses incertitudes juridiques qui entourent cette problématique. Et qui, comme on l'a vu avec la décision Google face à la CNIL¹⁷, ne sont pas prêtes d'être clairement solutionnées.

Par ailleurs, la question du respect des garanties fondamentales dans le cadre des investigations conduites par l'autorité, l'exercice de leur pouvoir d'instruction, de poursuite et de sanction ou encore les principes régissant la charge de la preuve sont des arguments procéduraux qui recueillent toute l'attention des praticiens dans la préparation de la défense de leurs clients.

Il est ici tout à fait intéressant de constater, quelle que soit l'autorité de régulation incriminée, que les premières décisions de sanctions traitent d'une multitude d'arguments procéduraux, et montrent que ce contentieux ne fait que commencer.

En plus des éléments procéduraux, la défense de l'acteur poursuivi se construit nécessairement sur le fond du dossier et à ce titre sur son interprétation factuelle et l'interprétation concrète de la règle de droit appliquée qui est souvent précisée, voire élargie par une *soft law* émise par l'autorité de régulation. Dans cette perspective, le cumul par l'autorité de régulation de ses pouvoirs normatifs et de sanction a créé des controverses, ces autorités pouvant

14. Règlement (UE) n° 1227/2011 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 concernant l'intégrité et la transparence du marché de gros de l'énergie Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE.

15. Rapports annuels de la CNIL, La CNIL en bref 2019.

16. Décision de la Commission des sanctions de l'AFA du 7 février 2020 à l'encontre de la société I.

17. Délibération de la formation restreinte n° SAN - 2019-001 du 21 janvier 2019 prononçant une sanction pécuniaire à l'encontre de la société Google LLC.

apparaître comme des gendarmes chargés d'appliquer leurs propres normes¹⁸.

Ainsi, dans la mesure où la *soft law* émise directement par les autorités de régulation européenne et locales vient s'ajouter à la réglementation et influe considérablement sur l'interprétation du texte, un contrôle *a posteriori* de ces règles « interprétatives » apparaît comme une mesure de légitimité nécessaire.

L'intervention d'une autorité judiciaire dans le contentieux réglementaire a donc vocation à constituer un garde-fou, garant de l'interprétation et de l'application de

la norme appliquée d'une part, mais aussi assurant le respect des fondamentaux du procès équitable : le principe du débat contradictoire et de l'impartialité.

Les défis auxquels les acteurs font désormais face dans le nouveau paysage de la conformité sont donc multiples : identification et cartographie des risques, mise en place des procédures, démonstrations, preuve et défense dans un précontentieux et contentieux où beaucoup de risques de procédure restent à circonscrire. Ce sont des défis importants, et la promesse d'un contentieux nourri ne peut qu'inciter à s'y bien préparer.

18. P. Deumier, J.-M. Sorel ; « Regards croisés sur la soft law en droit interne européen et international », *LGDJ Contextes*, 6 févr. 2018.



Laura Kövesi • European Public Prosecutor

Towards a European Public Prosecutor's Office

I am honoured to be the first Chief Prosecutor of the European Public Prosecutor's Office (EPPO), which is expected to become operational at the end of 2020. My duty is to set up the EPPO. We will investigate and prosecute corruption, financial crimes, money laundering related to the use of European funds as well as serious cross-border VAT Fraud. As 22 prosecutors from 22 countries – with 22 different criminal codes and criminal procedural codes – our main challenge will be acting as a team, in a unified manner, as we harness the advantage of the European public prosecutor's office for investigating this sort of crime. The advantage being that the specific structure and powers of the EPPO will make international cooperation easier and quicker than ever before.

The level of corruption is difficult to measure, as examples from Romania will illustrate, based on my experience of 24 years as a prosecutor, and in particular as chief prosecutor of Romania's National Anti-Corruption Directorate (DNA), the only specialised structure for investigating high-level corruption. For example, in 2016, the overall level of bribes that could be proven was around 300 million euros. But it is obvious that this is not the real amount of bribes that were offered or taken in Romania that year: merely the amount of bribes that could be proven. In reality, the level could be higher.

Even if each year, on average, we indicted 1000 civil servants, of which 900 were convicted for corruption, this number by no means proves that the problem of corruption has been solved in Romania. Statistics may be useful indicators of the efficiency of authorities in fighting against corruption but it is not enough to say that by investigating or arresting people, one solves the problem of corruption, money laundering and financial crimes. To progress towards this end, there are some important requirements:

The most important being the independence of the judiciary: the act of justice depends on those enforcing the law. It is important to have prosecutors and judges who are independent, active and courageous professionals of high integrity.

The second requirement is a specialised structure to investigate these crimes. The creation of the EPPO, set to act on the European level, is an important first step in investigating such crimes.

Also necessary is legislation offering enough tools for investigative purposes. But even if in reality many states have ratified and implemented the United Nations Convention Against Corruption (UNCAC), this alone is not enough. In Romania, despite having ratified the Convention and implemented its requirements, one cannot so much as say that the problem of corruption has been solved.

Another requirement or priority for each prosecutor's body must be the recovery of damages under the relevant criminal procedural rules. I observed in my activity that defendants sometimes preferred prison time to losing money, hence the importance of ensuring the recovery of damages.

Even if as a prosecutor one is efficient in investigating cases, the problem of corruption cannot be solved without preventative measures. As observed in my activities, the typologies of the crimes are sometimes the same, and this repetitiveness is proof that we need to analyse these typologies and accordingly propose and implement measures to solve the associated risks and vulnerabilities to corruption.

Education is also very important. The fight for good legislation and a specialised body dwindles in importance in the face of the fight against mentalities, as shown by the Romanian experience. Twelve years ago, corruption was a generalised phenomenon across all fields: it was, as such, a problem relating to mentalities. To give bribes was very much a way of life but thankfully mentalities are changing and the debate regarding the fight against corruption has become increasingly topical and important - and not only in Romania.

As to the future of the EPPO, even if we come from different member states, as prosecutors we share the same goal and duty to investigate efficiently crimes relating to money laundering, bribery and financial fraud, and it is my hope that the EPPO will become a centre of excellence in cross-border investigations.



Noëlle Lenoir • Avocate à la Cour, Membre honoraire du Conseil Constitutionnel

La protection européenne des lanceurs d'alerte : une avancée et un défi

En matière de protection des lanceurs d'alerte, la situation mondiale est paradoxale. Après avoir été glorifié de longue date aux États-Unis, le *whistleblower* s'est imposé en Europe comme celui ou celle qui, en dénonçant des pratiques et comportements répréhensibles, contribue salutairement à la défense de nos valeurs de dignité, d'intégrité et d'honnêteté.

Or voilà qu'outre-Atlantique, ce héros de la société moderne se trouve menacé et puni. Les élus républicains du Congrès américain n'ont eu de cesse avec l'équipe de la Maison Blanche de vouloir révéler l'identité du *whistleblower* qui avait signalé le « *quid pro quo* » consistant à subordonner une aide militaire à l'Ukraine à l'annonce du lancement d'une enquête par la justice de ce pays contre un candidat démocrate aux élections présidentielles de 2020. Le Président a fait sortir *manu militari* le lieutenant-colonel Alexander Vindman membre du Conseil de sécurité nationale, de la Maison Blanche ; l'intéressé avait accepté de témoigner devant la Chambre des représentants dans la procédure d'*impeachment* à l'encontre du Président Trump¹. Son frère jumeau, conseiller juridique et éthique du même Conseil, a été remercié de la même façon.

Ces événements sont véritablement surprenants dans un pays qui a été incontestablement pionnier pour soutenir et encourager les lanceurs d'alerte. Les États-Unis sont de ce fait à l'origine des changements culturels à l'œuvre en Europe continentale où jusqu'à récemment, les alertes étaient vues comme des « dénonciations » ; des dénonciations de triste mémoire si l'on en juge par le nombre de ceux qui en ont été victimes et se sont retrouvés lors de la dernière guerre mondiale dans les camps d'extermination. Alors que certains se demandent si les États-Unis ne vont pas renoncer à ce qui a fondé pendant des décennies les actions menées à travers le monde par leurs autorités

1. <<https://www.politico.com/news/2020/02/14/alexander-vindman-no-army-investigation-115286>>.

publiques pour lutter en particulier contre la corruption, paradoxalement l'Union européenne vient de se doter de la législation la plus ambitieuse en matière de protection des *whistleblowers* : la directive du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union² (la « Directive »).

La première législation adoptée aux États-Unis sur les lanceurs d'alerte date du 19^{ème} siècle. En 1863 pendant la guerre de sécession, le *False Claim Act*, toujours en vigueur, encourageait les citoyens à dénoncer auprès des autorités les fraudes commises au préjudice de l'administration dans les marchés publics de l'armée. Cette loi, modifiée notamment en 1986, a été étendue à l'ensemble de la commande publique.

L'Europe a été infiniment plus lente à comprendre l'intérêt général qui s'attache à l'alerte professionnelle. D'ailleurs, contrairement aux idées reçues, la France n'a pas été en reste en adoptant dès 1982 sa première loi sur les lanceurs d'alerte. La loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité a encouragé tout salarié, en cas de danger grave et imminent, à saisir le représentant du personnel membre de ce comité tenu alors d'alerter immédiatement l'employeur. En règle générale, cependant, les premières lois en Europe sur le *whistleblowing* datent des années 90.

A ce jour, seulement dix États membres de l'Union européenne (« UE ») assurent une pleine protection aux lanceurs d'alerte³. La plupart des autres États accorde une protection partielle qui ne s'applique qu'à des secteurs ou catégories de travailleurs spécifiques⁴. La protection des lanceurs d'alerte dans l'UE reste ainsi partielle et hétérogène, ce qui explique le sous-signallement des violations de la loi, notamment européenne, que ce soit dans le secteur public ou privé.

La Commission européenne avait déploré en 2016 l'insuffisance de mise en œuvre du droit de l'Union et engagé les États à se préoccuper de son application effective⁵. Deux ans après, en avril 2018, la proposition de directive sur un statut protecteur des lanceurs d'alerte⁶, ardemment promue par les ONG et la presse d'investigation, ouvrait le débat.

Adoptée après 18 mois de consultation par la Commission européenne et de discussion intense au Parlement

2. Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.
3. Analyse d'impact du 23 avril 2018 relative à la proposition de la directive sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, SWD (2018) 116, p. 12 : France, Hongrie, Irlande, Italie, Lituanie, Malte, Pays-Bas, Slovaquie, Suède et Royaume-Uni.
4. *Id* : 17 pays ne sont dotés que d'une législation sectorielle (secteur public, privé ou financier), 13 sont sans protection pour le secteur privé, Chypre et la Lettonie n'ont aucune législation.
5. Communication de la Commission européenne, « Le droit de l'UE : une meilleure application pour de meilleurs résultats », C/2016:8600.
6. Commission européenne, Proposition de directive du 23 avril 2018 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes dénonçant les infractions au droit de l'Union, 2018/0106 (COD).

européen et en dehors, cette directive s'est appuyée sur la recommandation du Conseil de l'Europe de 2014⁷ et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (« CEDH »). Toutefois, elle va plus loin que les principes de cette jurisprudence et que les lois nationales les plus abouties – telles que la loi « Sapin II » de 2016 en France⁸, le *Protection Disclosure Act* de 2014 (« PDA ») en Irlande ou le *Public Interest Disclosure Act* de 1998⁹ (« PIDA ») au Royaume-Uni. La comparaison avec ces deux dernières législations issues de la *common law* permet de mesurer le niveau de protection particulièrement élevé du statut du lanceur d'alerte en Europe.

I. La subsidiarité n'est pas une entrave à l'action des lanceurs d'alerte en Europe

Fort logiquement, le champ d'application matériel de la Directive est circonscrit aux violations du droit de l'Union¹⁰. Mais le simple fait de répertorier les domaines concernés montre, s'il en était besoin, l'étendue considérable du champ de la protection des lanceurs d'alerte.

Les réglementations dont le respect est maintenant placé sous la vigilance de tout un chacun, lanceur d'alerte potentiel, vont en effet de la passation des marchés publics jusqu'à la protection de la santé publique, des consommateurs ou encore de la vie privée et des données personnelles en passant par les services financiers, la concurrence, la fiscalité des entreprises, la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et bien d'autres formes de criminalité, la sécurité des produits et des transports, la protection de l'environnement, la sûreté nucléaire, la sécurité des aliments, la santé et le bien-être des animaux... sans oublier bien sûr la protection des intérêts financiers de l'Union dont le bras armé sera bientôt le parquet financier européen¹¹.

Les seuils d'application de la Directive sont par ailleurs assez bas (entreprises de plus de 50 salariés ou collectivités de plus de 10 000 habitants¹²), soit les mêmes seuils que ceux fixés par la loi Sapin II¹³.

Seuls sont exclus du champ de la Directive les signalements touchant à la défense ou à la sécurité nationale¹⁴. Les États membres peuvent également en exclure les signalements portant sur des informations classifiées ou protégées par le secret professionnel, le secret médical, le secret des

délibérations judiciaires ou encore protégées par les règles de la procédure pénale. D'un autre côté¹⁵, la Directive reconnaît aux États membres la possibilité d'étendre la protection européenne aux autres domaines que ceux relatifs à la réglementation de l'Union. Ce qui doit conduire administrations et entreprises à ne se doter logiquement que d'une seule et unique procédure d'alerte couvrant tous les domaines qu'ils relèvent ou non du droit de l'Union.

Une directive de 2016 sur le secret des affaires¹⁶ avait déjà prévu d'exonérer de responsabilité civile les auteurs de signalements constitutifs de violation du secret des affaires, lorsque ladite violation est intrinsèquement nécessaire pour préciser les faits incriminés. La directive sur les secrets d'affaires et la Directive sur les lanceurs d'alerte sont complémentaires. Cette dernière ne concerne que les dénonciations de pratiques contraires au droit de l'Union. Pour le reste, les lanceurs d'alerte doivent respecter les conditions de la directive de 2016, et en particulier agir « dans le but de protéger l'intérêt public général » pour bénéficier d'une protection¹⁷. Par ailleurs, et ceci pour garantir un bon fonctionnement du marché, les autorités alertées sur des faits impliquant des violations de secrets d'affaires sont incitées à veiller à ce qu'ils ne soient pas utilisés ou divulgués à des fins allant au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer un suivi approprié des signalements¹⁸.

Alors que les législations britannique¹⁹ et irlandaise²⁰ limitent la protection aux auteurs de signalements des violations à la loi, pénale ou civile, la loi Sapin II étend cette protection à toute révélation « d'une menace ou d'un préjudice grave pour l'intérêt général » sans exiger que la pratique dénoncée contrevienne à la loi²¹. La jurisprudence indiquera comment interpréter cette extension du champ possible des signalements donnant droit au statut de lanceur d'alerte, car les travaux préparatoires de la loi Sapin II ne sont pas explicites.

II. Tout citoyen européen devient, pour le meilleur et pour le pire, un lanceur d'alerte en puissance

Le champ d'application personnel de la Directive est également très large. Il couvre tous les employés, indépendamment de la nature de la relation professionnelle,

7. Conseil de l'Europe, Recommandation CM/Rec (2014)7 du 30 avril 2014 sur la protection des lanceurs d'alerte.
8. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.
9. Tel que modifié par l'*Enterprise and Regulatory Reform Act* en 2013.
10. art. 2 de la Directive.
11. A la tête de 22 procureurs nationaux (un par État membre participant), le parquet européen pourra enquêter et poursuivre toutes fraudes affectant le budget de l'Union et d'autres infractions attentant aux intérêts financiers de l'Union (par exemple, détournements des fonds publics européens).
12. art. 8 de la Directive.
13. art. 8 de la loi Sapin II.
14. art. 3.2 de la Directive.

15. art. 3.3 de la Directive.
16. Directive (UE) 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites.
17. art. 5(b) de la directive sur le secret des affaires.
18. Considérant 20 de la directive sur le secret des affaires.
19. PIDA, section 43B(1) : les informations faisant objet du signalement doivent porter sur des cas d'infraction pénale, d'un danger pour la santé ou la sécurité d'autrui, de risques ou de dommages à l'environnement, d'erreur judiciaire, de manquement à la loi ou de dissimulation des actes précités.
20. PDA, section 5(3)(a)-(h) : les informations faisant objet du signalement doivent porter sur des cas d'infraction pénale, de manquement à la loi, d'erreur judiciaire, d'un danger pour la santé ou la sécurité d'autrui, de risque ou de dommages à l'environnement, d'utilisation illégale ou abusive des fonds publics, d'acte ou d'omission discriminatoire ou constituant une faute grave de gestion commis par ou au nom d'organisme public ou de dissimulation des actes précités.
21. art. 6 de la loi Sapin II.

qu'ils soient rémunérés ou non²². Elle s'applique également aux actionnaires, dirigeants et administrateurs de l'entreprise, ainsi qu'aux fournisseurs, consultants et travailleurs indépendants. Sont également protégées les personnes morales détenues par les lanceurs d'alerte ou pour lesquels ces derniers travaillent, ce qui visent les ONG de plus en plus axées sur la dénonciation des pratiques de leurs cibles privilégiées que sont les multinationales. Enfin, bénéficient de protection les facilitateurs et les tiers ayant aidé ou étant liés au lanceur d'alerte (par exemple, collègues, parents).

Par contraste, la loi Sapin II ne protège que les personnes physiques à l'exclusion des personnes morales²³. Les législateurs britannique²⁴ et irlandais²⁵ accordent quant à eux une protection à tout « travailleur » (salariés, anciens salariés, intérimaires, stagiaires), à l'exclusion des bénévoles. L'*Employment Tribunal* au Royaume-Uni a précisé en 2010 que le lanceur d'alerte pouvait être un employé d'une autre entité que celle où l'infraction signalée avait été commise²⁶.

Conformément à la jurisprudence de la CEDH, notamment dans l'arrêt *Heinisch* de 2011²⁷, les législations britannique²⁸ et irlandaise²⁹ exigent des lanceurs d'alerte qu'ils aient des raisons sérieuses de croire dans la véracité des faits objets du signalement ; ce qui ressort également de la jurisprudence française³⁰.

On admettra que les signalements ne doivent pas être destinés à protéger ceux qui en sont les auteurs, mais doivent revêtir un intérêt général. Un acte de dénonciation est grave. Aussi la Commission européenne dans une communication de 2018 avait-elle mis l'accent sur le concept de « dénonciation responsable, mue par l'intention sincère de préserver l'intérêt public »³¹. Pourtant cette notion a disparu du texte de la Directive. Celle-ci se borne à requérir du lanceur d'alerte qu'il ait des motifs raisonnables de croire que les informations qu'il fait remonter étaient véridiques au moment du signalement, sans évoquer la « bonne foi » sinon dans les seuls considérants du texte. Or, les notions d'intérêt public et de bonne foi sont fondamentales pour justifier l'instauration d'un système généralisé de dénonciation des infractions à la loi par le public. Il est dommage à cet égard que les considérants 9 et 32 de la Directive évoquent la « bonne foi » uniquement

pour indiquer que le lanceur d'alerte qui signale des faits erronés ne sera pas puni dès lors qu'il a agi de bonne foi.

Même la loi britannique se réfère à la notion d'intérêt public³². Dans l'affaire *Chesterton Global Ltd c. Nurmohammed*³³ de 2017 qui concernait un lanceur d'alerte licencié pour avoir signalé des irrégularités financières dans cette société immobilière ayant eu pour effet de minorer son salaire, l'*Employment Appeal Tribunal* a considéré comme satisfaite la condition d'intérêt public dès lors que le traitement de plus de cent de ses collègues avait aussi été affecté par ces irrégularités. La loi Sapin II subordonne dans le même sens la protection des lanceurs d'alerte au fait qu'ils agissent de « bonne foi » et fait référence à « l'intérêt général »³⁴. Ainsi, dans une ordonnance du 17 avril 2019, le Conseil des Prudhommes de Lyon souligne à bon escient que « le donneur d'alerte est considéré comme agissant de bonne foi, sous réserve qu'il ait des motifs raisonnables de penser que l'information divulguée était vraie, même s'il s'avère par la suite que tel n'était pas le cas, et à condition qu'il n'ait pas d'objectif illicite ou contraire à l'éthique »³⁵. Le juge ne précise pas ce qui serait contraire à l'éthique, mais on peut penser qu'une pure intention de nuire à la personne mise en cause ne serait pas éthique.

La Directive a une portée également plus extensive que la loi française en accordant une protection au lanceur d'alerte n'ayant pas eu personnellement connaissance des faits dénoncés³⁶.

