

La mise en œuvre de la Convention anti-corruption de l'OCDE

ÉTATS-UNIS

Volume 1



ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES

Avant-propos

Cette étude examine les dispositions juridiques en place aux Etats-Unis pour combattre la corruption d'agents publics étrangers et mesure l'efficacité de ce dispositif. L'évaluation est faite par des experts étrangers de 35 pays au regard des normes internationales les plus élevées définies dans la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et dans les instruments connexes. Ce rapport est publié dans le cadre d'une série d'examens par pays qui couvriront la totalité des 35 pays ayant adhéré à la Convention.

Dans une économie de plus en plus mondialisée où les échanges et les investissements internationaux jouent un rôle majeur, il est indispensable que les gouvernements, les entreprises, les praticiens de la lutte contre la corruption, la société civile, les universitaires et les journalistes connaissent bien le nouveau cadre réglementaire et institutionnel visant à :

- renforcer le champ de la concurrence pour les sociétés opérant à l'échelle mondiale ;
- instaurer des normes élevées de gouvernance mondiale ; et
- réduire le flux de paiements à caractère corrupteur dans les opérations commerciales internationales.

Ce cadre réglementaire et institutionnel repose principalement sur deux instruments novateurs adoptés en 1997 par les Membres de l'OCDE et les pays associés : la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* (la "Convention") et la *Recommandation révisée sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales* (la "Recommandation révisée"). La Convention a été le premier instrument international à force exécutoire imposant des sanctions pénales à ceux qui corrompent des agents publics étrangers pour obtenir des contrats commerciaux. La Recommandation révisée complète la Convention en mettant l'accent sur la dissuasion et la prévention de la corruption étrangère. Afin d'assurer le respect effectif des dispositions par toutes les parties, les deux instruments prévoient un processus de surveillance sous la forme d'un suivi et d'une évaluation mutuelle.

Le Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales (le "Groupe de travail") est chargé des activités de surveillance et de suivi de ces instruments. Le Groupe de travail, présidé par M. Mark Pieth, se compose d'experts (fonctionnaires) des 35 pays parties à la Convention. Ces experts gouvernementaux ont mis au point un mécanisme de surveillance qui implique que toutes les parties doivent être examinées selon une procédure formelle, systématique et détaillée comprenant une auto-évaluation et un examen mutuel. Ce mécanisme doit servir d'outil pour évaluer la mise en œuvre et l'application de la Convention et de la Recommandation.

En élaborant le mécanisme de surveillance, le Groupe de travail a tenu à respecter le principe central de l'"équivalence fonctionnelle" énoncé dans la Convention, selon lequel les Parties s'emploient à réaliser un objectif commun dans le respect des traditions juridiques et des concepts fondamentaux de chaque pays. En conséquence, le Groupe de travail examine le dispositif anti-corruption de chaque pays à la lumière de son système juridique propre.

Dès l'entrée en vigueur de la Convention en février 1999, le Groupe de travail a engagé la première phase de surveillance visant à déterminer si le pays a correctement transposé la Convention dans son droit national et quelles mesures il a prises pour mettre en œuvre la Recommandation révisée.

Vers la fin de cette première étape, le Groupe de travail s'est engagé progressivement dans une nouvelle phase de surveillance élargie. Cette seconde phase consiste à examiner la conformité et à déterminer si des structures sont en place pour garantir une application effective des lois et règles nécessaires pour mettre en œuvre la Convention. La seconde phase comprend aussi un examen détaillé des aspects non pénaux de la Recommandation révisée de 1997.

Les procédures de surveillance mises au point pour les examens de la Phase 1 et de la Phase 2 sont similaires. Pour chaque pays examiné, un projet de rapport est établi, puis soumis pour consultation au Groupe de travail. Ce rapport s'appuie sur les informations fournies par le pays examiné mais aussi sur les données recueillies par le Secrétariat de l'OCDE et par deux pays agissant en qualité de "principaux examinateurs", soit dans le cadre d'une recherche indépendante, soit, pour la Phase 2, par consultation d'experts lors d'une visite dans le pays examiné. Les consultations lors d'une visite sur place comprennent des entretiens avec des représentants de divers services gouvernementaux ainsi que du secteur privé, des syndicats, de la société civile, de représentants des médias, et des praticiens de la lutte contre la corruption.

Les consultations au Groupe de travail aboutissent à l'adoption du rapport par pays final, qui contient une évaluation des lois et pratiques du pays en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. Le pays examiné a la possibilité d'étudier et de commenter le rapport avant sa publication. Il peut exprimer une opinion divergente, qui est ensuite prise en compte dans le rapport final, mais il ne peut pas empêcher l'adoption de l'évaluation par le Groupe de travail.

Ce rapport de la Phase 2 de surveillance sur les Etats-Unis décrit les structures et les mécanismes institutionnels en place pour faire appliquer la législation nationale en vue de mettre en œuvre la Convention, et il évalue l'efficacité des mesures de prévention, de détection, d'enquête et de poursuites visant la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales. L'Appendice 1 contient l'évaluation faite par le Groupe de travail lors de la Phase 1. Dans l'Appendice 2, le lecteur trouvera des extraits des lois d'application les plus pertinentes (en anglais) et dans l'Appendice 3 il trouvera des suggestions de documentation complémentaire. La Convention (*i*), la Recommandation révisée (*ii*), la Recommandation du Conseil sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin (*iii*) et Les Parties à la Convention (*iv*) sont reproduites à l'Appendice 4.