Elle n'oblige pas non plus les lanceurs d'alerte à agir de « manière désintéressée », laissant les États membres libres de prévoir de leur octroyer une rémunération. Cette possibilité existe déjà en France, en dehors de la loi Sapin II : l'administration des impôts rémunère en effet ceux qui la renseignent sur des infractions fiscales³⁷. Prévu à titre expérimental, ce dispositif a été pérennisé en 2018³⁸. En comparaison, les États-Unis ont depuis plus d'un siècle fait le choix de récompenser souvent largement les lanceurs d'alerte. Que ce soit dans le cadre du *False Claims Act*³⁹, de l'*IRS Whistleblower Reward Program*⁴⁰ ou du *Securities Whistleblower Reward Program*⁴¹, les sommes versées peuvent être considérables car indexées sur le profit tiré par ces administrations des signalements qui leur sont adressées. Au titre d'exemple, la *Securities and Exchange Commission* (« SEC ») a alloué, depuis 2010, 387 millions

22. art. 4 de la Directive.

23. art. 6 de la loi Sapin II.

24. PIDA, sections 230(3) et 43K(1).

25. PDA, section 3(1).

26. *BP plc v. Elstone* [2010] IRLR 558.

27. CEDH, 21 juillet 2011, *Heinisch c. Allemagne*, n° 28274/08, para 80.

28. PIDA, section 43B(1).

29. PDA, section 5(2).

30. v. par exemple, Cass. soc. du 30 juin 2016, n° 1309 (15-10.557).

31. Communication de la Commission européenne, « Renforcer la protection des lanceurs d'alerte au niveau de l'UE », 23 avril 2018, COM (2018) 214.

32. *Employment Rights Act 1996*, section 43B(1).

33. *Chesterton Global Ltd & Anor v Nurmohamed & Anor* [2017] EWCA Civ 979.

34. art. 6 de la loi Sapin II.

35. Cons. prud'h. Lyon, 17 avril 2019, n° 19/00087.

36. art. 6 de la loi Sapin II.

37. art. 109 de la loi 2016-1917 du 29 décembre 2016 de finances pour 2017.

38. art. 21 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

39. 31 U.S.C. § 3729 et seq.

40. 26 U.S.C. § 7623.

41. 15 U.S.C. § 78u-6.

de dollars à 67 lanceurs d'alerte⁴². A chaque fois, la rémunération accordée fait l'objet de communiqués de presse triomphalistes sans que l'identité du lanceur d'alerte soit au demeurant en général révélée.

Enfin, eu égard là encore aux différences de cultures nationales, la Directive n'impose pas d'accepter l'anonymat de l'alerte qui est malgré tout une pratique de plus en plus répandue. L'anonymat complique le traitement de l'alerte, mais l'expérience montre que, compte tenu des risques de rétorsion auxquels s'exposent les lanceurs d'alerte, l'anonymat reste une condition nécessaire à leur protection.

Reprenant l'esprit et la lettre de la loi Sapin II, le référentiel de la Commission nationale de l'informatique et des libertés (« CNIL ») sur les dispositifs d'alerte réserve le droit à l'anonymat des alertes au cas où la gravité des faits est établie et les éléments factuels suffisamment détaillés⁴³. Les « hotlines » dédiées à l'alerte offrent maintenant systématiquement, même en France, l'option de l'anonymat dont on constate qu'en dépit de la loi française, il est presque regardé comme un droit. Le revers de la médaille, comme on le voit à travers les réseaux sociaux, est de laisser libre cours, sous couvert d'anonymat, à de « fausses » alertes inspirées par de mauvaises intentions. Les réseaux sociaux comme Facebook et Twitter qui peuvent véhiculer les accusations les plus infondées appellent à une prise de conscience européenne.

La culture de l'alerte qui s'installe en Europe exige des entités destinataires, administrations comme entreprises, qu'elles fassent preuve d'un professionnalisme permettant de séparer le bon grain de l'alerte fondée en fait et en droit, de l'ivraie de la dénonciation calomnieuse. On se souvient à cet égard de la mise à pied, puis du licenciement en 2011 des trois cadres supérieurs de Renault faussement accusés par des manœuvres mafieuses d'espionnage au profit de la Chine. Certes la Directive n'écarter pas les lois nationales en matière de dénonciation calomnieuse, mais celle-ci n'est en pratique pas punissable lorsque le signalement est anonyme. Ceci invite les entités publiques et privées destinataires des signalements à mettre en place des dispositifs d'enquêtes internes, à la fois discrets et efficaces pour éviter les dérapages.

3. Le choix entre canaux d'alerte internes et externes est laissé aux lanceurs d'alerte

La Directive introduit un changement majeur concernant les canaux d'alerte. La loi Sapin II privilégie les canaux internes qui doivent impérativement être utilisés avant que le lanceur d'alerte ne choisisse d'alerter les autorités publiques, sauf « en cas de danger grave et imminent ou en présence d'un risque de dommages irréversibles »⁴⁴.

C'est ainsi que dans une décision du 30 avril 2019, le tribunal administratif de Bordeaux a jugé illégale la sanction prise par l'employeur d'une aide-soignante qui avait publiquement dénoncé une situation délétère au sein d'un centre d'accueil de mineurs (abus sexuels, violence entre enfants comme vis-à-vis du personnel) en considérant les faits dénoncés comme « une menace grave » comportant « un risque de dommages irréversibles »⁴⁵.

Au passage, si ces principes avaient été dûment respectés par l'administration chinoise, lorsque le docteur Li Wenliang a alerté les autorités sur l'épidémie, celle-ci aurait pu être davantage maîtrisée et ce lanceur d'alerte, mort à 34 ans après avoir soigné un patient, aurait peut-être gardé la vie. La Directive va plus loin puisqu'elle ne pose aucune condition à la saisine directe d'une autorité publique⁴⁶. L'entreprise, la commune ou toute autre administration d'État concernée pourra ainsi ne pas avoir été prévenue de la saisine par l'intéressé d'une autorité judiciaire ou administrative.

Autre infléchissement important par rapport aux législations nationales, les entités alertées se voient imposer un délai de trois mois pour donner suite aux signalements. Une fois écoulé ce délai, le signalement peut être rendu public. Il peut l'être également si le lanceur d'alerte craint un danger imminent ou manifeste pour l'intérêt public (ex. dommages irréversibles) ou s'il a des motifs raisonnables de croire qu'il risque des représailles⁴⁷. Cette disposition est opportune.

Au demeurant, la jurisprudence de la CEDH juge de plus en plus favorablement le cas des lanceurs d'alerte. Ainsi, dans l'affaire Guja de 2008 concernant un magistrat du parquet moldave ayant transmis à la presse des correspondances de parlementaires lui demandant de faire preuve de clémence vis-à-vis de policiers poursuivis pour abus de pouvoir, la Cour relève que l'intérêt public à ce que l'opinion dispose de certaines informations « peut parfois être si grand qu'il peut l'emporter même sur l'obligation de confidentialité imposée par la loi »⁴⁸.

D'un côté, permettre aux lanceurs d'alerte de transmettre directement leur signalement aux autorités judiciaires ou administratives est susceptible de jeter la suspicion sur l'entité concernée qui a toutes bonnes chances de devoir répondre aux interrogations d'un parquet ou d'une autorité administrative avant même d'avoir pu enquêter en interne sur les faits dénoncés. D'un autre côté, cette disposition ne peut qu'inciter les entreprises et les administrations à se doter de dispositifs suscitant la confiance en interne de sorte que les employés notamment n'aient pas de réticence à signaler des anomalies ou des infractions. C'est au demeurant l'objectif de la Directive dont

42. SEC, *Whistleblower Program Annual Report 2019*, p. 1.

43. CNIL, Délibération n° 2019-139 du 18 juillet 2019 portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel destinés à la mise en preuve d'un dispositif d'alertes personnelles.

44. art. 8 de la loi Sapin II.

45. TA Bordeaux, 30 avril 2019, n° 704873.

46. art. 10 de la Directive.

47. art.15.1(b)(i) de la Directive.

48. CEDH, 12 février 2008, *Guja c. Moldova*, n° 14277/04, para 74.

le considérant 47 relève que « les auteurs de signalement devraient (...) être encouragés à utiliser en premier lieu les canaux de signalement interne (...) si ces canaux leur sont accessibles et si l'on peut raisonnablement s'attendre à ce qu'ils fonctionnent ».

Lorsque l'on sait l'ampleur des conséquences réputationnelles, judiciaires et financières (voire de vies humaines) que peuvent s'ensuivre en l'absence d'alerte professionnelle – ainsi que le démontre le cas de Boeing concernant le 737 Max⁴⁹ – la Directive vient à son heure inciter les entreprises et les administrations à promouvoir la culture du « *speaking up* » comme principe de management et de gestion des risques. Ce qui implique une politique de communication et de formation donnant une large diffusion aux dispositifs d'alerte, des procédures répondant à la nécessité de tenir informé le lanceur d'alerte en temps et en heure et d'assurer le traitement de l'alerte dans un délai raisonnable, la mise en place d'une méthodologie pour les enquêtes internes, le recrutement de personnels formés à ces enquêtes etc.

Les grands groupes ont été les premiers à s'adapter à ce nouveau paradigme en se dotant de « *hotlines* », en formant à l'écoute leurs chefs d'équipe et leurs dirigeants – le « *listen up* » étant le corollaire de la culture du « *speaking up* » – et en mettant en place des services d'inspections en interne pour traiter les alertes. Les administrations marquent pour la plupart un temps de retard qu'il leur faut donc rattraper avant l'entrée en vigueur de la Directive au plus tard le 17 décembre 2021.

4. Les lanceurs d'alerte peuvent-ils échapper aux représailles ?

La Directive, c'est d'ailleurs son but essentiel, interdit toute forme de représailles à l'égard du lanceur d'alerte. Les mesures de rétorsion qu'elle prohibe sont aussi diverses que possible. Il s'agit notamment de tout licenciement, suspension, refus de promotion, mesures disciplinaires, discrimination, traitement injuste, intimidation ou atteinte à la réputation de la personne, mise sur liste noire, etc.

Au plan judiciaire, la Directive exclut « toute responsabilité en ce qui concerne l'obtention des informations qui sont signalées ou divulguées publiquement, ou l'accès à ces informations, à condition que cette obtention ou cet accès ne constitue pas une infraction pénale autonome. Au cas où cette obtention ou cet accès constitue une infraction pénale autonome, la responsabilité pénale conti-

nue d'être régie par le droit national applicable ». Le considérant 92 donne l'exemple – légal – du cas d'obtention des informations en consultant les courriers électroniques d'un collègue ou des dossiers non utilisés habituellement dans le cadre du travail, de photographies prises dans des locaux professionnels ou autres, y compris en accédant à des lieux auxquels l'intéressé n'a normalement pas accès. En revanche, il semble que le piratage informatique ou « une atteinte physique aux droits de propriété » exposerait la responsabilité pénale de l'auteur du signalement, sans que rien dans le texte ou ses considérants ne vienne toutefois éclairer ce point.

Les juges français ont à connaître de plus en plus souvent de sanctions prises à l'encontre de lanceurs d'alerte et contestées par eux. En 2017 par exemple, le Tribunal de Grande Instance de Toulouse a relaxé un salarié poursuivi du chef de diffamation publique pour avoir publiquement dénoncé des dysfonctionnements au sein de l'institut chargé de l'accueil et de la prise en charge des enfants lourdement handicapés qui l'employait⁵⁰. En appliquant cette fois-ci la loi Sapin II, la Cour de cassation a annulé en octobre 2018 la condamnation d'une inspectrice du travail poursuivie pour violation du secret professionnel après avoir communiqué à des organisations syndicales des documents confidentiels de la société en cause laissant entendre que la direction exerçait des pressions sur elle par l'intermédiaire de son supérieur⁵¹.

Malgré ces jurisprudences favorables, les lanceurs d'alerte éprouvent – avec raison – la crainte de représailles. Pour y répondre, le législateur européen après les législateurs nationaux s'est attaché à alléger la charge de la preuve pesant sur le lanceur d'alerte. Celui-ci doit seulement prouver le préjudice qu'il a subi à la suite de son signalement, sans devoir établir le lien entre les deux⁵². Cette présomption de responsabilité qui pèse sur l'entité concernée la conduit à devoir prouver que la « mesure préjudiciable » prise au détriment du lanceur d'alerte est fondée sur des motifs dûment justifiés, et non pas en représailles. La loi Sapin II⁵³ comme la jurisprudence britannique et irlandaise⁵⁴ retiennent la même solution de sorte qu'on peut penser que dans la plupart des États membres, la Directive n'obligera pas à modifier la législation.

Pour renforcer l'effectivité de la Directive, les États membres se voient tenus d'établir des sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives » pour punir toute entrave ou tentative d'entrave au signalement, toutes mesures de représailles ou de poursuites vexatoires à l'encontre d'un lanceur d'alerte ou encore toute levée de la confidentialité

49. Rappelons que cet avion a connu deux crashes mortels alors que les défauts de ses simulateurs, pourtant connus en interne, n'avaient pas été dénoncés au niveau pertinent ; comme en témoigne les messages échangés entre certains salariés et relevés à l'occasion de l'enquête parlementaire sur cette affaire. Par exemple, dans un échange par courriels on peut lire « *Cet avion est conçu par des bouffons, qui, en retour, sont supervisés par des singes* », dit un employé dans un message de 2017, l'année de la certification de l'appareil et de sa mise en service au mois de mai. « *Mettrais-tu ta famille dans un simulateur Max ? Non je ne le ferais pas* », dit un employé à un collègue dans un autre échange. « Non », lui répond aussi ce dernier (<https://www.20minutes.fr/monde/2691835-20200110-boeing-737-max-salaries-constructeur-americain-denigraient-regulateur-americain>).

50. TGI Toulouse, 21 novembre 2017, n° 4363/17.

51. Cass. crim., 17 octobre 2018, n° 17-80485.

52. art. 21.5 de la Directive.

53. art. 16 de la loi Sapin II.

54. *Fecitt v. NHS Manchester* [2012] ICR 372 (Royaume-Uni); *O'Neil v. Toni and Guy Blackrock Limited* [2012] ELR 21 (Irlande).

de l'identité de celui-ci⁵⁵. Sur ce plan, la loi Sapin II n'aura pas à être modifiée puisqu'elle prévoit déjà dans une telle hypothèse des sanctions pénales qui peuvent aller jusqu'à deux ans d'emprisonnement et 30 000 euros d'amende⁵⁶, à l'instar des lois irlandaise⁵⁷ et britannique. Au Royaume-Uni, le gendarme financier (*Financial Conduct Authority*) et le régulateur bancaire (*Prudential Regulation Authority*) ont ainsi infligé en 2018 une amende de 640 000 livres au directeur général de Barclays pour avoir tenté d'identifier un lanceur d'alerte au sein de la banque⁵⁸.

Il faudra en revanche modifier la loi Sapin pour l'adapter à l'article 20 de la Directive imposant aux États membres de veiller à ce que les lanceurs d'alerte bénéficient d'une assistance juridique par des conseils indépendants, accompagnée d'un soutien financier et psychologique. Une telle mesure avait été prévue dans la loi Sapin II qui avait chargé le Défenseur des droits d'apporter ce secours financier. Mais le Conseil constitutionnel avait censuré la disposition, considérant que ce rôle ne rentrait pas dans le champ de compétences du Défenseur des droits au regard de la Constitution⁵⁹. Il faudra donc trouver un autre système pour répondre à cette exigence du législateur européen.

Conclusion

L'introduction en Europe, bien longtemps après les États-Unis, du système de l'alerte professionnelle est une étape positive vers la responsabilisation de l'ensemble des citoyens et par ricochet des entreprises et des administrations. Dans un monde complexe, où les autorités judiciaires et administratives ne sont capables de déceler qu'une petite partie des infractions à la loi, la contribution des citoyens à leur détection constitue une avancée.

Elle représente en Europe continentale un changement culturel radical. Outre le fait que la pratique de la dénonciation, qui a laissé des traces douloureuses après la dernière guerre mondiale, est maintenant fortement encouragée dans les entreprises comme dans les administrations, ce bouleversement culturel est l'occasion de moderniser les rapports entre salariés et dirigeants dans le milieu du travail. Désormais, prendre la parole pour exprimer ses doutes, ses préoccupations, ses critiques, ses dilemmes devient un plus. Sans le « *speaking up* », les administrations comme les entreprises ne seraient effectivement pas capables de gérer le risque auquel elles sont confrontées à tous les niveaux de leurs activités.

Les exemples donnés plus haut du coronavirus ou des déficiences des avions 737 Max ou encore le scandale du *Dieseldgate* chez Volkswagen, attestent de l'impérieuse nécessité pour tout dirigeant de savoir exactement ce qui se passe dans son organisation pour éviter les drames.

La corruption qui demeure un fléau mondial ne peut de même être combattue que si collectivement elle est dénoncée. L'alerte en ce sens relève d'une mission éthique. D'autant que ses auteurs doivent encore bien souvent faire preuve de courage pour surmonter les difficultés auxquelles ils s'exposent personnellement comme professionnellement.

Hervé Falciani, ancien agent informatique de la filiale suisse de la banque HSBC, qui avait transmis des documents sur un système d'évasion fiscale orchestrée par la banque, en sait quelque chose. Il avait été arrêté par la justice à la demande de la Suisse. Si son action est signalée dans la convention judiciaire d'intérêt public conclue entre le Parquet National Financier et cette banque le 18 octobre 2017⁶⁰, il n'est pas sûr qu'il ait bénéficié par ailleurs d'une réelle reconnaissance. Encore n'a-t-il pas exposé sa vie comme cela peut être le cas dans les pays autoritaires, comme en témoigne la fuite aux États-Unis de l'ex-directeur du laboratoire antidopage de Moscou, Grigori Rodchenkov, après qu'il a dénoncé le système de dopage mis en place lors des Jeux Olympiques de 2014 à Sotchi.

Mais la culture de l'alerte a aussi son revers, quand sous prétexte d'informations dues au public, de fausses révélations sont faites pour salir un adversaire, un rival ou plus simplement une personnalité en vue que l'on veut atteindre par vengeance, jalousie, frustration ou pour des raisons politiques ou professionnelles. L'alerte professionnelle est un outil qui doit donc être maîtrisé. Les personnes mises en cause méritent tout autant d'être protégées que leurs dénonciateurs. Il y a de ce point de vue, comme de celui de la protection des lanceurs d'alerte, encore bien du chemin à faire même dans les différents pays de l'UE.

55. art. 23 de la Directive.

56. arts. 9.II et 13 de la loi Sapin II.

57. PIDA, section 16.3.

58. <https://www.fca.org.uk/publication/final-notice/mr-james-edward-staley-2018.pdf>.

59. Décision n° 2016-741 DC du 8 décembre 2016.

60. https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/CJIP_HSBC.pdf.



Ophélie Claude • Avocate associée, Antonin Lévy & associés

Antonin Lévy • Avocat associé, Antonin Lévy & associés

Les enseignements des premiers contentieux de la loi sur le devoir de vigilance

Les droits de l'homme, une nouvelle frontière pour la *compliance* ?

Les frontières de la *compliance* ont changé, nous assistons à un changement de paradigme qui se traduit par une extension du contenu de ce qu'on entendait classiquement par conformité ou *compliance*. A l'origine la *compliance* était exclusivement pensée comme une mécanique, afin de s'assurer du respect par les entreprises de la réglementation en matière de concurrence, de lutte anti-corruption ou contre le blanchiment d'argent.

Il ne faut pas oublier qu'à l'origine, et pendant très longtemps, le respect des droits de l'Homme était une obligation mise à la charge des États qui, compte-tenu de leur importance et de l'histoire, étaient aussi sans doute les premières personnes ou entités susceptibles de les violer. L'État était à la fois soumis aux droits de l'Homme et devait en garantir l'effectivité aux individus. Des systèmes supranationaux ont été créés au lendemain de la seconde guerre mondiale, particulièrement en Europe, pour prévenir les éventuelles violations aux droits de l'homme commises par les États, ce qui reste le principal rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme par exemple.

La conformité, quant à elle, est un domaine propre à l'entreprise. Jusqu'à présent, les entreprises n'étaient pas titulaires d'un devoir en direction des individus en matière de droits de l'homme, ils incombaient d'abord aux États qui avaient l'obligation de les respecter. Les engagements supranationaux en matière de respect de droits de l'Homme ne s'appliquaient pas directement aux entreprises dont la seule obligation était de respecter le droit des pays dans lesquels elles opéraient. Il fallait donc que les engagements supranationaux en matière de droits de l'Homme aient été transposés par les États pour qu'ils créent des obligations pour les entreprises.

C'est dans le cadre de l'ONU qu'une nouvelle réflexion s'est développée sur le sujet, donnant naissance en 2011 les *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights* développés par le Professeur John Ruggie¹. Ces principes entendent dépasser le filtre des États et, créent des obligations visant directement les entreprises. Cette logique n'est pas exempte de difficultés car on sait qu'une entreprise n'a pas non plus les mêmes prérogatives qu'un État et reste essentiellement définie par son domaine de spécialisation que fixe ses statuts.

Cette réalité pose la question des limites du devoir mis à la charge de l'entreprise au regard de la responsabilité de l'État. Avec la loi sur le devoir de vigilance² s'amorce une nouvelle logique : on abandonne l'idée de responsabilité de l'État pour demander aux entreprises de venir les remplacer. De manière très concrète, sur des projets à l'étranger, certaines associations viennent reprocher aux entreprises de ne pas avoir imposé aux autorités publiques locales des règles plus contraignantes que celles qui existent dans le droit local. Cela pose des questions évidentes de souveraineté et de partage de responsabilité puisqu'on demande aux entreprises d'assumer ces nouveaux rôles qui relèvent normalement de prérogatives étatiques.

Une définition de la *compliance* transformée : l'exemple des conflits d'intérêt

Le terme *compliance* renvoie nécessairement au terme conformité avec une règle, quelle qu'elle soit. La vraie question est de savoir quelle règle. Aujourd'hui lorsqu'on envisage la *compliance*, on aurait tendance à répondre qu'il faut que ce soit une règle qui émane de l'État, une règle légale ou une règle supranationale (par exemple les Pactes internationaux de l'ONU), mais on anticipe de plus en plus que cela puisse être une règle privée. Un parallèle intéressant peut être ici fait avec la conformité anti-corruption. Est-ce qu'il faut que l'entreprise se limite au respect de la règle de droit ou l'entreprise doit aussi s'assurer que d'autres règles, plutôt de type interne, sont également respectées ?

La commission des sanctions de l'AFA pourrait-elle venir sanctionner une entreprise pour ne pas avoir respectée une règle qui elle n'est pas issue d'une règle légale ? Aujourd'hui ce n'est pas forcément le cas, mais la difficulté va peut-être apparaître avec la problématique des conflits d'intérêts. Un corpus de règles de droit commence à paraître concernant les obligations des personnes publiques en matière de conflit d'intérêts notamment avec la loi du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique³. Pour les entreprises en revanche, le conflit d'in-

1. J. Ruggie, « United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights », Human Rights Council, *Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises*, 21 mars 2011.
2. L. n° 2017-399, 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre : JO 28 mars 2017.
3. Loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique.

térêt au sens privé du terme (entreprise/salarié) demeure clairement moins réglementé. Or l'AFA recommande aux entreprises d'inclure la problématique des conflits d'intérêts pour avoir un code de conduite plus efficace. Un manquement dans la mise en œuvre effective de la politique des conflits d'intérêts pourrait-il entraîner des sanctions de la part de l'AFA, et ce, alors même que de telles obligations n'existent pas en droit positif ?

La question du conflit d'intérêt pose aussi la question de la protection des lanceurs d'alerte. L'article 6 de la loi Sapin 2 prévoit une protection pour le lanceur d'alerte qui « révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général »⁴. En revanche l'article 17 de la loi Sapin 2, impose aux entreprises de mettre en place « un dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements émanant d'employés et relatifs à l'existence de conduites ou de situations contraires au code de conduite de la société ». Cela signifie que si le code de conduite prévoit des obligations en matière de conflit d'intérêt, un salarié peut théoriquement les révéler au travers du dispositif d'alerte. En revanche, il n'est pas protégé par l'article 6 de la loi Sapin 2. On a une difficulté. Les frontières entre le droit mou et le droit dur sont en mouvement et ne sont pas toujours convergentes.

De la même manière, la problématique se pose sous l'angle contractuel notamment par exemple avec la question des consultants externes. Comment gérer les conflits d'intérêts d'un consultant externe ? Normalement, le consultant externe s'engage à respecter le code de conduite de l'entreprise puisque désormais avec la loi Sapin 2 on lui demande de le faire. Quelles conséquences doit tirer l'entreprise en cas de déclaration non transparente du consultant par rapport aux conflits d'intérêt ? L'AFA viendra-t-elle dire qu'il y a violation dans ces conditions si l'entreprise ne rompt pas immédiatement avec l'agent ? D'un point de vue contractuel, est-ce suffisant pour la résolution du contrat avec l'agent ? Ce sont autant de questions qui restent en suspens aujourd'hui.

Concevoir la vigilance et la diligence raisonnable

Le contour de la diligence raisonnable n'a pas encore été défini ni par le législateur ni les juges. En l'absence de précédent, il est conseillé de mettre en place des processus pour démontrer à chaque étape que le risque a été pris en considération par l'entreprise et que les actions raisonnables ont été initiées. Il faut l'étayer au maximum. C'est avant tout un travail considérable de documentation que d'être capable de montrer, démontrer et justifier chaque étape. Il incombera au juge de délimiter l'étendue de ce

travail et de déterminer au cas par cas le degré raisonnable de ces mesures tout en mettant en balance les intérêts protégés par la loi sur le devoir de vigilance et les autres impératifs juridiques, administratifs et matériels auxquels sont confrontées les entreprises.

Dans l'esprit du législateur, il convient de laisser aux entreprises une large marge d'appréciation sur les mesures raisonnables qui doivent être mises en œuvre. C'est une chance que les travaux parlementaires soient aussi riches sur ces points. Aujourd'hui, il est question de savoir comment le juge appréciera l'étendue de cette marge d'appréciation. Un parallèle peut encore ici être fait avec la dernière décision dite « *Imerys* » de la commission des sanctions de l'AFA du 7 février 2020 en ce qu'elle essaie d'établir cet équilibre. La commission des sanctions laisse à l'entreprise la liberté de faire ses choix notamment dans l'élaboration de la cartographie des risques dès lors que l'entreprise sait justifier de la pertinence desdits choix. Cette logique utilitariste, non formaliste, correspond à la conformité qui demeure un droit mou dont l'efficacité est suspendue au fait qu'il soit reconnu une marge d'appréciation aux entreprises. Cette marge de manœuvre est indispensable. Il n'aurait aucun sens que toutes les entreprises aient la même cartographie des risques ni le même code de conduite. On ne peut qu'espérer que le juge du devoir de vigilance s'inspire de l'approche de la commission des sanctions de l'AFA.

Au-delà, le fait que la RSE se judiciaire traduit nécessairement un changement d'ensemble dans la conception de la RSE auprès des entreprises qui se matérialise ne serait-ce que par le changement progressif ou la collaboration nécessaire entre le juridique et le RSE dans l'entreprise. Or à l'origine, ces fonctions n'interagissent pas énormément, en tout cas sur ces sujets-là. Avec le devoir de vigilance, on constate que ces deux fonctions doivent de plus en plus collaborer ensemble et qu'elles répondent à des logiques assez différentes. En particulier, le juridique va avoir plus à l'esprit le respect de la loi au sens strict, très formalisé et avoir à l'esprit un potentiel contentieux.

L'entreprise est aujourd'hui condamnée à la précaution dans la mesure où la jurisprudence est inexistante quant à l'étendue de l'obligation qu'entraînerait un engagement volontaire. Cette incertitude conduira sans doute les départements compétents des entreprises à préconiser peut-être plus de détails, plus de précisions et va être plus dans une logique de protection, de prévention juridique que ce que le RSE avait l'habitude, au risque de brider certaines initiatives.

Réaffirmer la portée du devoir de vigilance

En tranchant la question de la compétence en faveur du tribunal de commerce, le juge du référé du Tribunal de grande instance de Nanterre a aussi replacé la loi sur le devoir de vigilance dans son juste contexte, celui de la gestion interne de l'entreprise et des systèmes de *process* internes, d'où la compétence du juge consulaire.

4. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

L'esprit de la loi est assez bien défini : le législateur s'est réellement ancré dans les travaux réalisés au niveau de l'ONU et de l'OCDE. Il faut s'attacher aux mêmes logiques et chercher à tracer ce juste équilibre entre mesures raisonnables et marge de manœuvre laissée aux entreprises qui sont les plus à même de déterminer quelles sont les mesures raisonnables à mettre en œuvre pour qu'elles soient effectives.

L'esprit de la loi sur le devoir de vigilance vise aussi à favoriser la coopération entre les parties prenantes car comme l'a rappelé la commission de sanctions de l'AFA dans la décision *Imerys* précitée, il doit y avoir une fonction pédagogique au contrôle de l'effectivité d'un programme de conformité. Or, le judiciaire reste beaucoup moins propice à ce dialogue car par définition le contentieux induit une logique d'affrontement. Pour autant, les contentieux futurs devront se trouver imprégnés de cette logique pédagogique. Nous sommes dans un volet nouveau et chacun doit fournir des éléments de débat. Les entreprises sont, pour la plupart, dans une attitude volontariste, il faut les aider à réfléchir à comment elles peuvent améliorer leurs systèmes et comment elles peuvent faire mieux.

Enfin, il ne faut pas se tromper sur la nature de la loi sur le devoir de vigilance. Il ne s'agit pas là de la création d'une compétence universelle pour les violations des droits de l'homme intervenues dans tous les pays du monde. Il ne s'agit pas là de la création d'une compétence de rattachement à la compétence des juridictions françaises. Ce n'est pas la logique qui présidait dans les travaux parlementaires. La loi devoir de vigilance est bien distincte d'un *Alien Tort Statute* américain⁵. Même si les associations ont tendance pour l'instant à l'envisager comme tel.

Définir la compétence du juge

Le 30 janvier 2020, le Tribunal de Grande Instance de Nanterre s'est déclaré incompétent pour juger du devoir de vigilance dans l'affaire « Total en Ouganda », renvoyant l'affaire devant les juges consulaires. La gestion interne de l'entreprise est une question que le juge judiciaire a moins l'habitude de traiter contrairement au juge consulaire.

Beaucoup de questions ne sont pas strictement juridiques : certaines concernent l'éthique, d'autres la vie de l'entreprise. Nous allons assister à la création un corpus de règles de nature très jurisprudentielle d'où un besoin de cohérence entre les décisions qui vont être rendues. Le droit mou dans lequel se situe la conformité laisse énormément de marge à l'interprétation.

Au-delà, il n'y a pas eu, à notre connaissance, de tentative de saisine conjointe ou concomitante avec le Point de contact national (PCN) de l'OCDE. Une telle saisine pourrait intervenir et pourrait même être encouragé pour – comme en matière de corruption transnationale par ailleurs – installer un mouvement de coopération, dans le but d'éteindre les poursuites et de réunir le contentieux en une seule et même procédure. Le peu de mises en demeure (5) et d'actions (2) sur le fondement du devoir de vigilance depuis son entrée en vigueur reste difficile à expliquer.

Un nouvel acteur : les associations

A ce jour, les associations se sont davantage emparées de la loi sur le devoir de vigilance sous son angle judiciaire et assez peu à travers la coopération avec les parties prenantes. Pour autant, on peut envisager que les associations aient un véritable rôle bien en amont des contentieux notamment dans le cadre de l'identification des risques en faisant remonter les informations vers les entreprises et en se présentant comme une force de propositions sur les mesures adéquates et raisonnables à mettre en œuvre pour faire respecter les droits humains et le droit de l'environnement.

5. *Alien Tort Statute* (28 U.S.C. § 1350; ATS).



Emmanuelle Mignon • Partner, August & Debouzy - Member of the French Council of State - Lecturer at Sciences Po

The CLOUD Act: Unveiling European Powerlessness

108

The Warrant Case*

In 2013, as part of an ordinary drug investigation, the US Federal administration asked Microsoft to produce data pertaining to one of its clients, as well as the content of his electronic mailbox. The order was based on the Stored Communications Act (SCA), a piece of legislation adopted when a fledgling Internet did not yet concern the general public, which provides that the principle of confidentiality of communications extends to electronically exchanged data, save for information useful to criminal investigations.

Pursuant to this Act, the order took the form of a SCA warrant issued by a federal judicial authority and based on reasonable evidence (“probable cause”) that the user’s email account was used in connection with unlawful activities. Microsoft was given two weeks to turn over the requested information and data. In addition to that, it had to wait 30 days before informing its client. As a matter of fact, the latter was not a US citizen, nor a resident alien; however, this was not considered material in the course of the legal dispute.

After disclosing the customer’s data stored in the United States, Microsoft refused to hand over the contents of the email account that was stored in Ireland. Up until then, such requests, be they for content, user data or metadata¹, have never given rise to difficulties on the grounds of the relevant data being stored abroad. Nonetheless, Microsoft (supported more or less overtly by other GAFA² companies) considered it was the right moment to question the scope of a legislation adopted in 1986 and barely

* The content of this article is an updated version of the contribution previously published in french by E. Mignon in *Revue des Juristes de Sciences Po*, n°16, janv. 2019.

1. Metadata are “data about data”, i.e. number, type, size, etc. For simplicity’s sake, this term often refers to information about the user; they nevertheless are two different types of data.
2. By “GAFA” we designate the main American providers of electronic data communication, processing or storage services.

revised ever since, despite the fact that in the past three decades the use of electronic data storage by external providers, once extremely costly and rare, soared, that data centers are disseminated worldwide, and that a growing share of clients are conscious about the place their data is stored and the protection it is afforded.

Several judicial proceedings followed the refusal to comply with the warrant. In short, Microsoft lost the first trial, but the Court of Appeals for the Second Circuit in New York ruled in its favor, stating that an SCA warrant cannot compel a provider of electronic communication, processing or storage services³ to communicate data stored abroad to the US administration.⁴ By deference to foreign sovereignty and in accordance with principles of private data protection, such discovery orders are to follow the process of international legal cooperation, that is, either a procedure laid down in a Mutual Legal Assistance Treaty (MLAT), or international letters rogatory.

Let it be said here: these procedures allow authorities seeking to retrieve electronic data to ask for the assistance of the officials of the country where such information is stored; who then collect it, provided that certain conditions are met (legitimacy, lawfulness, precision of the request, purpose for which the information may be utilized, etc.), political and diplomatic considerations never being entirely absent. The duration (several months) and the cumbersomeness of these procedures are ill-suited to the needs of the fight against crime –as the latter benefits from the facilitation provided by modern communication technologies.

The ruling of the Appellate Court for the Second Circuit relied on SCA’s lack of extraterritorial reach in the absence of any explicit indication to that effect, as well as on a “change in circumstances” theory according to which, nowadays, customers of online services providers store more data than ever before on cloud and are entitled to expect their data to benefit from the same protection against searches and seizures as if it were stored at the corporate headquarters or at their physical domicile. These customers are increasingly conscious about the place their data is stored and justified in thinking that the provisions ruling the disclosure of their data are set by the country where the information is stored or where the provider (to whom data is entrusted) is located. The notion of “legitimate expectation” is one of the criteria that the US Supreme Court applies in order to find the right balance between the tools available to law enforcement for criminal investigations (searches, seizures, wiretaps, GPS localization and other means of investigation...), and the

3. The SCA, and now the Cloud Act that amends it, applies to “electronic communication services” (viz. telecom operators or internet access providers), as well as to “remote computing services” (viz. both electronic data processing services –software that elaborate, modify, edit or collect, etc. data– and electronic data storage services –the “clouds”). According to U.S. authorities themselves, these definitions are abstruse (a troubling fact considering that the legal regimes applicable to these providers are not entirely the same). “Online services providers” or, more journalistically, “Tech companies” will be used in this article as generic terms encompassing this variety.

4. Microsoft v. United States 829 F.3d 197 (2d Cir. 2016).

prohibition of unreasonable searches and seizures under the Fourth Amendment to the United States Constitution.⁵

This ruling did not change the case law, as other courts continued to issue and recognize SCA warrants relating to data stored abroad; even so, in the absence of a clearly established solution, GAFAs companies started resisting such requisitions by relying on the Microsoft precedent.

The US Government filed an appeal with the Supreme Court, which accepted to hear the case. Multiple *Amicus curiae*⁶ were submitted to the Court, including one from the European Commission. Yet before the Court's ruling, Congress passed the Clarifying Lawful Overseas Use of Data Act as a rider to an omnibus government spending bill for 2018. As its name suggests, this legislation clarifies the SCA and excludes location of data center as a ground for opposing the production of electronic data requested by the US administration from a US-based online services provider in the course of a criminal investigation. The law was enacted on March 23, 2018 and came immediately into effect. With the agreement of the parties involved, the Supreme Court acknowledged that the case was moot (the US administration could obtain a new warrant under the newly passed law, with which Microsoft would have to comply) and remanded it back to the Court of Appeals for the Second Circuit to draw the due consequences.⁷

GAFAs, which had supported Microsoft in its battle against the US administration, surprisingly welcomed the adoption of the CLOUD Act, Microsoft included. In point of fact, economic players entertain the utmost aversion for legal uncertainty; if there was one matter everyone could agree on -including the judges of the Court of Appeals for the Second Circuit- it was that the best solution had to be a legislative undertaking.

The Competing Arguments

The arguments exchanged between the parties during the Warrant case can help understand the scope of the CLOUD Act, which includes quite a few provisions beside the one that renders the matter of data location irrelevant. As is frequently the case, they are both legal and political in nature.

To oppose the communication of data stored outside the United States, Microsoft contended that:

- A cloud is a virtual cabinet which cannot reasonably be treated differently than a physical cabinet. As the latter cannot be forced open without the consent and support of the authorities of the country where it is located, so it should be for the former, if the foreign country's sovereignty is to be respected.

5. "The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no warrants shall issue, but upon probable cause, supported by oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized."

6. In the United States, an *Amicus curiae* is a voluntary intervention. In France, an *Amicus curiae* is a request for an opinion issued by the court to an individual or institution likely to enlighten the court.

7. *US v. Microsoft Corp.*, 138 S. Ct. 1186, 584 U.S., 200 L. Ed. 2d 610 (2018).

- Under US law, a statute cannot apply extraterritorially without an explicit indication to that effect. No such indication of extraterritorial reach exists in the SCA, or in its legislative history. In fact, the question was not relevant in 1986.

- The execution of the warrant puts -or risks putting- the online services provider in a conflict of laws situation. At the time, Irish law and European legislation concerning the protection of personal data banned the transfer of personal information stored in Ireland to US authorities outside an international legal cooperation procedure (as a reminder, and contrary to what is often written, the mechanisms provided for by the Privacy Shield agreements, adopted before the entry into force of the GDPR⁸, does not cover personal data transfers to governmental agencies; only transfers to US companies that self-certify as fully adhering to the principles laid down in the aforementioned agreement are concerned). This is still the case under the GDPR (see below). The request puts therefore the service provider in an untenable position, in that either it disregards Irish law in order to comply with the US warrant, or it infringes US law to fulfill Irish obligations.

- US authorities are particularly well aware of this concern, for US law prohibits the transferring abroad of data located in the United States outside international legal cooperation procedures, whether such data pertains to a US person⁹ A US person is a citizen of the United States, a permanent resident alien, a non-registered partnership whose members are predominantly US citizens (or permanent resident aliens), as well as companies registered in the United States. or not, even if it has no other connection to the United States than its storage location.

- GAFAs made a selling point of data storage location, which becomes meaningless should US authorities have access to information through warrants targeting parent companies registered in the United States. A requirement, originating from the US government, that data stored abroad be communicated whenever it is controlled by a GAFAs would harm US providers' competitive position, particularly in Europe.

- The possibility for US authorities to obtain data stored outside the US by simply addressing warrants to US parent companies could lead affected countries to adopt data localization policies, which would reach an aim contrary to the US administration's, as it would in fact isolate data in a particular storage location and force authorities to resort to international legal cooperation in order to obtain it. The goals pursued by the US authorities are valid, although the only way to reach them would be through an international agreement that provides democratic countries with investigative means adapted to an

8. Regulation (EU) 2016/679 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, and repealing Directive 95/46/EC.

9. A US person is a citizen of the United States, a permanent resident alien, a non-registered partnership whose members are predominantly US citizens (or permanent resident aliens), as well as companies registered in the United States.

evolving criminality, on a reciprocal basis and in line with privacy protection imperatives.

The US administration argued that:

- The SCA warrant denounced by Microsoft had no extraterritorial reach, as it was issued in the United States, by a US court, to a US company and to be executed in the US as part of a criminal investigation involving the United States. This situation had nothing to do with, for instance, sanctioning European companies because of their financial ties with Iran by banning them from doing business in the United States.

- Assuming that the execution of the warrant entails an extraterritorial reach, because data is not stored in the United States, a mere “click” would suffice for Microsoft to repatriate it, thus purging the litigious warrant of its extraterritorial nature.

- Data distribution in storage locations all around the globe is partly random, depending more on technical constraints than on the residence of the user. Sometimes data of the same user is distributed in centers located in various countries. Moving data from one data center to another is frequent and sometimes automatic. Assuming that data location is dependent upon user location (as argued by Microsoft), the latter is declared by the customer and is not verified. The effectiveness of the fight against crime cannot be contingent on random data distribution mechanisms, even less on the possibility for every user to declare any residence in order to benefit from this or that location.

- A SCA warrant is a hybrid tool, something between a search warrant and a subpoena: it shares with search warrants the legal requirement that an independent judge issues it based on probable cause; however, it is similar to a subpoena, in that there is no physical coercion or search, as the subpoenaed documents are voluntarily handed over by the person holding them (though under the threat of contempt of court, should he or she not comply). Excluding a physical search, a SCA warrant is not required to specify a particular territorial application; it only matters whether the person from whom data is requested has it under his or her control.