Table des matières

| | |
|--|-----------|
| L’infraction de corruption d’agents publics étrangers : | |
| Mise en œuvre et pratique par les Etats-Unis | 7 |
| Introduction..... | 7 |
| Les mesures pour prévenir et détecter la corruption d’agents publics étrangers..... | 12 |
| Les mécanismes de déclenchement des poursuites à l’encontre des infractions de corruption d’agents publics étrangers | 32 |
| Recommandations..... | 51 |
| <i>Annexe</i> Affaires relatives à la corruption d’agents publics étrangers aux termes du <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> de 1977..... | 54 |
| | |
| <i>Appendice 1</i> Evaluation des Etats-Unis par le Groupe de travail de l’OCDE Cadre juridique | 69 |
| <i>Appendice 2</i> Extraits des lois d’application les plus pertinentes..... | 73 |
| <i>Appendice 3</i> Suggestions de documentation complémentaire..... | 99 |
| <i>Appendice 4</i> Note : L’appendice 4 est identique pour chacun des 35 rapports par pays que comprend cette édition brochée. Pour cette raison, elle n’est disponible qu’une seule fois à la fin de chaque édition. Le lecteur peut extraire et imprimer des exemplaires supplémentaires de l’annexe à partir du site anti-corruption de l’OCDE à l’adresse suivante: www.oecd.org/daf/anticorruption/convention | |
| (i) Convention sur la lutte contre la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales Commentaires relatifs à la Convention | |
| (ii) Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales | |
| (iii) Recommandation du Conseil sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers | |
| (iv) Les Parties à la Convention Pays ayant ratifié/adhéré à la Convention | |

L'infraction de corruption d'agents publics étrangers : Mise en œuvre et pratique par les Etats-Unis

Introduction¹

Nature de la mission sur place

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

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

L'équipe de l'OCDE a aussi rencontré des représentants de l'American Bar Association, de l'American Federation of Labor-Congress of Industrial Organisations (AFL-CIO), de l'American Institute of Certified Public Accountants, de l'Auditing Standards Board, du Compliance Systems Legal Group, du Conference Board, du Financial Executives Institute, de Global Corporate Citizenship, de l'International Forum on Accountancy Development, de l'Institute of Internal Auditors, du Tax Executives

¹ Ce rapport a été examiné par le Groupe de travail sur la Corruption en juin 2002.

Institute et de Transparency International USA. Une partie de l'équipe s'est rendue à la Banque mondiale. L'équipe a également rencontré de hauts responsables des entreprises suivantes : Boeing, DuPont, Lockheed Martin, Motorola, Raytheon International et Schering-Plough Corporation. L'équipe d'examineurs a eu des entretiens avec des représentants des cabinets juridiques et comptables suivants : Clifford Chance, Covington & Burling, Dechert, Price & Rhoads, Dickinson Landmeier LLP, Foley & Lardner, KPMG, Miller & Chevalier Chartered, Shearman & Sterling, Troutman Sanders, Weil, Gotshal & Manges et Wilmer, Cutler & Pickering.

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

Méthodologie et structure du rapport

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

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

La structure du rapport de la Phase 2 est la suivante : l'introduction procède à un rappel et explique le contexte propre aux États-Unis. La seconde partie est consacrée aux divers facteurs qui, de l'avis des examineurs, ont une influence sur l'efficacité des mesures de prévention et de détection de la corruption aux États-Unis. La troisième partie examine le fonctionnement du système de poursuite des infractions de corruption d'agents publics étrangers et de blanchiment de capitaux, en faisant spécifiquement référence aux caractéristiques qui semblent avoir un impact sensible, positif ou négatif, sur l'efficacité des efforts déployés de façon générale. La dernière partie du rapport énonce les recommandations spécifiques du Groupe de travail, sur la base des observations du rapport, aussi bien vis-à-vis de la prévention et de la détection que des poursuites. Elle met également en relief les questions qui méritent, selon le Groupe de

travail, un suivi dans le cadre du processus de monitoring continu. En outre, des tableaux indiquant les sanctions prononcées dans des affaires pénales et civiles jugées en application du FCPA et en lien avec la corruption d'agents publics étrangers figurent en annexe du rapport à titre d'information.

Observations générales au cours de la mission sur place

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

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

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

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

La plupart des affaires pénales portées devant la justice ont impliqué des paiements directs et de nature ouvertement corruptrice à des agents publics de gouvernements étrangers. Le DOJ a engagé des poursuites à l'encontre de diverses structures, sociétés ou personnes physiques en application du FCPA. Les affaires ont concerné des secteurs industriels aussi divers que l'aéronautique, l'automobile, la construction, l'énergie et

l'agro-alimentaire. Par exemple, le DOJ a poursuivi une société et ses hauts responsables pour avoir corrompu des agents de la Pemex, la compagnie pétrolière nationale du Mexique, afin d'obtenir divers contrats avec cette société portant sur plusieurs millions de dollars. Dans une autre affaire, le DOJ a engagé des poursuites contre des salariés d'un constructeur d'autobus pour avoir corrompu des fonctionnaires d'une province canadienne afin d'obtenir un contrat de fourniture d'autobus auprès de la Commission locale des transports. De grandes sociétés comme General Electric, Goodyear, IBM et Lockheed Corporation ainsi que leurs cadres de direction ont été poursuivis en application du FCPA pour divers actes de corruption.