- Were we to follow Microsoft’s argument, it would prevent the GAFA from producing not only data belonging to foreign individuals or companies stored outside the United States, but also data stored abroad and related exclusively to the US: US territory, a US victim and a US suspect – according to the US administration, the most common situation. US authorities cannot imagine having to resort to MLAT to retrieve from Ireland pictures of US victims of a US pedophile, who lives in the United States and sees them from his computer in Arkansas. During a Senate hearing, an official from the US administration endeavored to provide Senators with examples of criminal investigations¹⁰

10. Statement of Brad Wiegmann, Deputy assistant attorney general, Department of justice, before the Subcommittee on crime and terrorism committee on the judiciary United States Senate, May 24, 2017.

that, while having no extraterritorial aspect, were nonetheless deadlocked since the ruling of the Court of Appeals for the Second Circuit.¹¹

- Potential conflict of laws situations invoked by Microsoft are in fact quite rare. The consequences of the Court of Appeal’s ruling are disproportionate with regards to the actual risk of such occurrences.

- Last, the US administration argued that Microsoft’s position was detrimental to foreign countries themselves. In practical terms, it also prevented foreign authorities from retrieving data from GAFA with the help of US authorities in the context of international legal cooperation. However, this was partly a bad faith argument: for instance, if France sought to obtain data stored by one of the GAFA in Rio de Janeiro, it could as well turn to Brazilian authorities.

The CLOUD Act

The US administration responded to these difficulties with the CLOUD Act.

Unhappy with simply using the law in order to invalidate the Court of Appeal’s ruling, it went further by proposing solutions to US companies (i.e. GAFA) in case of a conflict of laws, and by offering its partners a framework for a more effective international police cooperation; in return, the US administration hopes that countries will refrain from passing data localization policies, which would undermine the desired goal, that is, facilitating data access, as well as risk placing its companies at a competitive disadvantage. Its manifold objectives render this legal instrument quite complex.

What we have here is a four-time waltz:

1. Every online services provider based in the United States must hand over to the US administration communication data requested through a SCA warrant, no matter where it is stored, as long as it is in the provider’s possession, custody or control.

From a legal point of view, and as many authors put it, the CLOUD Act does not change the state of American law regarding the substantive conditions that such warrants shall meet to be lawful: the request must be addressed to an online services provider;¹² this provider must fall under the jurisdiction of the United States; the data requested shall be in the provider’s possession, custody or control;¹³ the request must be justified by the needs of a criminal investigation; it must be validated by an American judicial authority¹⁴, which checks the merits (serious suspicion that an offense has been committed or is about to be committed),

11. “While the most obvious impact of the Microsoft decision may be to frustrate investigations of foreign nationals targeting U.S. victims, these examples make clear that the Microsoft decision also thwarts or delays investigations even where the victim, the offender and the account holder are all within the United States” (aforementioned statement).

12. This is rarely the case since data remains usually the property of customers.

13. Such control being of a legal or technical nature.

14. With some exceptions that are not crucial in the framework of this article.

the relevance (the data sought are actually likely to be of interest to the investigation) and the proportionality.

Likewise, contrary to what has been often said, the CLOUD Act is not a genuinely extraterritorial piece of legislation: it applies to any US-based company, as well as to its subsidiaries -even if registered abroad (see below). Yet, this is a broad understanding of the territorial scope of US law, but not, strictly speaking, an extraterritorial reach.

The novelty lies in the fact that, should the requested data be physically stored outside the United States, it is no longer an obstacle to its communication to the American authorities. Therefore, GAFA, which are tech companies registered in the United States, are to communicate any data stored in the US or in a foreign country upon request by the US authorities, even if said data belongs to a foreign company or individual and has been entrusted to a GAFA subsidiary registered abroad. As GAFA companies control the most part of the global cloud, and this is the point, critics of the CLOUD Act consider that the United States offered itself access to all data worldwide.

Moreover, the CLOUD Act does not affect the guarantees offered by the SCA. Based on the CLOUD Act, US officials can order the production of electronic data from online services providers only as part of a judicial procedure and with a warrant or a court order. In Europe, we were quick to conclude that the CLOUD Act was the means for the US administration to get hold of our companies' strategic data, pillage our knowledge or lock up our CEOs. This might be simple scaremongering. The CLOUD Act's first purpose is to obtain the communication of data from individuals or companies suspected of having committed misdemeanors or crimes. In principle, this is not the case for most of our companies.

2. If a SCA warrant places an online services provider in a conflict of laws situation because data is stored in a country whose law prohibits such data communication, it is for the court before which the case is brought to apply, if need be, common law principles of comity, that is, international courtesy principles recognized by US courts. This standard allows it to refrain from applying (or to apply in a more nuanced way) US law when major interests of foreign countries are at stake.

The purpose of this explicit reference to the common law principles of comity is to discourage partner countries from passing data localization policies, which would, for instance, require online services providers in said countries to register their parent companies outside the United States in order to avoid being subject to the CLOUD Act¹⁵ (an unlikely hypothesis, unless they want to get by without GAFA's services), or policies that would compel certain companies to entrust their data to only those sovereign clouds that have no connection to the United States. Without taking anti-GAFA measures, it is as of now suffi-

15. Regarding the sensitive question whether foreign companies may fall within the scope of application of the CLOUD Act, see below.

cient that concerned countries adopt policies that seem necessary to them in order to protect data entrusted to the GAFA against the CLOUD Act's exorbitant effects by applying the principles of comity.

The inclusion of such a principle in the SCA appears to be a progress, as many authors doubted it was applicable to this piece of legislation; on the other hand, the statute does not delineate the boundaries of this principle. Yet, US case law shows that US courts rarely agree to recognize the existence of a conflict between US law and European law -often regarded as less binding (see below). In addition to that, the appropriate legal procedure in case a provider seeks to enforce common law principles of comity is not by way of an action, but as a defense to a contempt of court procedure following the refusal to execute the warrant. Thus, the provider would have to take a significant risk.

To put things differently, the explicit reference to the common law principles of comity in the law is progress, but its actual implementation remains unclear, uncertain and will depend on the determination of judges.

3. Foreign governments may sign a bilateral treaty with the United States through which each administration could turn directly to providers in another jurisdiction to request relevant data without the need for a MLAT or international letters rogatory.

In practice, were France to sign such an agreement with the United States, French authorities could request directly tech companies registered in the US to provide data relevant to French investigations held under their control, without having to resort to the Department of Justice. US law would no longer hinder the disclosure of requested data, as is presently the case. Reciprocally, US authorities would be allowed to appeal directly to tech companies registered in France, for instance Orange, requesting the latter online services provider to hand over communication data under its control, without involving French authorities.

It is important to note, as of now, that the CLOUD Act prohibits explicitly such agreements from enabling foreign governments to retrieve data pertaining to US persons. This point is crucial and will be developed below.

Besides, in order to limit the disclosure of personal data to investigation services all around the world, the CLOUD Act states that warrants issued in virtue of such bilateral agreements can only target "serious crimes".

These international agreements will take the form of executive agreements, i.e. agreements which do not require a 2/3 majority vote in the Senate, or the passing of a law by both Houses of the US Congress. The agreement enters into force as long as both Houses do not vote against it by a joint resolution within 180 days after its notification to the Congress. Only countries that respect human rights and meet democratic standards are eligible to the signing of these agreements.

In reality, the CLOUD Act organizes on a world scale what the e-evidence regulation and directive projects attempt to set up at the European level, that is, the possibility for investigating authorities in each country to obtain the disclosure of communication data relevant to their criminal investigations, by appealing directly to online services providers which process or store such data, rather than going through the conventional international legal cooperation framework. The express intent is to match the rhythm of criminal investigations to that of crime itself.

The possibility of signing these international agreements in such an expedite fashion is a source of consternation for US human rights associations. In any case, US persons (notably, US citizens) have nothing to fear from these executive agreements, as they cannot cover data that belongs to US persons. On the contrary, an executive agreement with, say, China, would allow the latter to retrieve data concerning (as the case may be) political dissidents from GAFA, without any intervention from the US administration. Of course, this would not be possible unless China met the human rights protection standards outlined by the policy and conditioning the signing of an executive agreement by the United States. Still, human rights associations criticize precisely the power of the US administration to weight those standards without proper supervision from the Congress.

4. Lastly, as a way to encourage foreign countries to sign executive agreements, the CLOUD Act states that any online services provider, American or foreign, required by the US authorities to communicate data stored in a country bound by such an agreement may, in a conflict of laws situation, request an exemption through a fast and direct special procedure (which should be less risky than defending a contempt of court case).

The statute extensively details the criteria that the court before which the matter is brought must take into account when deciding whether to quash or modify the warrant: serious risk of sanctions for the provider; the interests of the United States in obtaining the litigious data; the interests of the foreign government in preventing disclosure; the location and nationality of the customer; the nature of its ties with the United States; the importance of the investigations already conducted and the importance to said investigations of the information to be disclosed; the likelihood of proper access to requested information by means causing less negative consequences.

Without any precedent on this matter, the precise differences between the ordinary procedure (i.e. the common law principles of comity) and the special procedure (comity analysis) available only for the disclosure of information stored in countries that have signed an executive agreement, is hard to understand. As the US Government's objective is to encourage its partners to sign executive agreements, expressly enumerating the criteria of assessment in comity analysis should make them more effective, operational and trustworthy.

The White Paper from the US Department of Justice

On April 2019, the US Department of Justice released a White Paper regarding the purpose and impact of the CLOUD Act¹⁶.

The document mainly highlights the advantages of the CLOUD Act for the criminal investigations of foreign governments that would enter into an executive agreement with the US thanks to the Act. It also minimizes the scope of the Act by reminding that the statute does not change the substantive conditions under which the US law enforcement authorities may issue SCA warrants, except regarding the place where the data is stored, which become irrelevant.

More interestingly, the US government seems to have understood the commercial prejudice that the CLOUD Act may have created for the major US tech companies whose subsidiaries face, in various countries in the world, the reluctance of foreign corporations to keep entrusting US online services providers with their data. In order to mitigate this side effect of the CLOUD Act, the White Paper recalls that foreign tech companies are not necessarily out of the scope of the Act if they provide services in the US and have "sufficient contacts" with the US to be subject to US jurisdiction (see below).

Some Unknown Factors

As with any legislation, the CLOUD Act contains several unknowns of unequal importance. Let us address two of them.

First, the CLOUD Act does not allow determining whether the European Union could sign an executive agreement with the United States on behalf of its member States. The law uses the words "foreign government" to designate the partners entitled to sign an executive agreement with the United States. Clearly, the European Union is not a government. It seems that, by using such terms, the United States indicates that it does not want to be involved with European Union countries whose compliance with democratic standards is not assured.

Admittedly, on September 25, 2019, the US and the EU started to negotiate an executive agreement on the basis of the CLOUD Act, which tends to prove that the CLOUD Act enables the US government to sign such agreement with that specific international organization that is the EU. However, it results from the report from the EU Commission on the first round of negotiations that the objective of the US is to negotiate a framework agreement with the EU, supplemented later by bilateral agreements with individual EU Member States.¹⁷ During the second round of negotiations, on November 6, 2019, the US highlighted its concerns

16. Promoting Public Safety, Privacy, and the Rule of Law Around the World: The Purpose and Impact of the CLOUD Act, White Paper April 2019, www.justice.gov/CLOUDAct.

17. Report from the Commission on the opening of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters, September 25, 2019, Note from Commission services to Delegations, 12524/19.

on the rule of law situation in some EU Member States.¹⁸

Second, it is unclear to which extent the CLOUD Act could apply to companies registered outside of the US.

Clearly, the CLOUD Act applies to data entrusted to foreign subsidiaries of companies registered in the US, either because the data is in reality under the parent company's control, according to US authorities, or because, in any case, the CLOUD Act applies to every company under US jurisdiction: yet, US law includes companies registered in the United States, as well as their subsidiaries -even if they are registered in a foreign country.

The statute applies also to the US subsidiaries of companies registered outside the United States (say the US subsidiary of Orange). Indeed, such subsidiary is registered in the United States. It is therefore incontestable that this subsidiary is subject to the CLOUD Act and is consequently under the obligation to hand over data under its control, wherever it may be stored. One may assume that such data has been handed into its custody by US persons.

On the other hand, the question whether the CLOUD Act could apply to data processed or stored by companies registered outside the US, but doing business in the US, is controversial.

From a legal standpoint, the application of the CLOUD Act to foreign companies could take three paths:

The data sought by the American administration and stored outside the United States by a foreign company would be claimed from the US subsidiary of this company, which would be regarded as having "control" on this data. However, we find it difficult to consider that a US-based subsidiary of an online services provider registered outside the US could be seen as controlling the data entrusted to its parent or sister company's custody, unless in case of technical control.

Under US law, any person in the United States is subject to the jurisdiction of the United States. Should the term "person" designate natural person and legal person such as companies, a French company doing business in the US might therefore be considered as subject to the jurisdiction of the US.

More convincingly, a company providing services in the United States may be considered by the US courts as subject to the jurisdiction of the United States if the importance of this activity justifies it (so-called "doctrine of sufficient contacts"). Indeed, the American courts consider that it would be unfair with regard to US companies to exempt companies doing business in the United States but registered elsewhere, from the application of American law. The importance of the activity/contacts that results in the submission of the concerned company to the jurisdiction of the United States is assessed by the court seized

18. *Report of the Commission services on the second round of negotiations in view of an agreement between the European Union and the United States of America on cross-border access to electronic evidence for judicial cooperation in criminal matters*, November 6, 2019, Note from Commission services to Delegations, 13713/19.

according to a case-by-case analysis.

Considering the fact that the foreign major competitors of the GAFA, such as Orange, usually do business in the US, otherwise they are "economic dwarves", the application of the CLOUD Act to such companies would have significant consequences:

- The US administration would gain almost unlimited and worldwide access to data, despite it having no ties to the United States (e.g. a French company's data entrusted to Orange in France and stored in France), save for a connection with a criminal offence involving the US, thus contradicting the considerations that motivated the passing of the CLOUD Act. Now, MLAT procedures serve precisely this purpose; if the CLOUD Act's aim is to allow US administration to unchain itself, in some circumstances, from overly slow and cumbersome procedures, it would be unwarranted to disregard them altogether.

- Any policy aiming at creating sovereign clouds shielded from US interference would become useless, unless such clouds were entrusted to "digital dwarves" having no activities in the United States.

- Online services providers would be often placed in conflict of laws situations, for foreign States, unable to protect themselves through sovereign clouds, would likely retaliate by multiplying laws that ban the transfer of data stored on their territory.

The case law has not yet clarified this point.

The US-UK Agreement: First Executive Agreement Under the CLOUD Act

On October 3, 2019, the United States and the United Kingdom signed in Washington the first executive agreement under the CLOUD Act. Such executive agreement, named the US-UK Bilateral Data Access Agreement, is crucial since it should serve as a role model for other bilateral agreements.

The significant points of this agreement are the following:

- The agreement distinguishes the Issuing Party, that is to say the country that issues the request for the disclosure of data (the "order") directly to the online services provider, from the Receiving Party, e.g. to put it simply the country in which the order is delivered.

- Each Party designated a governmental entity in charge of the implementation of the agreement and acting as a point of contact (the "designated authority").

- The agreement applies only to investigations related to serious crime. Such notion was not defined in the CLOUD Act. Pursuant to the agreement, serious crime is an offense punishable by a maximum term of imprisonment of at least three years under the law of the Issuing Party.

- The agreement provides that each Party ensures that its domestic laws will not prevent the online services providers requested to disclose data (the "covered providers")

from complying with the orders issued by the Issuing Party. For the US, the CLOUD Act provides it already.

- The orders cannot target data from Receiving Party persons. For each Party, these persons are designated in the agreement and are mainly the citizens of the Parties and the companies incorporated in the Parties. Surprisingly, UK citizens are protected when they are in the UK, but not when they are abroad,¹⁹ whereas US citizens are protected no matter where they are.

- The orders shall be issued in compliance with the domestic law of the Issuing Party. They shall comply with the basic principles of reasonable justification, credible facts, proportionality, and be reviewed by a court, judge or any other independent authority of the Issuing Party. Stricter constraints apply to real-time interception of wire or electronic communications. Some legal experts consider that the guarantees offered by US law for the issuance of the orders are more protective of fundamental rights than the procedures under UK law. Prior to transmission of an order, the designated authority in the Issuing Party shall review the order for compliance with the agreement.

- Any order involving the data of an individual in a third party country is subject to a notification to the government of that country, unless the Issuing Party considers that such notification would be detrimental to security, to the investigations or imperil human rights.

- Should a covered provider receiving an order consider that the order does not comply with the agreement, it shall refer the question to the designated authority of the Issuing Party. If the question remains litigious, the provider may refer it to the designated authority of the Receiving Party. The designated authorities of both Parties shall strive to find a solution. If the Receiving Party's designated authority concludes that the agreement has not been properly implemented, the order remains unexecuted. Such proceeding should not prevent covered providers from challenging the orders through traditional remedies.

Last, pursuant to a specific proceeding, UK may oppose the use of the data collected through the agreement for the prosecution of offences for which the death penalty is sought; the same applies for the US when the use of the data may concern freedom of speech.

Article 11 of the agreement also provides that it supplements, and does not replace, nor affect, the other legal mechanisms available to the Parties to obtain electronic data from tech companies resulting whether from domestic laws or international agreements, notably mutual legal assistance.

As mentioned above, in September 2019, the US and the EU started to negotiate a similar executive agreement (see below); and, in October 2019, the US announced that negotiations are also on their way with Australia.

19. Regarding natural persons, Article 1.12 of the agreement provides that UK persons are only "person[s] located in its territory".

The Critical Question of Reciprocity

Although we focus our analysis on the US-UK Agreement, this question concerns all the executive agreements likely to be signed under the CLOUD Act.

As underlined above, the CLOUD Act prohibits the executive agreements that would be signed by the US with its partners from enabling foreign law enforcement authorities to retrieve directly from US tech companies data pertaining to US persons, whether natural or legal. Logically, following the principle of reciprocity governing international conventions, the US-UK Agreement provides that, when applying this agreement, the UK cannot target US persons or companies and reversely.

However, from a practical point of view, the US keeps the possibility to collect data concerning UK citizens, residents or companies through the direct application of the CLOUD Act since it is highly likely that most of the data pertaining to these persons is under the custody or control of GAFA. Therefore, the agreement is practically not reciprocal and can never be, like the other future executive agreements. This irreducible imbalance is aggravated by the fact that data that may be requested on the grounds of executive agreements can only concern serious crimes, whereas the CLOUD Act allows the US administration to deal with all sorts of incriminations, regardless of their seriousness.

Admittedly, one has to keep in mind the great advantage of such executive agreements for the investigating and prosecuting authorities of the partners of the US, since they will allow them to collect data possessed or controlled by GAFA all around the world directly from the US tech companies, without requiring the assistance of the US Department of Justice. The recovery time would be reduced from several months to a few days.²⁰ Yet such retrieval shall not concern US persons, but it may concern any other natural person or legal entity, which is far from being insignificant.

In other words, foreign partners of the US, and especially European countries, which share with the US a joint attention towards human rights and a common will to fight crime, are placed, with the CLOUD Act and if they start negotiating an executive agreement, which is a diplomatic way of approving the Act, in the position of dropping the protection of their citizens and companies against US investigations and retrieval of data, in exchange for facilitated police investigations. This explains the difficulty met by their governments to reach a final opinion on the CLOUD Act, law enforcement departments thinking that it is a good piece of legislation, economic and data protection services being more circumspect.

It is up to each citizen to form an opinion as to whether this exchange of good practices (application of the CLOUD Act by the US to retrieve data belonging to nationals or companies of their partners, in exchange for the possibility for

20. From 10 months to 10 days for EU Member States according to the EU Commission.

these partners to collect directly from GAFAs data concerning their criminal investigations unless it pertains to US persons) is equivalent to swapping one's birthright for a dish of lentils. Personally, I cannot prevent from thinking about this famous quote by Benjamin Franklin "Those who would give up essential liberty to purchase a little temporary safety, deserve neither liberty nor safety, and would lose both", although the exact meaning of that quote may not be what we think it means.

It must also be agreed that the United States' partners do not really have a choice, since the CLOUD Act would apply whether they like it or not. The only solution to redress the balance would be to obtain from the US the amending of the CLOUD Act and the prohibition for SCA warrants issued on the basis of this statute to target nationals or companies from countries that have signed an executive agreement with it, which is very unlikely.

State of Play of the US-EU Negotiations

On February 5, 2019, the European Union Commission released a proposal, to be adopted by the Council, for a mandate to negotiate with the US an executive agreement under the CLOUD Act. The proposal was amended following technical discussions with Member States and adopted by the Council on June 6, 2019. Three rounds of negotiations with the US have already taken place.

With respect to the US-UK Agreement, the points that deserve attention are the following:

- The negotiating mandate is full of general considerations on the principle of proportionality and the rights of the defence, but remains very imprecise on the concrete application of these principles.
- The issue of reciprocity, as set out above, is addressed nowhere, like a nose in the middle of the face that everyone refuses to see.
- The EU insists on the importance of aligning the procedures to be implemented under the executive agreement with those resulting from the e-evidence draft regulation and directive.
- EU would like to obtain the possibility to oppose the collection of data by the US not only in case the offence for which the data is requested is punished by death penalty, but also by life imprisonment without review.
- EU would like to get specific guarantees for data whose disclosure would be contrary to the essential interests of a Member State, that is to say a kind of blocking statute about which the Union does not give any details.

Last, and as abovementioned, it remains unclear whether the agreement will apply directly in all EU Member States or whether it will play the role of a framework, then followed by bilateral agreements between the US and each Member State (in which case the question that arises is whether the EU could accept

that some of its Member States could not sign an agreement with the US).

Unveiling European Powerlessness

Finally, and though it is sad to say, the CLOUD Act reveals European Union's weaknesses.

First weakness: the lack of European sovereign clouds. Yet, the issue has been on the table for at least 15 years: 15 years of dithering, procrastination, lack of ambitions, and lack of decisions. The European Union is supposed to empower each Member State, yet here is another area in which it has taken no action. France has not been standing still, for it tried to foster French sovereign clouds. For lack of stimulus, resources, continuity of effort, economic patriotism and, more seriously, conviction, not much came out of it; meanwhile, GAFAs' clouds conquered the market.

Second weakness: the absence of relevant and effective policies allowing GAFAs to object to the disclosure of strategic European data to US authorities in the framework of the CLOUD Act – the notable exception being the GDPR.

As for the French "Blocking Statute"²¹, which bans, under certain conditions, the communication abroad of sensitive economic data, it is of little importance for US courts, insofar as the acts it prohibits are never prosecuted. This is why, in its ruling *Société nationale industrielle aérospatiale v. US District Court* (n°85-1695) of June 15, 1987, the US Supreme Court refused to take into account this statute for releasing a French company from its obligations under US law, arguing that, in fact, French companies that disclose information in violation of the blocking statute are never sanctioned.²²

For its part, in its 60 years of existence, the European Union has never managed to find the means to protect its companies' data by adopting a comparable but effective system. Even worse, several countries, among which France, never adopted the implementing provisions of Council Regulation n°2271/96 of 22 November 1996 (the "European Blocking Statute") protecting against the effects of the extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom. The statute was intended to deter European companies from submitting to the demands of US embargos. Either such pieces of legislation are useful and therefore must be applied, or they are not and must be removed. Nothing is worse for our credibility than their existence in an inert state.

Likewise, the European Union has recently passed a legal provision seeking to protect confidential business information.²³ From now on, this provision, which has been trans-

21. Law n°68-678 dated July 26, 1968.

22. Since this ruling, one criminal sanction on the basis of the Blocking Statute has been imposed by a French court and upheld by the Cour de cassation (Cass. crim December 12, 2007 n°07-83.228 Christopher X); this led to a slight softening of the US courts' stance (see *In re Activision Blizzard, Inc.*, 86 A.3d 531 (Del. Ch. 2014)). The exact scope of this change remains however uncertain.

23. Directive (EU) 2016/943 of the European Parliament and of the Council of June

posed in Member States' national law, prohibits disclosure of data covered by business confidentiality to US authorities outside an international agreement - i.e. on the sole basis of a unilateral request which would be the case of a request issued in accordance with the CLOUD Act by the US administration to a US tech company - where the latter committed to the company that entrusted to it its data to protect its confidentiality. The eventual liability being civil (rather than criminal), it is however far from clear that US courts, in applying the common law principles of comity or the comity analysis procedure, would consider that failure to comply with EU rules protecting business confidentiality is so serious a ground as to place the GAFAs in a conflict of laws situation releasing them from their obligations under the CLOUD Act.

In fact, only the GDPR may place a GAFAs company under such a conflict of laws situation in case it is urged by US officials to produce personal data stored in Europe.

Indeed, Articles 44 et seq. of the GDPR establish the conditions under which personal data can be transferred to a third country or to an international organization. Pursuant to these articles, transfers are permitted under the following alternative conditions:

- They are based on a decision of adequacy, that is, after the EU Commission has assessed by way of decision that the third country in question ensures an adequate level of protection of personal data (article 45 of the GDPR). No decision establishing general adequacy has been issued by the Commission for data transfers towards US public authorities so far. Or
- Data transfers are accompanied by appropriate safeguards and the people whose data is involved can protect their rights through enforceable rights and effective legal remedies (article 46 of the GDPR). Without an agreement between the European Union and the United States, these safeguards are inexistent.
- In certain specific situations (article 49 of the GDPR), none of which apply to the transfer of personal data to US authorities under the CLOUD Act -contrary to what the European Commission claimed in its aforementioned Amicus curiae to the Supreme Court. Specifically, the exception contained in article 49, paragraph 1, point d) of the regulation ("the transfer is necessary for important reasons of public interest") concerns only the public interests of an EU Member State or of the European Union itself according to the Guidelines 2/2018 on derogations of Article 49 under Regulation 2016/679 produced by the European Data Protection Board on March 25, 2018, and not the common public interests shared by all States.²⁴

8, 2016 on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure.

24. Any other interpretation of art49 1 d) would be incompatible with art 48 of the Regulation according to which "[a]ny judgment of a court or tribunal and any decision of an administrative authority of a third country requiring a controller or processor to transfer or disclose personal data may only be recognised or enforceable in any manner if based on an international agreement, such as a mutual legal assistance treaty, in force between the requesting third country and the Union or a Member State, without prejudice to other grounds for transfer pursuant to this Chapter".

Thus, the transfer of personal data by a GAFAs company to US authorities would not comply with the GDPR if it were based on a CLOUD Act warrant and not on a MLAT-like international agreement, an international rogatory letter, or an executive agreement negotiated with the United States. Such a GDPR violation could result in an administrative fine of up to 20.000.000 euros, or, in the case of a company, of up to 4% of the annual worldwide total revenue for the previous year. Considering the magnitude of these sanctions, we may hope that US courts will find that the principles of international comity rule out a company having to violate the GDPR in order to abide by its CLOUD Act obligations.

That being said, it should be noted that the GDPR applies only to data concerning physical persons and not companies.

Third weakness: poor understanding of the underlying matters. One EU official out of two does not perceive the imbalance that is inherent in the CLOUD Act, between data the US administration can get access to on the basis of the CLOUD Act and data that would fall within the reach of EU authorities were the European Union to sign an executive agreement. This misconception is glaringly revealed by the repeated use of the expression "European CLOUD Act" to designate the e-evidence regulation and directive projects. Yet these two pieces of legislation have nothing in common beyond the pursuit of a similar goal. The former unilaterally allows a country to retrieve data necessary to its criminal investigations, due to the dominant position of its companies on the global data marketplace. The latter is an agreement negotiated between the authorities of various countries in order to gain access to data essential to criminal investigations, on an egalitarian and reciprocal basis. As Camus would have put it, "*mal nommer les choses, c'est ajouter au malheur du droit*".²⁵

Fourth weakness: the lengthiness of the European decision-making process and EU's inability to define strong common positions. Who grasped EU authorities' stance on the Warrant Case? The European Commission addressed an Amicus curiae lacking any strategic vision and merely offering an interpretation of the GDPR which manifestly contradicted the letter of the Regulation and which, in any case, the European Data Protection Board immediately refuted (see above). Similarly, the EU has been discussing the e-evidence package for two years, while it took less than six months in the US to adopt the CLOUD Act. Now it is obliged to specify, at each round of negotiations with the US on the future US-EU executive agreement, that these texts are subject to modification.

Finally, having been unable to protect its strategic data through its investments or its laws, the European Union finds itself obliged to negotiate an executive agreement with the United States under obvious conditions of economic and diplomatic imbalance. Although, as mentioned above, the risk must not be overestimated, our fundamental economic interests may suffer as a result. This is unfortunately recurrent on many issues.

25. "To name things wrongly, is to add to the misfortune of the law".



Astrid Mignon Colombet • Partner,
August & Debouzy - PhD

Transnational Negotiated Justice: the Cornerstone of an Orga- nized Extraterritoriality?¹

The “Top Ten” list of the companies sanctioned for violating laws against corruption of foreign public officials in significant matters is enriched every year by new resolution agreements coordinated among several States party to the Convention of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD). The novelty is that France joined the list in 2018 alongside the United States as a prosecuting authority, due to its participation in the coordinated settlement of two major cases².

The most recent one, on January 31, 2020 involved Airbus SE, which settled for a global fine of more than 3.6 billion euros in order to put an end to proceedings against it in fine -notably, on account of corruption of foreign public officials- by the French financial prosecutor (Parquet national financier, “PNF”), the United Kingdom’s Serious Fraud Office (“SFO”) and the United States’ Department of Justice (“DoJ”)³. This is the most remarkable coordinated settlement in a transnational bribery case since the creation of the PNF six years ago and the passing of the French Sapin II law on December 9, 2016, allowing France to become as recognized as the United States and the United Kingdom on the international stage as a prosecuting authority.

It is well known that, under the scrutiny of the OECD, French lawmakers sought to reinforce the international credibility of France by setting the conditions for a strong trusting relationship between prosecuting States, so as to

1. This article is based on the Colloquium organized by the French Society for International Law 2019, which was held at the University of Angers on the topic of “Extraterritorialities and International Law” on 23 and 24 May 2019, in partnership with Pedone publishing.
2. OCDE Report, *Resolving Foreign Bribery Cases with non-trial resolutions*, 2019, p. 119: the “Ten largest Foreign Bribery Enforcement Actions among the Parties of the Convention” chart mentions Société Générale with France and the United States as prosecuting authorities.
3. DoJ, Office of Public Affairs, *Airbus Agrees to Pays over \$3,9 Billion in Global Penalties to Resolve Foreign Bribery and ITAR case*, January 31, 2020; PNF, *Press Release*, January 31, 2020.

curtail the flow of extraterritorial prosecutions initiated by the DoJ against French companies. This was the primary reason why the *Conventions judiciaires d’intérêt public* (CJIP) – based on the Deferred Prosecution Agreements (DPA) existing in the United States and the United Kingdom – were introduced into the French law by the Sapin II law alongside with the guilty pleas known as *Compa-rution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC).

These agreements are known as “negotiated justice”, for they are approved by a judge during a public hearing after an investigation on the relevant facts, within which the accused company cooperates actively, and a later confidential negotiation between the said company and the authorities on the amount of the fine and the facts. As they are approved and executed, these agreements put a final end to the proceedings -with an admission of guilt (CRPC) or not (DPA, NPA, CJIP)⁴ depending on each country’s legal system- in exchange for the payment of a very high fine, the acknowledgment of certain facts, and the fulfillment of compliance obligations by the company⁵.

As they facilitate the coordinated settlement of proceedings initiated simultaneously by several authorities, these negotiated agreements lead to a consequential increase in prosecutions, which is a source of great legal uncertainty for the defendant. The latter can be subject to substantial criminal sanctions in different States, although the prosecuted offence is the same. This is particularly alarming when we consider that international criminal law does not provide us with the means to regulate international prosecutions, each State having full authority to prosecute offenses on its territory. The *ne bis in idem* or “double jeopardy” principle, which prohibits bringing legal proceedings or punishing the same person twice for the same offense, does not apply among sovereign States in the absence of an international agreement and of a sufficient domestic political consensus.

This lack of interest, this disengagement of the international community and States before the appalling conditions of those defendants who face concurrent and sometimes consecutive prosecutions, contrast with the creativity and growing vitality of both the defendants and national prosecutors themselves, which are revealed by the conclusion of transnational negotiated justice settlements. In the absence of any binding legal text, a form of self-regulation of prosecutions emerges, its objective being to -in this case, empirically- prevent proceedings from piling up, through reinforced cooperation when allocating the final amount of the overall fine or even when determining which State is the most appropriate for prosecution.

4. Non-Prosecution Agreements (NPAs) in the US are settlements whereby authorities decide not to initiate proceedings (which is different from their suspension).
5. A. Mignon Colombet, F. Buthiau, « *Le deferred prosecution agreement* américain, une forme inédite de justice négociée », *JCP G.* 2013.359 ; A. Mignon Colombet, « La convention judiciaire d’intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJDP*, Dalloz, 2017.

The lack of an organized regulation of extraterritorial prosecutions under international criminal law (I) is counterbalanced by a form of self-regulation of prosecutions based on transnational negotiated justice, which, even if still imperfect, could nonetheless exert an influence on States (II).

I. The lack of an organized regulation of extraterritorial prosecutions under international criminal law

Talking of “extraterritorial prosecutions” may lead to confusion, inasmuch as it is in reality the extensive application of territorial and personal jurisdiction provisions of the FCPA that has caused the rise in proceedings launched by the DoJ, and subsequently, by other States based on their laws against bribery of foreign public officials. We will nevertheless keep using this expression in its current meaning, i.e. indicating the exercise of jurisdiction by the United States and by other States against foreign companies on grounds of transnational corruption offenses perpetrated wholly or partly abroad.

Any defendant, confronted with this type of proceedings, may legitimately experience a sense of arbitrariness, as jurisdiction criteria are set by settlement agreements without substantial overseeing by a judge. It would be only logical that the excess in extraterritorial prosecutions be balanced by a sensible application of the double jeopardy principle (A). However, positive law bars its application based on a concept of territorial sovereignty that does not take into account the specificity of transnational bribery and of the prosecutions led on such grounds (B).

A. The growing number of extraterritorial prosecutions

As every country provides itself with comparable negotiated justice tools, the growing number of concurrent agreements to settle complex cases risks encouraging unrestrained extraterritorial prosecutions. This possibility is particularly serious when proceedings concern bribery of foreign public officials.

For this offense, the prosecution must establish elements that may be situated in different states, such as the execution of the corrupt pact, the transfer of anything of value, directly or through an intermediary, to a foreign public official, via financial flows following different paths. More generally, the OECD encourages each country to adopt a broad conception of its territorial jurisdiction, “so that an extensive physical connection to the bribery act is not required”⁶. Each State is thus tempted to conceive its own jurisdiction broadly, although the aggregation of these interpretations may produce a sort of international cacophony without referral or regulation of prosecutions.

Since 2010, US authorities have adopted a broad in-

terpretation of their personal and territorial jurisdiction when prosecuting French companies in application of the FCPA⁷. Thus, foreign companies qualifying as “issuers” (as understood under US law), either by being listed on a stock exchange or being issuers of securities on the US market through American Depositary Receipts, can be prosecuted for fraudulently using “any means or instruments of interstate commerce” in furtherance of a corrupt scheme (for instance, an email sent to a person in the United States or financial transactions denominated in US dollars passing through US banks)⁸. US companies are also concerned by the statute: notably, any US subsidiary of a French group participating in a corrupt scheme (“domestic concerns”).

Especially after the changes made in 1998, the FCPA also applies to non-US companies “engaging in any act in furtherance of a corrupt payment” while on the territory of the United States. A single meeting on US territory is sufficient⁹. The DoJ can thus establish jurisdiction over a foreign company in relation to a corrupt scheme carried out abroad, as long as an offense related – ever so subtly – to the commission of the crime is deemed to be committed on US territory¹⁰. This broad interpretation of the territorial jurisdiction criterion culminates in an intensification of extraterritorial prosecutions, which heightens the risks of criminal corporate liability.

Sensibly, international criminal law should counterbalance the excessive impact that concurrent prosecutions have for a defendant by applying the double jeopardy principle, which prohibits multiple prosecutions or sentences against the same person for the same offense. However, the state of the law is such that double jeopardy is inapplicable to concurrent extraterritorial proceedings vis-à-vis transnational corruption.

B. The inapplicability of double jeopardy to extraterritorial prosecutions

Parallel prosecutions initiated by States against companies are not regulated by international criminal law, the principle being that States are in full control of criminal proceedings within their territory. This is because the prosecution by a State of criminal offenses perpetrated on its territory is a sovereign prerogative, which cannot be limited because of a previous action undertaken by another State. Double jeopardy has thus no international scope *per se* in France or in the United States.

In addition to the protection of public order within a given territory, more pragmatic considerations are invol-

6. § 25, *Commentaries on the Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD, Negotiating Conference, 21 November 1997, p. 17.

7. *Alcatel-Lucent SA* (December 27, 2010), *Total SA* (May 29, 2013), *Alstom SA* (December 22, 2014), *TechnipFMC plc* (June 25, 2019).

8. E. Breen, *FCPA, la France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly, Pratique des affaires, 2017, n°83.

9. DoJ, SEC, *FCPA, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, 2012, p. 12.

10. R. Bismuth, *Pour une appréhension nuancée de l'extraterritorialité du droit américain – quelques réflexions autour des procédures et sanctions visant Alstom et BNP Paribas*, AFDI. LXI – 2015, p. 9.

ved, such as the fear that companies will engage in forum shopping by deciding to disclose suspicious facts to a more lenient authority, or that companies will receive a more favorable treatment from countries of which they are nationals¹¹.

These considerations account for the fact that no international agreement or bilateral treaty between France and the United States has expressly enshrined a transnational application of double jeopardy, which would open the possibility to overcome the territorial jurisdiction criterion and to adopt a different standard based on public interest.

In the European Union, Member States are certainly encouraged to form joint investigation teams -as it was the case with the PNF and the SFO for the Airbus case, settled on January 31, 2020¹². The Agreement on mutual legal assistance signed by the EU and the US on June 25, 2003 allows the organization of joint investigation teams on the territory of each Member State and of the United States, yet it does not include the regulation of prosecutions¹³.

Between the States party to the Schengen Convention, the double jeopardy principle is spelled out in Article 54; the latter is nonetheless offset by Article 55, which allows a party to set it aside if it claims territorial jurisdiction. There is one exception to this exclusion under Article 55 a), i.e. when the foreign State claims jurisdiction partially on territorial grounds; however, this exception holds only for States party to the Convention.

If the matter of concurrent prosecutions has been dealt with as far as internationally punishable offenses are involved, the solution has only focused on voluntary cooperation between States. Under Article 4§3 of the OECD Convention, in case of concurrent jurisdiction, States shall consult, in order to determine which one is “the most appropriate” for prosecution¹⁴. Yet this non-binding provision provides merely an incentive¹⁵ and no formal consulting procedure has been set up in France to tackle the issue of the exercise of concurrent jurisdiction¹⁶.

Furthermore, the application of the International

Covenant on Civil and Political Rights of December 16, 1996 cannot be sought; while Article 14§7 provides that concurrent prosecutions are prohibited regardless of formal conditions of territoriality, the United States made a reservation and explicitly declared that this provision was not automatically enforceable.

As for France, while some trial judges created a window for the transnational application of double jeopardy in virtue of the International Covenant of 1966, the Criminal Chamber of the French Cour de Cassation shut the door in 2018. In its ruling of March 14, 2018 concerning the first phase of the “Oil for food” case (on the circumvention of the humanitarian program set up by the UN in Iraq), the court refused to apply *ne bis in idem* and rejected a *res judicata* impediment, grounded on a guilty plea signed between Vitol and the DoJ, once the Paris Appellate Court decided it had territorial jurisdiction¹⁷.

In the same year, the French Cour de Cassation rejected the contention of a British defendant -already convicted and severely punished in the US- that its guilty plea limited the exercise of his rights of defense in France and that the offense was perpetrated for the most part abroad¹⁸.

Again, the French Cour de Cassation refused to apply double jeopardy in circumstances that would have warranted a shift in its centuries-old case law. Yet it decided to maintain its established stance against the advancement of the emerging transnational negotiated justice, as well as the strengthening of cooperation between States. In fact, the French Cour de Cassation has held since 1862 that foreign criminal convictions do not benefit from *res judicata* when the related offense is committed within the French territory¹⁹. The consistent solution stems from a narrow interpretation of French statutes that can be condensed into three statements: France has jurisdiction for criminal offenses committed wholly or partly within its territory²⁰; a foreign final judgement does not constitute a *res judicata* impediment when the related facts take place, even partially, in France²¹; by contrast, double jeopardy applies and thus the foreign judgment is binding for the courts of the State of which either the perpetrator or the victim are nationals, if the offense was committed wholly abroad²².

11. OCDE, *Resolving foreign bribery cases with non-trial resolution*, see above, p. 168.

12. Council Framework Decision 2002/465/JHA on joint investigation teams; art. 695-2 and 695-3, French Code of Criminal Procedure; PNF, *Press Brief*, Jan. 31, 2020.

13. art. 5, Agreement on mutual legal assistance between the European Union and the United States of America.

14. When more than one Party has jurisdiction over an alleged offense described in this Convention, the Parties involved shall, at the request of one of them, consult with a view to determining *the most appropriate jurisdiction for prosecution*. (Art. 4§§3, OECD Conv. on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions).