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

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

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

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

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

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

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

Les mesures pour prévenir et détecter la corruption d'agents publics étrangers

Le rôle de la SEC et du Service des fraudes du DOJ dans la dissuasion et la prévention

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

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

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

FCPA. Le statut de ces différentes sources d'information n'est cependant pas toujours clair ; il pourrait être utile de les regrouper dans le cadre d'un seul et même document d'orientation.

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

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

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

Il ressort apparemment des discussions avec les grandes sociétés et leurs avocats « maison » rencontrés par l'équipe d'examineurs, que les sociétés évaluent les avantages, les coûts et les risques lorsqu'elles formulent une demande d'avis. Premièrement, si la transaction n'est pas approuvée, le demandeur doit, selon toute vraisemblance, renoncer à la poursuivre selon les modalités initialement proposées : en effet, continuer dans ces conditions pourrait revenir à admettre avoir eu « connaissance » qu'un acte de corruption serait commis. En conséquence, une société ne sera guère encline à demander un avis si elle n'est pas prête à s'abstenir de poursuivre la transaction envisagée en cas d'avis « négatif ». Deuxièmement, les décisions du DOJ ne sont techniquement pas contraignantes pour les autres instances fédérales (bien que la SEC ait publiquement affirmé qu'elle s'abstiendrait de poursuivre les émetteurs qui ont obtenu un avis positif du DOJ, c'est-à-dire l'indication par le DOJ qu'il n'engagerait pas de recours dans le dossier traité dans l'avis¹). Troisièmement, dans un monde commercial toujours en mouvement, le délai de trente jours dans lequel le DOJ doit rendre son avis peut parfois être trop long pour constituer une solution viable ; en fait, la procédure d'avis peut durer plus de trente jours car le DOJ peut demander un complément d'information après le dépôt de la requête initiale. Les observateurs admettent que le DOJ s'est montré sensible aux contraintes de temps d'une transaction commerciale et qu'il a accéléré son examen chaque fois que possible, jusqu'à avoir ramené en une occasion ses délais à cinq jours. Quatrièmement, bien que les documents soumis soient exonérés des obligations de

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

communication aux termes du Freedom of Information Act (Loi sur la liberté de l'information), la confidentialité ne peut être garantie car le DOJ conserve le droit de publier une synthèse indiquant, en termes généraux, la nature de l'activité du demandeur, le pays étranger dans lequel la conduite proposée doit se matérialiser, ainsi que la nature générale et les conditions de cette conduite. Cinquièmement, les éléments factuels communiqués, s'ils se matérialisent, peuvent donner lieu à une enquête du DOJ. Les poursuites restent possibles même après qu'un avis positif a été rendu, car le fait d'obtenir le feu vert ne constitue qu'une « présomption simple que la conduite du demandeur... est conforme à ces dispositions du FCPA. ». Le risque est plus grand si les éléments factuels changent et que la transaction se poursuit sous une forme qui ne correspond pas exactement à la description fournie au DOJ et sur laquelle reposait l'avis.

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

Bien que la plupart, sinon toutes les entreprises ainsi que leurs avocats « maison » qui se sont entretenus avec l'équipe d'examineurs aimeraient bénéficier d'une plus grande clarté d'interprétation du FCPA, aucun d'entre eux ne semble cependant disposé à lancer un appel clair en faveur de la publication de lignes directrices. Il convient de mentionner à cet égard que, lorsqu'en 1988, le DOJ a sollicité l'avis des professionnels quant à la nécessité de publier de telles lignes directrices sur le FCPA, cela n'a pratiquement pas suscité d'intérêt. Du point de vue des États-Unis, les conditions du FCPA sont simples et reposent sur la jurisprudence solide de la loi sur la corruption d'agents publics nationaux. Lorsqu'une entreprise se trouve dans l'incertitude quant à l'application du texte à une transaction donnée, elle dispose de la procédure des avis du DOJ ; une société qui s'abstient de profiter de cette procédure encourt le risque que ses actes contreviennent à la

loi. En fait, les opinions qui prévalent dans les sociétés et les cabinets d'avocats semblent diverger quant à savoir si des directives générales seraient utiles à la dissuasion. Selon un point de vue, ces lignes directives reviendraient à donner « la marche à suivre pour échapper à la loi », tandis que pour d'autres, elles seraient utiles, notamment pour la préparation de futures opérations à l'étranger.

Commentaire

De l'avis des examinateurs principaux, le moment est venu d'étudier de nouvelles formes d'orientations, principalement pour aider de nouveaux intervenants (PME) sur la scène internationale et pour apporter un instrument utile de gestion des risques permettant aux sociétés d'éviter certains pièges qui peuvent se présenter lors du montage de transactions internationales susceptibles de donner lieu à des poursuites au titre du FCPA. En outre, il convient d'envisager la publication de directives dans des domaines où une politique ou une position claire s'est dessinée de façon à faire en sorte que les compétences existantes du DOJ soient conservées dans l'avenir.

Détection et enquête

Sources des allégations

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

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

Selon un représentant d'un syndicat qui s'est entretenu avec l'équipe d'examinateurs, les personnes qui révèlent des actes de corruption sont cependant découragées de déclarer les infractions au FCPA par l'absence de protection inhérente au droit américain du travail. La protection accordée à un salarié est au mieux de nature contractuelle et varie

selon que le salarié est couvert ou non par une convention collective qui prévoit des procédures de doléance ou s'il dispose d'un contrat individuel prévoyant une rupture motivée ou non. Dans la grande majorité des cas, cependant, il peut être mis fin à l'emploi au gré de l'employeur et la protection est minimale. En revanche, pour les employés de l'État fédéral, le Whistleblower Protection Act et l'Inspector General Act de 1978 prévoient des mesures civiles de protection des employés contre les éventuelles représailles pour dénonciation de comportements qu'ils « considèrent raisonnablement comme des preuves d'une infraction à une quelconque loi ». Certains États ont adopté des textes analogues pour protéger leurs agents.

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

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

Commentaire

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

Enquêtes

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

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

Les allégations d'infractions *civiles* aux dispositions anti-corruption du FCPA par des *non-émetteurs* font aussi l'objet d'enquêtes du DOJ ; les enquêtes sur les allégations d'infractions civiles aux dispositions sur la comptabilité et la corruption du FCPA par des *émetteurs* sont, en revanche, du ressort de la SEC². Les enquêtes de la SEC à l'encontre des émetteurs sont menées par des procureurs affectés à la Division of Enforcement (Direction des affaires opérationnelles) à Washington ainsi que par les juristes représentant la SEC et affectés à ses bureaux régionaux. Contrairement à la Division des affaires criminelles du DOJ qui peut s'appuyer sur les instruments de collecte de preuves plus importants mis à la disposition de ses procureurs pénalistes, la SEC est entravée dans ses actions, selon les éléments rapportés à l'équipe d'examineurs, par ses ressources opérationnelles limitées et, en conséquence, la SEC n'a effectué que peu d'enquêtes sur des infractions aux dispositions anti-corruption du FCPA.

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

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

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

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

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

Observations générales

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

accompagnant les états financiers, bien que le Financial Executives Institute ait indiqué que nombre de ses adhérents le font déjà.

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

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

Comptabilité

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

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

Vérification de comptes

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

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

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

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

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

Commentaire

Les examinateurs principaux sont conscients du rôle essentiel joué par les dispositions en matière de comptabilité et de vérification des comptes dans la dissuasion et la détection des infractions au FCPA parmi les émetteurs, et dans l'élargissement de l'éventail des actions juridiques qu'elles permettent. Ces mécanismes pourraient être renforcés par des mesures destinées à mieux sensibiliser les professionnels de la comptabilité au FCPA et par l'introduction de normes de vérification des comptes plus claires et de mesures de contrôle des vérificateurs plus rigoureuses. Les examinateurs principaux invitent aussi les États-Unis à envisager de soumettre les vérificateurs indépendants à une obligation claire, indépendamment du

caractère significatif des faits incriminés ou des mesures prises par le conseil d'administration, de rendre compte à la SEC de toutes les observations qu'ils ont pu faire au cours d'une vérification qui soit de nature à indiquer la possibilité d'un acte illégal de corruption, conformément à la Partie V de la Recommandation révisée de 1997 sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. Surtout et nonobstant les préoccupations exprimées quant à l'instance la mieux à même de faire appliquer la loi, il convient d'étudier soigneusement la possibilité d'étendre le champ d'application des dispositions du FCPA sur les livres et registres, au moins aux catégories de non-émetteurs dont les activités internationales dépassent un certain niveau.

Sanctions et effet de « dissuasion connexe »

Un autre trait dissuasif du FCPA est qu'il prévoit des sanctions pénales susceptibles d'être vigoureuses.³ Pour les infractions pénales aux dispositions anti-corruption du FCPA, les sociétés et autres entités commerciales sont passibles d'une amende maximale de 2 millions de dollars EU par infraction ; les cadres de direction, les administrateurs, les actionnaires, les salariés et les agents sont passibles d'une amende maximale de 100 000 de dollars EU et/ou d'une peine maximale de prison de 5 ans. De plus, si l'infraction pénale emporte un gain ou une perte pécuniaire, le droit américain autorise des amendes maximales de substitution égales à la plus forte des deux sommes correspondant à deux fois le gain brut ou deux fois la perte brute, et les amendes pour les personnes physiques peuvent être accrues.