15. Moreover, as the OECD reminds us, the 1997 Convention “does not cover this principle per se, but includes a provision [4§3] which aims at preventing such situations [i.e. concurrent prosecutions] from arising” (OECD, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions*, see above, p. 167).

16. OECD, Phase 1 Report, *Review of Implementation of the Convention and 1997 Recommendation*, 1999.

17. Crim. 14 mars 2018, n°16-82.117, *JCP E.* 2018, n°27, note E. Dreyer ; *Rev. sociétés* 2018, p. 459, note J.-H. Robert.

18. Crim., 17 janvier 2018, n°16-86.491.

19. Crim. 21 mars 1862, S. 1862.1.541 ; Crim. 17 mars 1999, *Bull. crim.*, n°44, RG proc. 1999, p. 645, obs. D. Rebut ; Crim. 23 octobre 2013, n°13-83.499, *Bull. crim.*, n°201, D. 2013. 2950, note D. Rebut ; V. D. Rebut, *Droit pénal international*, Dalloz, 3e éd., 2019, n°83 et seq.

20. “French Criminal law is applicable to all offences committed within the territory of the French Republic. An offence is deemed to have been committed within the territory of the French Republic where one of its constituent elements was committed within that territory” (art. 113-2, French Penal Code).

21. Crim. 23 octobre 2013, n°13-83.499, *Bull. crim.*, n°201, D. 2013. 2950, n. D. Rebut.

22. In the cases set out under articles 113-6 and 113-7 “no prosecution may be initiated against a person who establishes that he was subject to a final decision abroad for the same offence and, in the event of conviction, that the sentence

It is clear that the international scope of double jeopardy is particularly limited if French territorial jurisdiction is to be broadly understood; to put it in another way, in the words of a commentator: “it is enough that the offense be “experienced” territorially”²³.

There are several downsides for defendants in refusing to apply *ne bis in idem*. They can in fact be subject to multiple prosecutions for the same offence in different States and in different ways -be they trials or settlements before a prosecutor- or face the resuming of a prosecution that was previously discontinued²⁴. These examples of “non-coordinated multi-jurisdictional” cases -as the OECD meaningfully qualifies them- contribute to making defendants more vulnerable, by subjecting them to higher uncertainty because of both concurrent and consecutive prosecutions, thus strengthening the impression of an extraterritorial chaos.

Such uncertainty is felt as particularly unfair in matters related to foreign bribery, when offences that involve, by definition, potential nexus to several foreign countries are penalized and prosecuted under the aegis of the OECD.

For this reason, a different form of empirical self-regulation of prosecutions is developing in the framework of transnational negotiated justice, on the initiative of both defendants and prosecutors, as a way to overcome the inability to apply double jeopardy among sovereign States in similar circumstances.

II. Self-Regulation of Prosecutions through Transnational Negotiated Justice

As international agreements and the case-law of the French Cour de Cassation do not afford us the possibility of regulating concurrent prosecutions at the national level, the solution appears to lie in the trend towards self-regulation of such proceedings that is promoted by US prosecutors themselves. Paradoxically, after being the main driver of the increase in extraterritorial prosecutions, the latter put into place, in coordination with prosecutorial authorities from other countries, empirical means of regulating concurrent prosecutions relating to transnational bribery. Upon closer inspection, these agreements, published on the websites of the US DoJ, of the British SFO or of the *Agence française anti-corruption* (“AFA”), are a privileged observation point of the growing cooperation among States, case after case.

We can thus observe that the practice of coordinated settlements is flourishing. The first, emblematic, case dates back to 2008; it involves Siemens, a German com-

pany, prosecuted for violations of the US FCPA and the corresponding German statute²⁵. In December 2008, the DoJ announced a guilty plea from Siemens AG, as well as from three of its subsidiaries, and noted that these agreements were the result of a close coordination with the prosecutors in Munich. The case ended with the settlement of a USD 1.6 billion total fine, half of which went to the US authorities. For its part, the prosecutor in Munich announced the conclusion of a negotiated settlement with Siemens AG. Moreover, the US Attorney for the District of Columbia, Jeffrey A. Taylor, stated that this case set a “standard” for multilateral cooperation in the fight against corruption²⁶.

Cooperation amongst prosecution authorities has indeed been increasing during the last decade²⁷ and coordinated settlement agreements have multiplied. Thus, on February 18, 2016, VimpelCom, a Dutch company, entered into a “global” settlement agreement with US authorities and Dutch prosecutors over bribery in Uzbekistan²⁸. Since then, more than a dozen of coordinated agreements were entered into between authorities from several countries and companies, such as, most recently, Airbus²⁹.

The advantage of a multi-jurisdictional negotiated agreement over national proceedings is the possibility of bringing all prosecuting States together at the same time (the time of the negotiation) and in the same symbolic shared space (as the objectives of the fight against corruption are universally shared). The negotiating table makes it possible to do away with national borders, at least during the time of the discussion. This interval becomes a de-territorialized space where decisions concerning the amount of the settlement fine and its allocation among States, the State conducting the investigation, the location of the offence or the prosecutable facts, become possible³⁰.

For 20 years, between 1999 and 2019, the OECD has registered 890 cases of bribery of foreign public officials being prosecuted, 78% of which by means of negotiated agreements.

Self-regulation mainly concerns two aspects: first, the allocation of the amounts of the fine; second, State’s waiver of prosecution to the benefit of a different State, deemed better suited to prosecute (A). Such self-regula-

has been served or extinguished by limitation” (art. 113-9, French Penal Code); “In the cases set out in the preceding articles, no prosecution, for either misdemeanors or crimes, may be initiated against a person who proves that he has been finally tried abroad and, in the case of conviction, that the sentence has been served or extinguished by limitation or pardon has been granted.” (art. 692, French Code of Criminal Procedure).

23. D. Rebut, *Droit pénal international*, op. cit., n°51.

24. OECD, *Resolving foreign bribery cases with non-trial resolution*, p. 172-173.

25. A. Garapon, P. Servan-Schreiber, *Deals de justice*, 2019, PUF, 2e éd., esp. Introduction.

26. DoJ, Office of Public Affairs, *Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines*, December 15, 2008: “The coordinated efforts of US and German law enforcement authorities in this case set the standard for multi-national cooperation in the fight against corrupt business practices.”

27. The OECD recorded a 147% increase in the number of requests from foreign authorities for the DoJ’s assistance during their investigations (OECD, *Resolving foreign bribery cases with non-trial resolution*, rapp. préc., p. 37).

28. DoJ, Office of Public Affairs, *VimpelCom Limited and Unitel LLC Enter into Global Foreign Bribery Resolution of More Than \$795 Million; United States Seeks \$850 Million Forfeiture in Corrupt Proceeds of Bribery Scheme*, February 18, 2016.

29. D. Kahn, “Responding to the Upward Trend of Multijurisdictional Cases: Problems and Solutions”, *DoJ Journal of Federal Law and Practice*, October 2018, p. 134.

30. OECD, *Resolving foreign bribery cases with non-trial resolution*, see above, p. 39.

tion, ever more common, is nevertheless still weak, as it depends as much on the prosecutors' intent to coordinate with each other, as on the companies' interest in cooperating with them. It seems therefore necessary to formalize these criteria of regulation both within each State, and in a treaty framework (B).

A. Self-Regulation of Prosecutions through Fines Allocation and Prosecutions Referrals

The first type of self-regulation of prosecutions, very much on the rise, applies double jeopardy at the stage of the "penalty", i.e. the moment when the amount of the settlement fine is calculated and its allocation among prosecuting authorities is decided; the second type, more recent and inconspicuous, intervenes at the enforcement stage.

1. The Empirical Application of Double Jeopardy at the Penalty Enforcement Stage

Once prosecutors decide to coordinate with each other, they have to agree on the total amount of the settlement fine inflicted to a company. The fine comprises a disgorgement, i.e. restitution of the profit obtained from the illegal operation, and an amount corresponding to the penalty for the illegal behavior (the profit affected by a multiplying factor). As the amount of the fine is determined, the prosecuting authorities can divide the total and share it between them. Daniel Kahn, director of the DoJ's FCPA division, in an article published in 2008, systematized the practice of distributing the fine to several authorities³¹.

The survey is interesting as it shows that such distribution is based on several criteria that vary depending on the case at hand, and that French courts do not necessarily apply it in the same way. In some cases, the United States share half of the amount of the fine with other States, whereas in others the distribution method is more complex. For instance, in the 2016 Odebrecht SA case, a settlement agreement was entered into by the Brazilian company, Switzerland and the United States, for a total of USD 2.6 billion. The United States and Switzerland each received 10% of the total amount, with 80% going to Brazil. In his comments on this settlement, Daniel Kahn explained that the offence took place mostly within the territory of Brazil, that the Brazilian authorities started the investigation and played a decisive role in it, which explains why Brazil collected the largest part of the fine³².

While it is not always easy for an outsider reading the DPA agreements to grasp the criteria determining the allocation of the amount of the fine, the FCPA division of the DoJ explained that it takes into account various factors such as the location of the illegal activities or of the suffered damages, the victims' residence, the location of company headquarters and the nationality of the de-

fendants, the State starting the investigation, as well as the time and means spent on it³³. In essence, a survey of the agreements shows that the allocation of the total fine reveals the understanding among different States on the jurisdiction criteria that they deem essential.

Thus, besides territoriality and nationality, procedural criteria (initiation of prosecutions, means and intention to prosecute) constitute a guidance criterion that may grant the State where the offence was carried out, or where the company is registered, a substantial portion of the fine. The Airbus SE case, in which 58% of the overall fine was allotted to France, illustrates the theory according to which most of the fine is allocated to the State whose territorial, personal or procedural jurisdiction is most evident.

Besides these criteria, the goal of such allocation is indeed to be able to "credit" the portion of the fine paid to one authority, in order to deduce it from the amount paid to another, when coordinated investigations cover identical offences. This mechanism of fine deduction is applied in coordinated settlement agreements. Most DoJ press releases use the same expression: "The Department agreed to credit the criminal penalty paid to the foreign authorities as part of its agreement with the company". By subtracting the fine paid to the one from the sum requested by the other for the same offence, the principle of double jeopardy finds application and the impact of double "convictions" is mitigated.

This deduction mechanism was officialized by the instructions on criminal prosecution policy issued by Deputy Attorney General Rod Rosenstein on May 9, 2018³⁴. Metaphorically speaking, these instructions aim at preventing "piling on" -with reference to the move whereby football players jump on a pile of other players while the opponent is already tackled³⁵. The instructions were eventually integrated in the Justice Manual collecting the guidelines directed to federal prosecutors³⁶. The said guidelines instruct US prosecutors to seek, as far as possible, a coordination with foreign authorities and to take into account, if need be, the amount of the penalties already paid to the latter in order to settle a case that involved the prosecution of a company for identical offences³⁷.

33. *Ibid.*

34. R. Rosenstein, *Deputy Attorney General Rod Rosenstein Delivers Remarks to the New York City Bar White Collar Crime Institute*, New-York, May 9, 2018.

35. R. Rosenstein, *ibid.*, "It is important for us to be aggressive in pursuing wrongdoers. But we should discourage disproportionate enforcement of laws by multiple authorities. In football, the term "piling on" refers to a player jumping on a pile of other players after the opponent is already tackled."

36. DOJ, Justice Manual, "Coordination of Corporate Resolution penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct", 1-12.100.

37. DOJ, Justice Manual, "Coordination of Corporate Resolution penalties in Parallel and/or Joint Investigations and Proceedings Arising from the Same Misconduct", 1-12.100 : "The Department should also endeavor, as appropriate, to coordinate with and consider the amount of fines, penalties, and/or forfeiture paid to other federal, state, local, or foreign enforcement authorities that are seeking to resolve a case with a company for the same misconduct."

31. D. Kahn, "Responding to the Upward Trend of Multijurisdictional Cases: Problems and Solutions", *ibid.*, p. 125 et s.

32. *Ibid.*, p. 136.

The PNF and the AFA share this approach for avoiding “piling on”; in fact, their guidelines issued on June 27, 2019 expressed the intention to interact with prosecution authorities in several countries investigating the same offences, so as to have a better overview of the fines and penalties paid by prosecuted companies³⁸. The Hempel case, in which a Danish company agreed to pay USD 33 million to settle bribery charges after negotiating with the Danish and German authorities, shows that within the European Union the practice has prospered with no intervention from the DoJ³⁹.

Following this trend, we get the impression that what is impossible or hardly admissible before the courts of each State becomes possible in transnational negotiated settlements (coordinated resolutions among various countries).

Yet the French legal system features a similar mechanism of fine subtraction when identical offences are committed by the same individuals. The Criminal Chamber of the French Cour de Cassation agrees to take penalties inflicted by foreign authorities into account when determining the amounts of the fine to be set by French courts⁴⁰. This follows from the principle of proportionality in sentencing, which implies that the total amount of the penalties, if any, must not exceed the higher penalty applicable to one of the offences⁴¹. This principle has recently been applied in matters relating to financial sanctions resulting from a settlement: trial judges agreed to take into consideration a foreign penalty pursuing the same objective as the French one, i.e. seizure of the proceeds of the crime⁴².

Therefore, unlike traditional national justice, transnational negotiated justice allows States to allocate the amount of a fine in a concerted way. The growing success of such cooperation on the amount of the fine may encourage States to consult on the issue of which State is the most appropriate for prosecuting alleged offences.

2. The Empirical Application of Double Jeopardy at the Beginning of the Prosecution

The execution of coordinated agreements aiming at limiting the global amount of settlement fines ultimately borne by companies is not always satisfactory; it protects only from double penalties, not from concurrent or pa-

rallel prosecutions representing a heavy burden on defendants. Furthermore, States may refuse to cooperate with one another, or companies may prefer challenging the allegations in court.

In such cases, cooperation among States for the purpose of determining, before the initiation of any proceedings, which State has jurisdiction to prosecute a criminal offence internationally prosecuted is a full-fledged application of *ne bis in idem*. Yet this is still uncommon. The first action –subject to much commentary– that took place in 2014 on the initiative of Dutch prosecutors related to the SBM Offshore case. This Dutch company settled bribery charges with the Dutch prosecution, and the DoJ put an end to its investigation for lack of jurisdiction. However, the waiver of prosecution was only temporary, and the DoJ reopened the investigation two years later on the basis of new evidence, which led the company to settle in 2017 by way of DPAs and guilty pleas⁴³.

Nevertheless, there is another recent interesting example of a waiver of prosecution. The DoJ announced on August 20, 2018 that it will halt the prosecution of Güralp Systems Limited for several reasons, most notably because the British company’s main center of business was situated in the United Kingdom and the UK SFO was running a parallel investigation for the same offences, with the company admitting liability before the SFO.

This case can be seen as an informal application of Article 4§3 of the OECD Convention, the spirit of which is to encourage States to cooperate to determine which one is the most fit to lead the prosecution. While the said Article does not explicitly state the criteria under which a State can forego prosecutions to the advantage of a different State, the US Justice Manual includes three criteria for waiving prosecution when a foreign prosecutor has already initiated proceedings against the same individuals⁴⁴. The following elements must be determined: “the strength of the jurisdiction’s interest”), the “ability and willingness to prosecute effectively” and the “probable sentence upon conviction”⁴⁵. Once these criteria reviewed, there should be nothing to prevent the DoJ from letting foreign authorities prosecute crimes falling within the purview of their jurisdiction.

However, besides the fact that this waiver of prosecution is decided unilaterally and thus remains precarious, these guidelines concern only prosecutions by US authorities, whereas coordinated settlement agreements are expected to prosper without a US involvement.

For this reason, it is necessary to set waiver criteria in a treaty framework.

38. PNF and AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*, June 27, 2019, p. 16.

39. See: <<https://www.ganintegrity.com/blog/this-week-in-compliance-global-anti-bribery-enforcement-increased-significantly-in-2018/>>.

40. Crim. 23 octobre 2013, n°13-83-499, D. 2013. 2950, note D. Rebut ; Crim. 11 avril 2018, n°17-82.416 sums up the established French case-law on the matter: “Unless otherwise provided by a special statute and notwithstanding the deduction, when executing the sentence, of the term of imprisonment served abroad from the sentence that might be pronounced at a later time, judgments issued by foreign criminal courts do no benefit from *res judicata* in France if they relate to offences committed within the territory of the [French] Republic”.

41. See, Conseil Constitutionnel, *decision n°2019-783, QPC*, May 17, 2019.

42. S. Bonifassi, T. Stumm, “Non Bis in Idem in the International Arena and Distinction between Corruption and Trading in Influence”, *Revue internationale de la compliance et de l'éthique des affaires*, 2019, n°96.

43. OCDE, Resolving foreign bribery cases with non-trial resolution, see above, p. 171.

44. D. Kahn, “Responding to the Upward Trend of Multijurisdictional Cases: Problems and Solutions”, see above, p. 132.

45. DOJ, Justice Manual, “Principles of Federal Prosecution”, 9-27.240.

B. Regulation of Prosecutions by Means of State cooperation within the Framework of the OECD

In numerous cases, applying double jeopardy at the stage of initiation of proceedings for transnational bribery appears to be the most appropriate way to avoid the arbitrariness embodied in excessive penalties, often set after consecutive prosecutions. Under current law, there is precisely no obligation for States to cooperate or consult in case of competing jurisdictions. Article 4§3 provides for a consultation, but at the behest of one of the States involved. Absent such request, no consultation can occur.

It thus seems necessary to rethink the foundations of cooperation on transnational prosecutions in a treaty-based multilateral framework, to avoid self-regulation being a burden ultimately borne by companies. The OECD provides us with a befitting framework to strengthen such cooperation⁴⁶.

In order to make such cooperation wholly effective, it would be advisable to formalize a duty for States to consult with one another on the best strategy to limit the negative impact of concurrent prosecutions, as it is the case in France concerning European prosecutions, under Art. 695-9-54 of the French Criminal Procedure Code⁴⁷. Besides, States should agree on criteria allowing them to address conflicts of jurisdiction, so that the United States is not left alone in bringing clarity to the situation.

While territorial jurisdiction should maintain its pre-eminent place, an excessively broad application of the territoriality criterion -i.e. tying to the forum circumstances that have no direct and substantial impact on local public order⁴⁸- should be deterred.

The State whose public order is affected the most (for instance, due to the structure of the corrupt system within its territory or of the bribery of public official) still has to clearly and vigorously express its will to prosecute in the most effective way offences committed on its territory.

Yet, should it become clear that such State is not able to conduct the prosecution by itself, other criteria such as the “nationality” of the accused company could be applied. In any case, it seems that a broad, and thus artificial, application of jurisdiction criteria needs to be abandoned, as soon as each State acquires the means to effectively prosecute bribery and is enabled by the international community to participate in coordinated settlements.

While transnational negotiated justice is not yet the cornerstone of an organized mechanism, it represents nonetheless a new step towards the reordering of extraterritorial proceedings supported by prosecutors’ and companies’ self-regulation. The latter, if ultimately enshrined in a multilateral treaty framework, could strengthen cooperation and coordination among States. A deepening debate among States is indeed the prerequisite for the development of mutual trust, which will eventually discourage concurrent prosecutions against the same defendant.

46. Le Club des juristes, Report, “Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale”, March 2015, p. 39.

47. “In compliance with Council Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009 on prevention and settlement of conflicts over jurisdiction in criminal proceedings, if parallel criminal proceedings in several Member States targeting the same individuals for identical offences might lead to definitive sentences, competent authorities of the Member States involved shall exchange information regarding ongoing criminal proceedings, as well as consult with a view to avoiding the adverse consequences arising from such parallel proceedings” (Article 695-9-54, *French Criminal Procedure Code* – free translation).

48. B. Stern, « Quelques observations sur les règles internationales relatives à l’application extraterritoriale du droit », *AFDI*, 1986, p. 32.



Patrick Moulette • Chef de la division anti-corruption de l'OCDE*

Le rôle de l'OCDE dans la lutte contre la corruption internationale

124

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) joue un rôle majeur dans les efforts engagés par les grands pays exportateurs pour lutter contre le fléau de la corruption dans les transactions commerciales internationales. L'adoption, le 21 novembre 1997, de la Convention de l'OCDE contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (ci-après « la Convention anti-corruption de l'OCDE ») a établi un nouvel arsenal répressif à la hauteur du problème posé par la généralisation de la corruption dans les marchés internationaux.

En ouvrant les marchés à la concurrence, la mondialisation a inévitablement créé un contexte favorable à la corruption d'agents publics étrangers ou corruption internationale ou transnationale. Ce n'est pas un hasard si l'OCDE a été l'une des premières organisations internationales à s'en préoccuper compte tenu de son rôle dans les politiques de l'investissement et du commerce international. L'OCDE a adopté sa première Recommandation à ce sujet le 11 juillet 1994. Elle demandait aux pays membres de punir la corruption d'agents publics étrangers parce qu'elle « suscite de graves préoccupations morales et politiques et fausse les conditions internationales de concurrence ». Cela a conduit à l'adoption de la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales¹ en 1997.