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

Une étude rapide des poursuites pénales engagées à ce jour en application du FCPA et ayant abouti à des condamnations ou des mises en accusation connexes indique cependant que la plupart d'entre elles ont abouti à des amendes assez modérées aussi bien pour les sociétés que pour les personnes physiques, et à des mises à l'épreuve ou à des peines de prison avec sursis au lieu de peines de prison ferme. Durant la période 1977-2001, 21 sociétés et 26 personnes physiques ont été condamnées pour des infractions pénales au FCPA. Les amendes imposées aux sociétés sont allées de 1 500 à 3,5 millions de dollars EU (la transaction acceptée par Lockheed en janvier 1995 de payer une amende record de 21,8 millions de dollars EU étant le seul cas de dépassement de cette fourchette). Les amendes imposées aux personnes physiques ont été de 2 500 à 309 000 dollars EU. Avant la condamnation en 1994 d'un dirigeant de Lockheed et d'un responsable des ventes

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

internationales de General Electric à des peines respectives de prison de 18 et 84 mois, aucun administrateur, cadre de direction ou salarié d'une société n'avait été mis en prison pour infraction au FCPA. Depuis lors, deux personnes physiques ont été condamnées à de la prison, dans les affaires *U.S. vs. David H. Mead and Frerik Plumers* (quatre mois) et *U.S. vs. Herbert Tannebaum* (un an), toutes les deux en 1998. La proposition actuelle de la U.S. Sentencing Commission visant à relever le statut de l'infraction de base dans l'échelle des peines pour l'aligner sur celle de la corruption nationale devrait produire un impact sur les poursuites à venir : les amendes vont très vraisemblablement augmenter et il est probable que les administrateurs d'entreprise et cadres de direction se verront imposer plus souvent des peines de prison ferme pour leur implication dans des affaires de corruption. Cette nouvelle infraction de base entrera en vigueur le 1er novembre 2002, sauf objections du Congrès exprimées avant cette date.

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

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

Les comportements qui violent les dispositions du FCPA sur la corruption peuvent aussi donner lieu à l'engagement d'une action civile pour dommages et intérêts aux termes du Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act [RICO ; 18 U.S.C. §§ 1962-1968 (1998)], ou à des poursuites en application d'autres lois fédérales ou des États fédérés. Par exemple, un recours peut être intenté au titre du RICO par un concurrent qui

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

Tout cela pris en compte, les éventuelles conséquences connexes exercent une forte dissuasion vis-à-vis du risque de voir la société être mise en accusation, sans parler du risque que l'affaire soit portée devant les tribunaux. Les sociétés ont de nombreuses et fortes raisons de conclure un accord avec le Département de la Justice ou la SEC et c'est sans doute ce qui explique le pourcentage important d'affaires qui se terminent par un accord entre accusation et défense sur le plaidoyer (*plea agreements*).⁴ Compte-tenu de l'impact commercial d'une accusation d'infraction au FCPA, les sociétés hésitent à courir le risque d'un procès. De fait, au moins un représentant du Barreau a exprimé ses regrets de constater que cela s'est traduit par un nombre limité de décisions judiciaires.

Commentaire

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

Le rôle et l'utilité des programmes de vigilance des entreprises

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

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

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

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

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

Les examinateurs principaux ont été frappés par le fait que tous les représentants du secteur privé qui ont évoqué cette question provenaient de grandes sociétés multinationales opérant dans les secteurs de la défense et des télécommunications, secteurs dans lesquels la pratique de tels programmes est monnaie courante et dans lesquels il n'y a pas pénurie de ressources – notamment d'avocats – affectées à leur mise en œuvre. Le respect du FCPA est un domaine dynamique et en pleine expansion selon les spécialistes du Barreau. Les associés des cabinets juridiques qui ont eu l'occasion de représenter des clients de plus petites sociétés ont indiqué que la question des ressources était moins déterminante que celle de la volonté de la direction de l'entreprise et que les programmes de vigilance offraient des possibilités d'adaptation quasiment infinies au regard des besoins et du budget d'entreprises des plus diverses. Il est toutefois possible de craindre que ces politiques ne soient plus largement et plus intensément enseignées, comprises et appliquées aux États-Unis que sur le plan international où le problème de la corruption est le plus susceptible de se poser : un membre du Barreau a évoqué

« l'énorme fossé » qui sépare l'application de la réglementation aux États-Unis et la volonté d'en faire autant en dehors du pays. Selon une enquête réalisée par Transparency International sur les principales pratiques en matière de gouvernement d'entreprise, les sociétés réalisent généralement moins, et non pas plus, d'opérations de suivi dans leurs établissements à l'étranger que dans leur pays. Cette étude a aussi montré que seuls 52 % des entreprises interrogées qui étaient dotées de codes de conduite disposaient de versions en plusieurs langues de ces codes et que 19 % seulement considéraient que leur code était extrêmement efficace.

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

Commentaire

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

Le FCPA, les petites et moyennes entreprises et les jeunes entreprises

À mesure que les examinateurs principaux ont pu acquérir une idée d'ensemble, lors de l'examen de la Phase 2, des modalités d'application du FCPA, ils se sont préoccupés des petites et moyennes entreprises (PME) et des jeunes entreprises (*start-ups*) américaines. Aux fins du présent document, il n'est pas utile de définir précisément ces termes, pas plus qu'on ne peut estimer le nombre de ces entreprises. Ces sociétés peuvent être des émetteurs ou des non-émetteurs au sens du FCPA ; leur taille fait que la plupart des PME entrent dans la catégorie des non-émetteurs. Leurs problèmes particuliers sont apparus plus nettement à la suite des entretiens qui ont eu lieu durant la mission sur place. Ces entretiens ont confirmé l'impression d'ensemble que les PME sont une catégorie d'entreprises particulièrement vulnérables dont les besoins ne sont pas convenablement couverts par le schéma actuel de mise en œuvre de la loi. Nombre de facteurs évoqués dans ce rapport et qui contribuent à la détection et la dissuasion efficaces des infractions au FCPA de la part de grosses entreprises n'ont pas le même impact sur les PME. Leur taille même – notamment dans le cas des jeunes entreprises disposant de très peu de

ressources – tend à les rendre vulnérables. Pourtant, de telles sociétés se livrent à des opérations internationales d'une ampleur croissante, parfois dans des pays où la corruption constitue un risque reconnu. À titre d'illustration de ce problème, on notera qu'en 1997 82 % des exportateurs américains à destination de la Chine étaient des PME, selon les statistiques officielles américaines.