Les grands objectifs de la Convention

Les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE² n'ont eu de cesse que de vouloir établir un marché économique global sain et résolument efficace pour le commerce et l'investissement international. Depuis les

années 1970-1980, la pratique des « pots-de-vin » pour obtenir des marchés ou signer des contrats à l'étranger s'est généralisée. À cette époque, un seul pays, les États-Unis, avait adopté une législation spécifique avec le « *Foreign Corrupt Practices Act* » (FCPA), en 1977. Cette législation, en réponse au scandale de corruption *Lockheed Aircraft*, a longtemps fait figure de test et de pionnier et elle a largement inspiré la Convention de l'OCDE, adoptée environ 20 années plus tard.

La Convention anti-corruption de l'OCDE est un véritable traité, un accord international juridiquement contraignant; les pays qui y adhèrent s'engagent à faire de la corruption d'agents publics étrangers une infraction pénale dans leur droit interne, et à mettre en œuvre des politiques efficaces visant à prévenir, détecter, enquêter et punir cette forme particulière de corruption.

C'est aussi historiquement le premier et encore aujourd'hui l'unique instrument international spécialisé dans la lutte contre la corruption qui se concentre sur « l'offre » (c'est-à-dire la personne ou l'entité qui offre, promet ou octroie un pot-de-vin). Cette orientation a permis à l'OCDE de devenir l'autorité mondiale à la pointe de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. À ce jour, 44 pays ont signé et ratifié la Convention.

Pourquoi lutter contre la corruption d'agents publics étrangers ?

La corruption d'agents publics étrangers en vue d'obtenir des avantages dans le commerce international suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques et fausse les conditions de concurrence économique. L'OCDE joue un rôle moteur dans les efforts déployés pour établir des règles du jeu plus équitables dans les opérations commerciales internationales, ce qui passe par l'éradication de la corruption d'agents publics étrangers dans la concurrence pour obtenir des contrats et capter des investissements.

La corruption dans l'octroi de contrats commerciaux a des coûts sociaux, politiques, économiques et environnementaux qu'aucun pays ne peut se permettre d'assumer. Le fait pour un agent public d'accepter un pot-de-vin en contrepartie de l'octroi de contrats à des entreprises étrangères pour la fourniture de services publics (construction de routes, réseaux de distribution d'eau ou d'électricité par exemple) est lourd de conséquences.

Un pot-de-vin d'un million de dollars peut rapidement dégénérer en une perte de cent millions de dollars pour un pays affligé par la pauvreté, car des projets avortés et des décisions d'investissement inconsidérées sapent considérablement les programmes de développement.

La Convention dans ses grandes lignes

La Convention anti-corruption de l'OCDE a pour objet le respect des règles d'une concurrence commerciale internationale saine. En vertu des dispositions nationales transposant la Convention dans le droit interne des États,

* Ce texte ne saurait engager que son auteur et aucune autre personne ou institution.

1. La Convention a été adoptée le 21 novembre 1997 et elle a été signée le 17 décembre 1997.

2. Liste des pays ayant ratifié la Convention disponible sur le site internet : www.oecd/daf/corruption.

les individus ou entreprises ayant versé, promis ou offert une commission ou un avantage non pécuniaire à un fonctionnaire public étranger, pour obtenir un avantage dans le cadre d'une opération de commerce ou d'investissement, sont passibles de sanctions pénales.

La corruption d'agents publics étrangers est une infraction même si les résultats escomptés ne sont pas atteints, et même si l'entreprise aurait obtenu ces résultats sans verser de pot-de-vin (par exemple, même si l'entreprise a fait l'offre la mieux disante dans le cadre d'un appel d'offres). Elle englobe la corruption commise par le biais d'un intermédiaire, d'une filiale ou d'un autre agent ; ainsi que les pots-de-vin versés au bénéfice de la famille d'un agent public étranger, d'un parti politique ou d'un autre tiers (par exemple, un organisme caritatif ou une société dans laquelle l'agent détient un intérêt).

Dans la plupart des États Parties à la Convention, les individus responsables encourent de lourdes peines de prison et de fortes amendes. D'après la Convention, les entreprises elles-mêmes peuvent être tenues responsables. Par ailleurs, la Convention anti-corruption de l'OCDE dispose d'un champ d'application extrêmement large qui repose sur une définition très complète de l'infraction de corruption, ainsi que sur une notion particulièrement étendue de l'agent public étranger. La Convention permet donc, en théorie, d'appréhender de nombreux actes de corruption transnationale. Ces dispositions essentielles sont complétées par des mesures de détection (lutte contre le blanchiment, utilisation des règles comptables et de l'audit) et d'articles relatifs à la coopération judiciaire internationale et à l'extradition.

La Convention anticorruption de l'OCDE a donc créé un socle solide sur lequel les pays peuvent s'appuyer pour combattre la corruption transnationale, et elle a instauré des normes efficaces et rigoureuses pour orienter leurs efforts à l'avenir.

La Recommandation de 2009

Dix ans après l'entrée en vigueur de la Convention, l'OCDE a renforcé les instruments de lutte qui sont tant à la disposition des États qu'à celle des entreprises. En novembre 2009, le Conseil de l'OCDE a adopté la Recommandation visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

Ce texte, qui complète la Convention, prévoit des mesures nouvelles destinées à renforcer la capacité des pays à prévenir et à détecter les infractions présumées de corruption et à engager des poursuites. Ces mesures visent des domaines comme le signalement de faits de corruption transnationale. Par ailleurs, les États sont désormais encouragés à inciter les entreprises à interdire ou décourager le recours aux petits paiements de facilitation. La nouvelle Recommandation demande aux États d'accroître leur coopération internationale en matière d'enquête et

de poursuites liées à des faits de corruption transnationale. La Recommandation fournit également des lignes directrices pour améliorer l'efficacité de la mise en cause de la responsabilité des entreprises et des autres personnes morales au titre de la corruption transnationale. En 2009, le Conseil de l'OCDE a aussi adopté une Recommandation sur les mesures fiscales visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales. Cette Recommandation a introduit l'interdiction explicite de la déductibilité fiscale des pots-de-vin.

Enfin, sous forme d'annexe (II) à la Recommandation de Novembre 2009, un Guide de bonnes pratiques pour les contrôles internes, la déontologie et la conformité a été adopté, en février 2010, pour aider les entreprises à se protéger contre la corruption transnationale. Ce guide, le seul développé jusqu'à présent par une organisation internationale intergouvernementale dans le domaine de la lutte contre la corruption, peut être adapté à toutes les entreprises, quels que soient leur taille et leur secteur d'activité.

Le dispositif global de l'OCDE pour la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers est aussi soutenu par les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales. Il a été renforcé récemment par deux autres Recommandations du Conseil, l'une portant sur la corruption et les crédits à l'exportation bénéficiant d'un soutien public et l'autre à l'intention des acteurs de la coopération pour le développement sur la gestion du risque de corruption.

La surveillance de la mise en œuvre

Il convient enfin de rappeler que l'un des points forts de la Convention réside dans son système d'évaluation par les pairs. Il s'agit en fait d'un atout unique car il figure dans le texte même de la Convention. Il s'agit aussi d'un mécanisme très complet et vraiment rigoureux, si on le compare à d'autres systèmes d'évaluation de la mise en œuvre d'instruments juridiques internationaux. Les rapports sont examinés et adoptés sans que le pays évalué puisse s'opposer aux conclusions et aux recommandations ; et ils sont ensuite publiés intégralement sur internet.

Les visites sur place incluent, non seulement des réunions avec les autorités gouvernementales, mais aussi avec des représentants du secteur privé et de la société civile. De plus, le Groupe de travail a renforcé son arsenal de mesures en cas de non-conformité des pays, avec l'adoption d'une mesure de type « *naming and shaming* » sous la forme de déclarations publiques qui ont été utilisées à plusieurs reprises au cours des dernières années pour attirer l'attention sur une situation critique dans un pays donné et encourager fermement des réformes. Il existe aussi la possibilité d'envoyer des missions à haut niveau dans les pays qui ne mettent pas suffisamment en œuvre la Convention afin de rappeler aux gouvernements concernés leurs engagements. *Transparency International* a qualifié ce système « d'étalon or » des

mécanismes internationaux d'évaluation mutuelle.

Des progrès remarquables depuis 1999

Le premier et important effet de la Convention de 1997 est que la corruption n'est plus considérée comme une pratique commerciale « normale ». Avant 1997, l'infraction de corruption d'agents publics étrangers ne pouvait être poursuivie qu'aux États Unis. De même, dans la plupart des pays, il était possible de déduire fiscalement le montant des pots-de-vin pour obtenir un contrat. L'adoption de la Convention anti-corruption de l'OCDE, sa transposition dans la législation nationale des États Parties, et ensuite sa mise en œuvre et son application concrète ont mis fin au règne de l'impunité de la corruption dans le commerce international. Parallèlement à ce cadre normatif complet et strict sans précédent, les entreprises elles-mêmes se sont dotées de lignes directrices, de procédures internes et de codes éthiques qui ont renforcé de façon significative la prévention de la corruption transnationale.

L'adoption et la mise en place de ces différents instruments de lutte contre la corruption ont établi une prise de conscience des risques et des dangers des pratiques corruptives par les entreprises. Cette prise de conscience généralisée, mais pas encore universelle, a été aussi largement soutenue par les révélations fréquentes de nombreuses affaires. En effet, la presse nationale ou internationale présente régulièrement des cas, réels ou présumés, qui donnent lieu inévitablement aux condamnations de l'opinion publique et de nombreux gouvernements.

Au-delà de la prise de conscience et de la condamnation morale, il est également remarquable que les enquêtes, poursuites et condamnations pour corruption d'agents publics étrangers sont en augmentation constante. D'après les données les plus récentes collectées auprès des États Parties à la Convention, 615 personnes physiques et 203 personnes morales ont été sanctionnées dans le cadre de procédures pénales pour faits de corruption transnationale entre le moment où la Convention est entrée en vigueur en 1999 et la fin 2018. Enfin, on estime qu'environ 528 enquêtes sont en cours dans 28 pays.

Les dispositions de la Convention anti-corruption de l'OCDE ont vocation à s'appliquer aux principaux pays exportateurs et investisseurs du monde entier. Elle peut donc être signée, ratifiée et mise en œuvre par des États non membres de l'OCDE. Actuellement, 44 pays l'ont ratifiée, y compris l'Afrique du Sud, l'Argentine, le Brésil, la Bulgarie, la Colombie, le Costa Rica, la Fédération de Russie et le Pérou.

La Convention anti-corruption de l'OCDE : une niche ?

La Convention est le seul instrument international de lutte contre la corruption qui se concentre sur « l'offre » de corruption. Se concentrer sur l'offre ne veut pas dire ne traiter uniquement cet aspect de la corruption. Plusieurs exemples sont parlants : la Convention a introduit la responsabilité pénale des personnes morales pour des

faits de corruption imputables aux personnes morales. La question de l'imputabilité d'une telle responsabilité à une société a soulevé de nombreux débats – souvent passionnés – parmi les juristes mais aussi les autorités publiques, notamment issus de la culture de droit continental. La difficulté était la suivante : certes une société pouvait commettre une infraction mais elle ne pouvait être punie. Étant donné l'impossibilité de la mettre en prison, il convenait donc d'imputer l'infraction à une personne physique.

Un instrument contraignant comme la Convention de l'OCDE a obligé les états à repenser leurs approches, à repenser leur droit d'une certaine façon et à adopter un régime de responsabilité des personnes morales (administratif ou judiciaire ou équivalent) qui soit compatible avec leur culture juridique. Ce sont des avancées qui ont certes fait progresser la lutte contre la corruption, mais qui ont aussi fait progresser la capacité des pays à répondre à des phénomènes criminels nouveaux dans lesquels les personnes morales jouent un rôle central. Ceci vaut en matière de lutte contre la corruption mais aussi en matière de lutte contre le blanchiment d'argent ou l'évasion fiscale par exemple. Aussi, la Convention peut être vue comme un moteur de réformes dont les bénéfices dépassent largement la question de « l'offre » de corruption.

Quand la Convention et ses instruments subséquents (comme la Recommandation de 2009) prévoient l'obligation de mettre en place des programmes et mesures de protection des lanceurs d'alerte, ceci vaut pour la corruption transnationale, mais aussi bien au-delà. Cette protection bénéficie à toutes les personnes témoins d'infractions – de nature financière notamment – qui souhaitent alerter les autorités. Donc, si la Convention a pour objet de traiter un mal parmi d'autres – la corruption transnationale – les remèdes qu'elle préconise soignent de fait d'autres maux, au-delà de la corruption. Il existe donc des ramifications salutaires et souvent mal connues ou mal appréhendées de la Convention.

Quel avenir pour la Convention ?

Afin de ne pas rater l'occasion d'atteindre les objectifs de la Convention, il convient à la fois de renforcer davantage son application et d'obtenir l'adhésion des grands pays émergents.

Les cadres juridiques nationaux pour traduire la Convention en droit interne sont désormais en place dans la quasi-totalité des États.

En 2010, après de nombreux rapports d'évaluation et de procédures de suivi, le Royaume-Uni a adopté une nouvelle législation qui renforce et modernise son infraction de corruption transnationale. La loi britannique anti-corruption de 2010 (connue sous l'intitulé « *UK Bribery Act 2010* ») a introduit une infraction générale de corruption ainsi qu'une infraction spécifique de corruption d'agents publics étrangers, les substituant aux infractions adoptées au cours des cent dernières années. La loi a également introduit une

infraction visant les organisations de nature commerciale (y compris les sociétés) pour défaut de prévention de la corruption des personnes qui leur sont associées. Cette infraction s'applique aux sociétés qui réalisent leurs affaires, ou une partie de leurs affaires, au Royaume-Uni, même si ces dernières ont été constituées dans un autre pays.

De même, entre 2012 et 2014 le Groupe de Travail anti-corruption de l'OCDE avait exprimé d'importantes préoccupations quant au caractère limité des efforts entrepris par la France pour se conformer à la Convention. La loi Sapin II du 9 décembre 2016 a réformé en profondeur le dispositif français de lutte contre la corruption transnationale. La loi Sapin II a renforcé le cadre législatif applicable à la corruption transnationale en introduisant une infraction de trafic d'influence d'agent public étranger. La loi a aussi établi l'Agence française anti-corruption (AFA) accompagnée d'un dispositif de prévention et de détection de la corruption. Enfin, elle a introduit en droit français un mécanisme de règlement transactionnel des affaires de corruption transnationale, avec la Convention judiciaire d'intérêt public.

Malgré l'augmentation chaque année des enquêtes, des poursuites et des condamnations, les résultats relatifs à l'application concrète de la Convention ne sont pas encore satisfaisants. Les actions répressives engagées ou définitives se concentrent dans une minorité d'États Parties. Il est logiquement très préoccupant qu'une majorité des États Parties à la Convention n'ait pas encore sanctionné un seul individu ou une seule entreprise pour faits de corruption d'agents publics étrangers.

Dans ce contexte, il demeure plus que jamais nécessaire que les États Parties à la Convention soient évalués en priorité sur leurs résultats et leurs efforts en matière de mise en œuvre et d'application concrète de leur législation pénale contre la corruption transnationale. Les revues par les pairs, menées de façon rigoureuse par le Groupe de travail anti-corruption de l'OCDE, permettent de viser un tel objectif. Le défi d'une mise en œuvre efficace est certainement le plus pressant et le plus difficile aussi à relever.

Un autre défi pour la Convention est de convaincre les grandes économies émergentes d'Asie (Chine, Inde, Indonésie) de s'engager davantage à lutter contre la corruption transnationale et de signer, puis ratifier la Convention.

Notre responsabilité est aussi de contribuer à établir des diagnostics, comprendre les phénomènes criminels émergents ou les nouvelles méthodes utilisées par les fraudeurs et les criminels. Travailler avec les praticiens, les entendre, les associer pleinement à nos travaux est essentiel. L'OCDE l'a bien compris depuis de nombreuses années en mettant sur pied un réseau de praticiens chargés des enquêtes et des poursuites dans le domaine de l'anti-corruption.

Les thèmes émergents ne manquent pas, comme la nécessité de renforcer davantage la protection des lanceurs d'alerte, d'améliorer l'entraide judiciaire internationale, de développer les techniques de détection de la corruption, ou de mieux appréhender la multiplication des procédures de règlement négocié. Mais la Convention peut se révéler pertinente pour contrer des menaces globales actuelles, comme le terrorisme ou la corruption dans la contrebande internationale de réfugiés. Malgré son objectif d'origine restreint, la Convention anti-corruption de l'OCDE dispose d'un solide potentiel pour contrer les nombreuses formes de la grande criminalité contemporaine. Avec ses 20 ans d'existence et d'expérience, elle a donc un bel avenir devant elle, et elle reste une référence mondiale.

Combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales ne répond pas seulement à des exigences d'ordre éthique. Il est clair que la corruption frappe en définitive, toujours et partout, les plus pauvres et les plus vulnérables. Mais la corruption internationale doit aussi être combattue car elle accroît fortement le coût du commerce et de l'investissement à l'étranger, et ce sont les entreprises qui le paient.

Pour éviter que le monde entier paie toujours plus cher le prix de la corruption, et que la mauvaise gouvernance se généralise, l'OCDE doit continuer à protéger l'économie internationale des pratiques et des intentions délictueuses. L'OCDE n'agit pas seule dans ce domaine, elle peut compter sur la coopération et le soutien d'autres organisations internationales, comme le G20, la Banque Mondiale et les banques régionales de développement, le Fonds Monétaire International et les Nations Unies. Elle a déjà établi des partenariats forts avec les grands pays émergents.

La Convention anti-corruption de l'OCDE aura un rôle majeur dans la lutte contre la corruption internationale si elle est encore mieux respectée, dynamisée et soutenue par tous les grands acteurs économiques.



John Ruggie • Professeur, Harvard Kennedy School, Représentant spécial des Nations Unies pour les droits de l'homme (2005-2011)

Entreprises et Droits de l'homme : vers un programme européen d'action commun

128

Nous vivons dans un monde déboussolé qui remet en question jusqu'aux prémisses fondamentales que nous avons pu tenir pour acquises. Or, l'Union européenne (UE) est l'une des innovations de gouvernance les plus importantes des temps modernes. Tout a commencé modestement, six pays coordonnant leurs secteurs du charbon et de l'acier après la Seconde Guerre mondiale. Mais aujourd'hui, l'UE constitue une superpuissance économique et sociale, et doit plus que jamais se penser comme telle. Le fait que la Finlande ait choisi la problématique *Business & Human Rights* comme thème central de sa récente présidence du Conseil l'UE nous amène à appréhender parmi les principaux défis auxquels l'humanité tout entière est confrontée et à réfléchir à comment faire progresser le plus efficacement possible l'action au niveau de l'UE.

La réponse à cette question commande d'abord de revenir aux origines des principes *Business & Human Rights*.

Penser les principes *Business & Human Rights*

En termes généraux, les principes *Business & Human Rights* questionnent la durabilité sociale de la mondialisation. Le 29 janvier 2001 à Davos, Kofi Annan, alors Secrétaire général des Nations Unies, s'adressait au Forum économique mondial en ces termes : « Si nous ne pouvons faire en sorte que la mondialisation fonctionne pour chacun, elle finira par ne fonctionner pour personne. La répartition inégale des avantages et les déséquilibres dans l'élaboration des règles mondiales, qui caractérisent la mondialisation aujourd'hui, produiront inévitablement des réactions de rejet et du protectionnisme. Et ceux-ci, à leur tour, menacent de saper et, en fin de compte, de démanteler l'économie mondiale ouverte qui a été si laborieusement construite au cours du dernier demi-siècle »¹.

* Ce texte s'appuie sur l'intervention du Pr Ruggie en date du 2 décembre 2019, à l'occasion d'une conférence co-organisée à Bruxelles par la Présidence Finlandaise du Conseil de l'Union européenne et Shift.

1. K. Annan, "If we cannot make globalization work for all, in the end it will work for none. The unequal distribution of benefits, and the imbalances in global rule-making, which characterize globalization today, inevitably will produce

Depuis, nombreuses sont les voix qui, partout dans le monde, s'élèvent pour dénoncer un échec et une répartition particulièrement inégale des bénéfices et des maux engendrés par la mondialisation, entre les nations comme en leur sein. Il en résulte un ressentiment général et une perte de confiance dans les institutions, quelles qu'elles soient.

Du point de vue des entreprises, les principes sont appréhendés comme un moyen de restaurer la confiance dont elles ne bénéficient plus et de contenir le potentiel impact négatif de leurs activités. Des progrès indéniables ont été réalisés par des entreprises, associations d'entreprises ou même par des organisations sportives. Mais ces progrès sont insuffisants et n'ont concerné qu'une part non suffisante d'entre elles.