En partant de l'hypothèse que la plupart des PME sont des non-émetteurs, même si elles sont soumises aux dispositions du FCPA sur la corruption, elles ne sont pas soumises aux dispositions comptables de ce texte ni aux dispositions en matière de vérification des comptes de l'Exchange Act, et la SEC n'est pas compétente vis-à-vis de ces entreprises. Les protections offertes par ces textes en termes de dissuasion et de détection qui ont été évoquées précédemment, ne sont pas applicables à des PME ayant le statut de non-émetteurs. Les programmes de vigilance élaborés par les entreprises pour se conformer aux dispositions du FCPA et qui semblent si bien fonctionner dans les grandes multinationales sont généralement moins bien compris, moins développés et mal appliqués, voire inexistantes chez les petites sociétés qui ont moins d'expérience, sont moins sensibilisées aux problèmes et qui disposent de ressources plus limitées. Le problème est exacerbé là où les PME opèrent à l'international – c'est-à-dire les lieux mêmes où la corruption est la plus susceptible de se manifester et la moins susceptible d'être détectée. On pourrait penser que l'effet décrit précédemment de « dissuasion connexe » – à savoir le préjudice porté à l'entreprise du fait du lancement d'une enquête ou d'une inculpation liée au FCPA – serait plus important dans le cas de petites entreprises pour lesquelles une inculpation pourrait revenir à un arrêt de mort de l'entreprise. En réalité, cet effet est vraisemblablement largement compensé par la conjugaison de l'ignorance et des faibles chances que l'acte de corruption soit un jour découvert. De plus, toutes les PME n'ont pas nécessairement facilement accès à un avocat spécialisé extérieur à l'entreprise et elles n'ont généralement pas les ressources pour ce faire, et elles ne sont sans doute pas au fait de la procédure des avis du DOJ ou suffisamment informées pour pouvoir s'en servir.

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

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

pour formuler le problème et solliciter l'avis d'une source qualifiée : ces sociétés sont celles là mêmes qui peuvent facilement accéder aux grands cabinets juridiques spécialisés ayant une bonne expérience du FCPA.

Commentaire

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

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

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

En ce qui concerne les filiales étrangères, aux termes des dispositions du sous-chapitre F de l'Internal Revenue Code, les règles d'interdiction des reports d'imposition s'appliquent aux revenus concernés par cette partie du Code, qui couvre tous les pots-de-vin, bakchichs et autres paiements illégaux (dont la déduction est refusée aux termes des dispositions relatives aux paiements illégaux) effectués par ou pour le compte d'une société étrangère contrôlée à un agent public, salarié ou « agent de fait » d'une administration publique (Internal Revenue Code §952(a)(4)). En outre, les sommes versées à titre de pot-de-vin ne doivent pas venir en déduction des gains et bénéfices de toute société versant un pot-de-vin à l'étranger qui n'est pas déductible (comme les paiements qui seraient illégaux aux termes du Foreign Corrupt Practices Act s'ils sont

versés à une personne assujettie au droit américain). Conformément à l'article 941 IRC, « les revenus commerciaux étrangers éligibles » sont admis à un traitement fiscal favorable. Selon la réglementation applicable du Département du Trésor, les « revenus commerciaux étrangers éligibles » ne comprennent aucun pot-de-vin, bakchich ou autre paiement illégal au sens de l'article 162 (c) versé directement ou indirectement par ou pour le compte du contribuable à un agent public, salarié ou « agent de fait » d'une administration publique.

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

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

Un accord de fixation préalable de prix est un accord qui permet de déterminer préalablement la méthodologie à utiliser pour fixer les prix de transfert interentreprises dans des transactions entre parties liées. Il suppose des négociations entre le contribuable et une ou plusieurs administrations fiscales. Le contribuable doit soumettre des documents permettant d'étayer la méthodologie présentée à l'administration fiscale. Les inspecteurs intervenant généralement dans un dossier d'accord de fixation préalable connaissent ces questions et ont reçu une formation, même si elle n'a pas porté spécifiquement sur la question des pots-de-vin illégaux. Si l'équipe chargée des accords de fixation préalable au sein de l'IRS dispose d'informations qui indiquent qu'un pot-de-vin illégal (ou un quelconque délit) a pu intervenir, elle en réfère à la direction concernée. Les accords de fixation préalable ne traiteront pas un acte délictueux de la même façon que d'autres informations non factuelles reçues ; en d'autres termes, les renseignements concernant un acte délictueux sont communiqués en interne et un accord de fixation préalable n'est normalement pas censé protéger de l'utilisation de ces renseignements dans d'autres procédures.

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

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

Le rôle des mesures de prévention du blanchiment de capitaux

Le dispositif américain de prévention du blanchiment de capitaux, qui existe parallèlement au FCPA, apporte un autre complément à ce texte, au sens où, lui aussi, constitue un instrument supplémentaire servant tant la dissuasion que la détection de la

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

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

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

L'article 5322 du Titre 31 du Code fédéral, qui prévoit les sanctions pénales et civiles en matière d'obligations des institutions financières nationales de tenue de compte et de déclaration sur les « transactions au moyen d'instruments monétaires », introduit une autre mesure de protection dans le système de dissuasion et de détection. Cette disposition n'est cependant censée couvrir que les manquements volontaires à l'obligation de déclaration des opérations suspectes (*suspicious activity reports* – SARS)

ou des opérations en espèces. Même si les poursuites pénales ont été jusqu'ici peu nombreuses dans ce domaine, les examinateurs principaux ont été informés que certaines actions contre des institutions financières étaient en cours, les autorités étant de plus en plus conscientes qu'une augmentation des poursuites pénales dans ce domaine contribuerait au renforcement du dispositif de lutte contre le blanchiment. Il ne semble pas qu'il existe de données donnant des informations complètes sur le niveau des sanctions pour non-déclaration d'opérations suspectes. Toutefois, d'après ce que les examinateurs ont pu observer en matière de poursuites pour ce motif à l'encontre d'institutions financières, les sanctions pécuniaires imposées ne semblent pas en soi très dissuasives.

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

Commentaire

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

Les mécanismes de déclenchement des poursuites à l'encontre des infractions de corruption d'agents publics étrangers

1. Poursuites des actes de corruption d'agents publics étrangers

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

L'action de la SEC

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

Lors de la promulgation du FCPA en 1977, ses dispositions en matière de comptabilité et de tenue de registres ont été intégrées dans le Securities Exchange Act of 1934, et ces normes sont ainsi devenues partie intégrante du droit applicable à l'ensemble des émetteurs, qu'ils interviennent ou non dans de quelconques opérations transnationales ou qu'ils traitent ou non avec des agents publics étrangers qu'ils pourraient corrompre. En conséquence, la majorité des affaires concernant les normes de comptabilité et de tenue de registres du FCPA, telles qu'elles sont intégrées dans le Securities Exchange Act of 1934, ne présentent pas de composante de corruption transnationale. Elles concernent fréquemment divers autres mécanismes par lesquels des salariés ou dirigeants de sociétés commettent des fraudes comptables. Toutefois, après une dizaine d'années de hiatus durant lesquelles pratiquement aucune affaire intentée en application des dispositions du FCPA en matière de comptabilité et de tenue de registres n'a concerné la corruption, la SEC a engagé en relativement peu de temps des poursuites dans quatre affaires ayant une composante de corruption durant la période 2000-01.¹ Comme il n'y avait eu que sept affaires auparavant, nombre de spécialistes en matière de criminalité en col blanc ont déclaré durant la visite des examinateurs qu'ils s'attendent à ce que les pressions se poursuivent dans la mesure où les États-Unis cherchent à faire appliquer la Convention de l'OCDE à l'échelle internationale.

Comme on l'a vu, la SEC est habilitée, et elle a fait usage de cette prérogative à l'occasion, à engager des actions civiles à l'encontre d'une société au seul motif d'une infraction aux dispositions anti-corruption du FCPA. Ces affaires sont assez rares : la

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

SEC a édicté des injonctions (ou ordonnances de ne pas faire) aux termes de l'article 30A, à savoir les dispositions anti-corruption du Securities Exchange Act, à cinq occasions de 1977 à 2002.² Par exemple, dans l'affaire *Katy Industries* (1978), malgré la présence de certains éléments d'infraction aux dispositions comptables, l'accent a surtout été mis par la SEC sur les accusations à l'encontre de Katy d'avoir employé en lien avec un contrat de partage de production de pétrole un consultant qui était un proche d'un agent public du gouvernement indonésien, en sachant ou en ayant des raisons de savoir que les paiements effectués au consultant seraient rétrocédés à l'agent public.

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

Commentaire

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

L'action du DOJ

Depuis la promulgation du FCPA, le Département de la Justice n'a engagé qu'un nombre relativement limité de poursuites et lorsqu'il l'a fait, cela concernait généralement des accusations d'infractions aux articles 78dd-1 et 78dd-2 du FCPA (paiements de pots-de-vin par un émetteur ou une entreprise nationale) : environ 32 poursuites pénales et 7 actions au civil ont été engagées par le DOJ en application des dispositions anti-corruption du FCPA. Dans quelques cas seulement, le Département de la Justice a engagé des poursuites pour infractions aux dispositions comptables, en dehors de son rôle de poursuite des infractions aux dispositions du FCPA sur la corruption. Parmi les affaires ne concernant pas la corruption, on retiendra *United States v. Duquette* (D. Conn 1984), *United States v. Lewis* (S.D.N.Y. 1988), *United States v. UNC/Lear Services* (W.D. Ky. 2000) et *United States v. Daniel Rothrock* (W.D. Tex. 2001). Comme

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

seulement une trentaine de cas de corruption ont fait l'objet de poursuites en 25 ans d'application du FCPA, il est difficile de tirer des conclusions générales sur l'application de la loi. Il n'y a pas de statistiques ou autres informations disponibles qui permettraient de connaître le nombre d'allégations reçues, le nombre d'enquêtes commencées, terminées ou abandonnées ou qui permettraient d'éclairer les raisons qui ont conduit aux décisions de ne pas engager des poursuites.