Pour les gouvernements ensuite, ils se situent au cœur des nouveaux contrats sociaux qu'ils doivent construire pour et avec leurs populations. Cela inclut un travail et des salaires décents, un salaire égal pour un travail égal, de favoriser l'inclusion sociale et économique, une éducation adaptée aux besoins et aux opportunités du XXI^e siècle et de prévoir un filet de sécurité sociale suffisamment efficace pour amortir les chocs imprévus sur l'économie en général, et sur les personnes en particulier.

Pour chacun d'entre nous enfin, les principes *Business & Human Rights* ne constituent rien de plus – mais rien de moins – que la garantie d'être toujours traité avec respect, quelle que soit leur situation personnelle et de pouvoir obtenir réparation chaque fois qu'un tort leur est fait.

Une reconnaissance récente

La reconnaissance de la problématique *Business & Human Rights* comme domaine politique distinct au niveau international est relativement récente. Les Nations Unies ont été les premiers et à ce jour les seuls à avoir reconnu officiellement son importance, le Conseil des droits de l'Homme ayant unanimement adopté les Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme le 17 juin 2011². Ces principes reposent sur trois piliers. Il y a d'abord le devoir incombant à l'État de protéger les citoyens contre les atteintes aux droits humains commises par des tiers, y compris des entreprises. Est ensuite stigmatisée la charge pour les entreprises de respecter les droits de l'homme, que les États remplissent ou non leurs propres obligations. Enfin figure la nécessité d'un meilleur accès aux recours pour les personnes dont les droits de l'homme ont été violés par la conduite des entreprises. Les principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales³ ont rapidement intégré le deuxième pilier, pratiquement mot pour mot.

backlash and protectionism. And these, in turn, threaten to undermine and ultimately unravel the open world economy that has been so painstakingly constructed over the course of the past half-century", Discours prononcé à l'occasion du Forum économique mondial, Davos, 29 janv. 2001.

2. "United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights : Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework", 16 juin 2011.

3. Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales, 25 mai 2011.

Les principes directeurs sont au nombre de 31 auxquels sont associés un commentaire sur ce que chacun d'eux signifie. Ils impliquent tous les acteurs : États, entreprises, individus et communautés. Ces principes ne forment pas seulement un texte, ils ont été conçus pour contribuer à créer une nouvelle dynamique réglementaire, dans laquelle les systèmes de gouvernance publics comme privés, chacun à leur mesure, viennent à apporter une valeur ajoutée distincte, à compenser les faiblesses des uns et des autres et à jouer des rôles qui se renforcent mutuellement, pour œuvrer à un système mondial plus complet et plus efficace.

Renforcer la dynamique

Venons-en à la stratégie : comment renforcer cette dynamique transformatrice ? Les principes directeurs incarnent deux concepts stratégiques fondamentaux : la promotion d'un « *smart mix of measures* » et l'utilisation d'un « effet de levier ».

La nécessité d'un « smart mix of measures »⁴

On entend souvent dire que l'expression « combinaison intelligente de mesures » désigne uniquement les mesures volontaires. Mais c'en est une mauvaise conception. Le premier principe directeur exige des États une législation apte à protéger les droits humains que pourraient mettre en danger les entreprises. Le troisième Principe directeur commande l'examen régulier de ces mesures et leur mise à jour.

Le principe directeur 3 ajoute que les États doivent examiner périodiquement l'adéquation de ces mesures et les mettre à jour si nécessaire. Les États doivent également veiller à ce que les domaines juridiques connexes comme le droit des sociétés ou le droit des valeurs mobilières, n'entravent pas le respect des droits de l'homme par les entreprises, mais au contraire le facilitent. Ainsi, une « combinaison intelligente de mesures » combinerait à la fois *soft law* et *hard law*, mais aussi mesures nationales et internationales.

Un certain nombre d'États membres de l'Union – et l'UE elle-même – ont commencé à mettre en place des mesures obligatoires qui renforcent ce qui n'était jusqu'alors qu'une orientation prenant la forme d'initiatives volontaires des entreprises. Il s'agit notamment d'exigences en matière d'information concernant des sujets comme l'esclavage moderne, l'exploitation des minéraux provenant de zones de conflit et, plus largement, sur les performances non financières des entreprises, ainsi que sur la diligence raisonnable en matière de droits de l'homme et d'environnement.

Si ces initiatives sont conformes à l'esprit des Principes généraux et constituent des étapes pertinentes dans le durcissement de la RSE, une trop grande marge d'appréciation est souvent laissée à l'imagination des entreprises, des cabinets de conseil et des acteurs de la société civile. Il faudrait préciser plus finement ce qu'est

une mise en œuvre effective, afin d'éviter à la fois la prolifération de normes et récits définis par les entreprises elles-mêmes. En outre, à quelques exceptions près, le non-respect de ces règles n'entraîne aujourd'hui aucune conséquence directe. Néanmoins, l'ascension du premier pilier est en cours.

Le jeu des effets de levier

Les Grands principes reposent sur un deuxième concept stratégique clé : « l'effet de levier ». Ce dernier peut faire progresser la mise en œuvre des principes *Business & Human Rights* dans l'UE à plusieurs titres.

En premier lieu, il ne faut pas perdre de vue que les États membres – comme l'UE – dans son ensemble sont des acteurs économiques : ils consomment des biens et des services, fournissent des crédits à l'exportation et des assurances d'investissement, accordent des prêts et des subventions officiels, etc. Chaque agence impliquée a des objectifs particuliers qui lui sont propres, c'est certain. Mais dans tous les cas, elles doivent tenir compte de l'impact réel et potentiel sur les droits de l'homme des entreprises bénéficiaires avec lesquelles elles s'engagent.

En deuxième lieu, les Principes directeurs exigent des entreprises qu'elles évitent de provoquer ou de contribuer à une violation des droits de l'homme, et qu'elles y remédient à chaque fois que cela se produit. Cette responsabilité des entreprises s'étend à l'ensemble de leur chaîne de valeur. Cette obligation s'étend à l'ensemble de leurs chaînes de valeur. Bien entendu, toutes les entreprises, y compris les fournisseurs de biens et de services au sein des chaînes de valeur mondiales, ont la même responsabilité à respecter. Mais les sociétés mères et les sociétés situées au sommet des chaînes de valeur doivent utiliser tout l'effet de levier dont elles disposent par rapport à leurs filiales, sous-traitants et aux autres acteurs de leur réseau de relations commerciales. Elles doivent établir des politiques et des procédures opérationnelles claires qui intègrent le respect des droits tout au long de leur chaîne de valeur. Lorsque l'effet de levier sur les partenaires est plus limité, il est parfois possible de l'augmenter, par exemple en offrant des incitations ou alors en choisissant d'autres partenaires.

Bien entendu, toutes les entreprises, y compris les fournisseurs de biens et de services au sein des chaînes de valeur mondiales, ont la même responsabilité à respecter. Mais les sociétés mères et les sociétés situées au sommet des chaînes de valeur dirigées par les producteurs ou les acheteurs doivent également utiliser tout l'effet de levier dont elles disposent par rapport à leurs filiales, à leurs contractants et aux autres acteurs de leur réseau de relations commerciales. Elles devraient établir des politiques et des procédures opérationnelles claires qui intègrent le respect des droits dans l'ensemble de leur système de chaîne de valeur. Lorsque l'influence est limitée, il peut être possible de l'accroître, par exemple en offrant des incitations ou en collaborant avec d'autres acteurs.

4. Sur cette question v. : <<https://www.shiftproject.org/news/fulfilling-the-state-duty-to-protect-mandatory-measures-smart-mix/>>.

En retour, les États d'origine et d'accueil des entreprises multinationales ont un rôle important à jouer par le biais de lois et de réglementations qui permettent et soutiennent ces échanges privés internationaux. Les chaînes de valeur mondiales sont extrêmement complexes. Si les sociétés mères craignent d'être tenues pour légalement responsables de tout préjudice en matière de droits de l'homme, n'importe où dans leurs chaînes de valeur et quelles que soient les circonstances de leur implication, une incitation naturelle naîtra en faveur d'une distanciation vis-à-vis des entités adoptant des comportements à risque. Toute la difficulté pour les États est de dessiner un juste équilibre dans la législation.

Un troisième effet de levier peut renforcer les tendances positives déjà à l'œuvre dans le monde des affaires, mais qui doivent être renforcées. L'exemple le plus important aujourd'hui est peut-être celui des investissements socio-responsable « ESG », c'est-à-dire des décisions d'investissement qui combinent des critères environnementaux, sociaux et de gouvernance avec des analyses financières. Les investissements ESG représentent aujourd'hui 31.000 milliards de dollars de tous les actifs gérés dans le monde, soit un quart du total mondial⁵. Et bien que de nombreux investisseurs ne le sachent pas eux-mêmes, le « S » dans ESG est entièrement consacré aux droits de l'homme. Il cherche à évaluer la manière dont les entreprises se comportent par rapport au large éventail de parties prenantes internes et externes – travailleurs, consommateurs finaux et communautés. Il prend également en compte des critères tels que la santé et la sécurité, les relations sur le lieu de travail, la diversité et l'inclusion sociale, le développement du capital humain, le marketing et la R&D responsables, les relations avec les communautés et la participation des entreprises à des projets susceptibles d'affecter en particulier les populations vulnérables.

Mais ici réside la difficulté : il est désormais admis qu'un obstacle majeur à la poursuite d'une croissance rapide des investissements ESG est la mauvaise qualité des données fournies par les agences de notation. Les taxonomies et les modèles communs en sont encore à leurs débuts et évoluent de manière aléatoire alors même que la demande de produits ESG augmente. Cela pose des problèmes aux investisseurs qui recherchent des opportunités ESG et qui peuvent payer un prix élevé pour des données erronées, ainsi qu'aux entreprises qui s'efforcent d'améliorer leurs pratiques qui ne sont pas reconnues. Le problème est particulièrement grave dans la catégorie « S » qui traite des questions liées aux droits de l'homme.

L'UE a développé une taxonomie aboutie relativement aux investissements prenant en compte les normes, indices et informations liés au climat. Elle devrait avoir un impact significatif pour le renforcement de la part environnementale dans l'ESG. La publication d'orientations officielles à l'intention du « S » en matière d'investisse-

ments ESG, précisant ses fondamentaux en matière de droits humains, pourrait avoir un effet transformateur sur les marchés mondiaux des capitaux.

En bref, il existe une grande variété de possibilités d'exercer un effet de levier afin de générer de nouveaux développements positifs pour la relation entre entreprises et droits de l'homme.

Conclusion

Penser la relation entre entreprises et droit de l'homme nécessite par définition une vision horizontale et une collaboration transversale – que ce soit au sein des entreprises, des gouvernements ou de l'UE. Au sein de la Commission européenne, la tâche a été en grande partie confiée au Service européen pour l'action extérieure, avec le soutien d'autres directions générales. C'est un prisme bien trop étroit si l'on pense à la pluralité des défis que la problématique comporte et aux objectifs qui devraient être atteints. Les Principes directeurs ont amené les gouvernements à considérer la relation entre entreprises et droits de l'homme comme un espace politique unique, pour la première fois. Qu'il en soit de même au niveau de l'UE.

A la fin de mon mandat comme représentant spécial du Secrétaire général de l'ONU pour les entreprises et les droits de l'homme, j'avais proposé que les gouvernements négocient un instrument juridique ciblé traitant de l'implication des entreprises dans les violations flagrantes des droits de l'homme, couplé à une plus grande coopération entre les États pour y remédier. Les négociations menées à Genève pour établir un traité contraignant sur la problématique *Business & Human Rights* montre qu'un instrument international est à la fois incontournable et souhaitable pour contribuer à uniformiser les règles du jeu dans un monde globalisé.

Le processus d'élaboration du traité actuel a débuté en 2014. Dès le début, j'ai exprimé mes doutes quant à la possibilité de traiter la globalité de la relation entre entreprises et droits de l'homme dans un seul et même traité. C'est à mon sens un domaine beaucoup trop complexe et sensible pour qu'une telle entreprise puisse produire des résultats significatifs. Le risque est qu'on n'atteigne l'adoption par le nombre minimum requis d'États, qu'au prix d'une minoration des attentes, et qu'on aille vers encore moins d'incitations à l'innovation. Rien de ce que j'ai vu au cours des cinq années de négociations ne suggère le contraire.

Cela étant dit, je trouve déconcertant que l'UE n'ait adopté aucune position de fond dans ces négociations de traité. C'est curieux parce que l'UE a été l'un des premiers à soutenir l'idée d'une « combinaison intelligente de mesures ». J'espère que la Commission et le Parlement mettront la relation entre entreprises et droits de l'homme au cœur de leur action prochaine.

5. « 2019 Global Sustainable Investment Review », *Global Sustainable Investment Alliance*, mars 2018.

"Avec le Document Analyzer, il n'y a plus de place à l'erreur"

Charlotte Bernier
Avocate en droit du travail, Paris

Lorsque Charlotte Bernier, avocate en droit du travail, a lancé son cabinet L'Arsenal Avocats l'année dernière, elle a longuement réfléchi à la manière dont elle pouvait garantir un niveau de service d'excellence, équivalent à celui des grands cabinets. Pour offrir à ses clients du sur-mesure sans être contrainte par le manque de temps, elle a très vite adopté Doctrine et sa plateforme d'information juridique. Aujourd'hui, elle revient sur les raisons qui l'ont poussée à utiliser le Document Analyzer pour identifier en un coup d'oeil les évolutions de jurisprudences citées dans les jeux de conclusions sur lesquels elle travaille.

Aujourd'hui, nombreux sont les professionnels du droit tiraillés entre le manque de temps et le souci de maintenir un haut niveau d'exigence vis-à-vis de leurs clients. Pour résoudre cette équation, l'accès à l'information juridique est critique, d'autant plus dans le cadre d'un contentieux et lorsque la jurisprudence est mouvante. Dans cet article, Charlotte Bernier, avocate en droit du travail, revient sur les raisons qui l'ont poussée à utiliser la plateforme d'information juridique Doctrine, et plus particulièrement le Document Analyzer, pour offrir à ses clients un accompagnement sur-mesure sans contrainte.

Gagner du temps à chaque étape du dossier

La préparation d'un contentieux n'a rien d'un long fleuve tranquille. Entre le moment où Maître Bernier commence à rédiger ses conclusions et celui où elle plaidera au tribunal, de nombreux revirements voire des nuances de jurisprudence peuvent survenir. Le risque ? Se faire surprendre par une évolution non anticipée qui pourrait renverser le cours d'une affaire.

Elle utilise systématiquement le Document Analyzer pour auditer chaque version de ses conclusions, ainsi que les répliques produites par la partie ad-

verse. Cela lui permet d'extraire automatiquement l'ensemble des décisions et législations citées, et de s'éviter une recherche manuelle, fastidieuse mais surtout chronophage. "Le Document Analyzer est précieux, je considère qu'il exécute une partie du travail que pourrait faire un collaborateur ou un stagiaire" nous explique-t-elle.

Plus de place à l'erreur pour bâtir sa stratégie

Pour répondre aux exigences de ses clients, elle a donc besoin de suivre en permanence les évolutions jurisprudentielles et législatives liées au dossier. Il est essentiel de ne jamais se faire surprendre par une décision récemment publiée ou une jurisprudence qui ne serait plus applicable. "Ce que j'adore avec le Document Analyzer, c'est que l'information vient à moi. Il n'y a plus de place à l'erreur. C'est d'autant plus appréciable et rassurant que le droit du travail est une matière qui évolue en permanence", confirme-t-elle. Elle ne rate plus aucune jurisprudence citée, et peut déceler des nuances qui avaient été apportées à une décision pour anticiper leurs impacts sur son argumentaire.

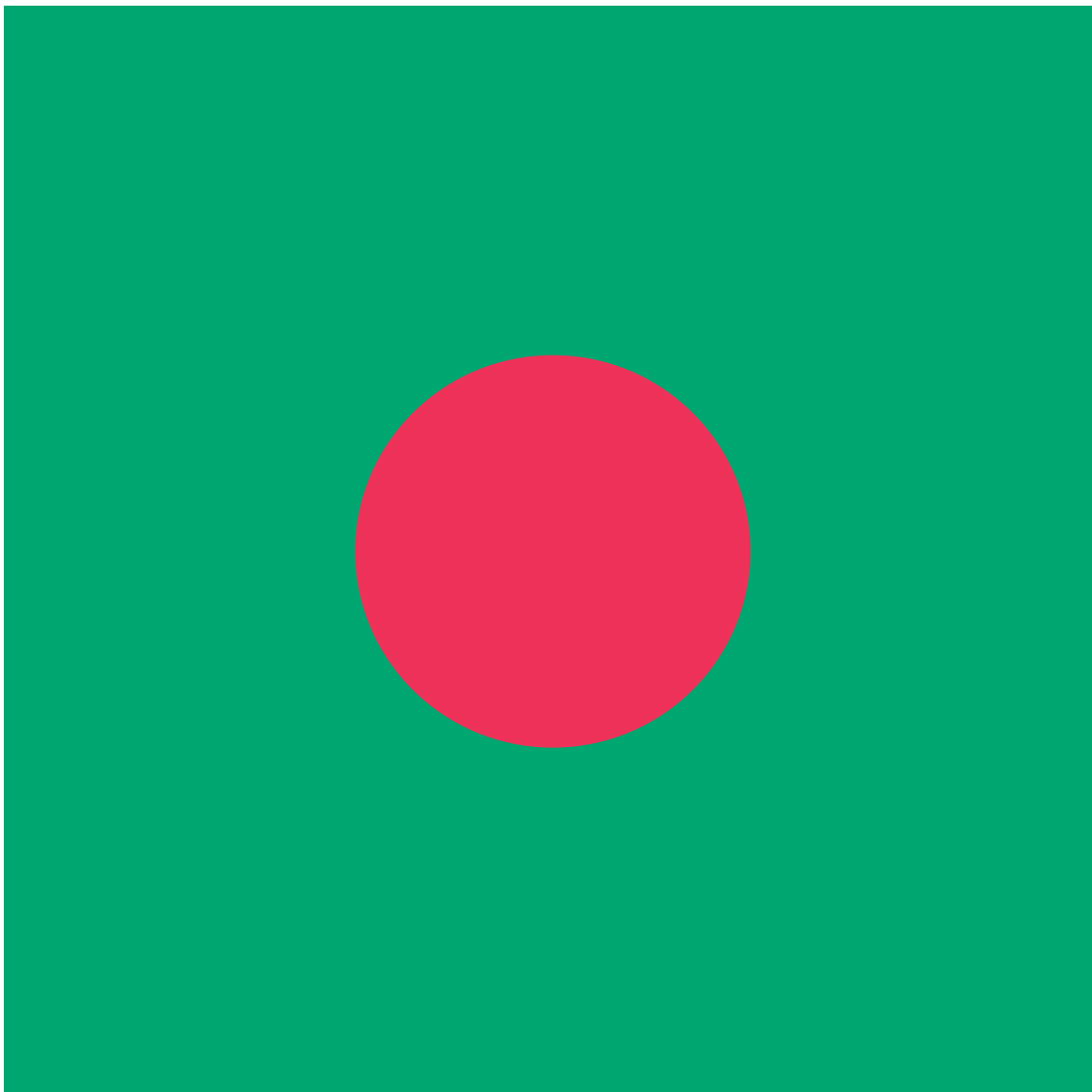
Par ailleurs, les dossiers Doctrine, dans lesquels on peut, en un clic, classer les décisions extraites par le Document Analyzer, permettent d'être en veille permanente en étant alerté en temps réel en cas de la publication d'une nouvelle décision sur le sujet.

S'inscrire dans un changement de paradigme pour la profession

A la création de son cabinet L'Arsenal Avocats, Maître Bernier a souhaité l'ancrer résolument dans ce qui est désormais la nouvelle réalité du monde du droit : la digitalisation. Selon elle, "le Document Analyzer s'inscrit dans une nouvelle pratique de la profession d'avocats. Il fait partie, avec le reste de la plateforme Doctrine, des nouveaux outils incontournables à avoir et maîtriser."

C'est pourquoi il était essentiel pour elle de sauter dans "ce train en marche" qu'est la transformation numérique de sa profession. Mais l'adoption d'outils novateurs compte beaucoup également pour gagner encore en compétitivité et crédibilité aux yeux de ses clients. Le Document Analyzer tout particulièrement, lui permet de démontrer que sa pratique du droit est non seulement innovante et "technophile", mais aussi qu'elle est constamment "à l'affût" de la moindre information qui pourra impacter le dossier.

Elle conclut : "Le Document Analyzer est un outil moderne incontournable et à la portée de tous. Ce serait une erreur de ne pas l'essayer."



La Revue Européenne du Droit

La Revue Européenne du Droit est une production du Groupe d'études géopolitiques, éditée par sa Revue Le Grand continent en partenariat avec Doctrine.

 Doctrinedotfr **GrandContinent**