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

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

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

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

Toutefois, ce tableau est un peu terni par l'existence d'une déclaration antérieure sur les priorités en matière de poursuite qui semble aller à l'encontre de la position affirmée par les procureurs actuels. En novembre 1979, peu après l'entrée en vigueur du FCPA, une déclaration publique a en effet été faite par l'Attorney General adjoint de l'époque,

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

La déclaration de M. Heymann sur les priorités des poursuites concernant le FCPA a été faite il y a plus de vingt ans, alors qu'il n'y avait guère eu de poursuites significatives dans ce domaine, et à une époque antérieure à la négociation et la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE. Toutefois, au moment où elle a été faite, elle était porteuse du poids de l'autorité et les membres du Barreau y font encore référence.³ Les examinateurs principaux notent qu'elle n'a jamais été formellement réfutée ni remplacée par une déclaration claire quant aux critères qui régissent désormais le choix des dossiers sur lesquels des poursuites sont engagées. Les représentants du DOJ ont indiqué à l'équipe d'examineurs que chaque accusation de corruption est évaluée avant tout en fonction de la qualité et de la quantité des preuves disponibles et de la probabilité d'une condamnation si l'affaire est portée devant les tribunaux ; ils ont en outre précisé que la seule raison pour les États-Unis de refuser de poursuivre est l'absence de preuves suffisantes ou disponibles. Une déclaration à cet effet destinée à un plus large public pourrait venir clarifier à point nommé ce qui constitue à l'heure actuelle la position du DOJ quant à ses priorités en matière d'exécution du FCPA.

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

Tant que l'équipe actuelle de procureurs consciencieux et expérimentés restera en place, les examinateurs principaux ont la conviction que le système d'exécution du FCPA administré par le Service des fraudes continuera de bien fonctionner. Mais en matière de

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

principe organisationnel et de responsabilité, il y a des risques inhérents à laisser s'instaurer une situation dans laquelle l'essentiel du capital intellectuel d'une unité chargée des poursuites – non seulement en termes de compétence, mais surtout en termes de mémoire institutionnelle à long terme – est le fait d'une petite équipe de spécialistes et n'est pas complété par des statistiques, des documents et des processus objectifs.

Commentaire

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

Coopération entre organismes officiels

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

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

D'autres formes de coopération entre le DOJ et la SEC se manifestent dans les relations avec les procureurs étrangers et les autorités étrangères auprès desquels le DOJ et la SEC doivent se rendre pour recueillir des preuves se trouvant en dehors du territoire des États-Unis. La SEC a mis au point des mécanismes lui permettant d'obtenir et de partager des renseignements avec les institutions pénales de certains pays. Dans d'autres en revanche, la SEC doit s'en remettre aux traités et accords d'entraide judiciaire qui existent entre le Département de la Justice et d'autres instances pénales étrangères ; dans

ces situations, le DOJ s'assure généralement la coopération des autorités étrangères, par exemple en obtenant leur accord pour communiquer à la SEC les renseignements recueillis au cours de l'enquête. La coordination peut aussi intervenir lors de l'engagement d'une action, comme cela a été le cas en 2001 pour l'affaire *American Banknote Holographics, Inc.*. Dans cette affaire, l'engagement par la SEC d'une action pour fraude financière qui allait de pair avec des allégations de corruption d'agents publics étrangers a été coordonné avec des accusations à caractère pénal portées par le Département de la Justice.

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

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

Commentaire

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

Mécanismes de collecte de preuves se trouvant à l'étranger

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

Bien que le DOJ et la SEC apparaissent familiers avec les pratiques d'octroi d'une entraide judiciaire aux termes de conventions existantes, d'accords formels d'échanges de renseignements dans le cadre de la SEC, de mémorandums d'accord et de contacts opérationnels à l'étranger, la principale difficulté pour enquêter et engager des poursuites sur des affaires de corruption d'agents publics étrangers a jusqu'ici résidé dans l'absence de coopération pour obtenir des preuves se trouvant en dehors des États-Unis. Dans certains cas, pour surmonter un manque apparent de réciprocité ou l'absence de convention d'entraide judiciaire, le Département de la Justice a élaboré des « accords dits Lockheed » ou des accords mutuels d'entraide judiciaire, qui se négocient au cas par cas. Néanmoins, même si certains pays, comme le Niger ou la Syrie, ont autorisé l'audition de témoins ou l'extradition d'accusés, d'autres, invoquant l'absence de réciprocité, n'ont pas fourni de preuves à fin de poursuites au titre du FCPA. Les États-Unis ont également rencontré des problèmes de double qualification pénale lorsqu'ils ont voulu obtenir des preuves auprès d'institutions financières étrangères. Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. General Electric Company* (Cr. No. 1-92-87, S.D. Ohio 1992), le gouvernement suisse, qui n'avait pas encore adopté de loi sur la corruption d'agents publics étrangers, avait dans un premier temps décliné la demande des autorités américaines en invoquant l'absence de double qualification pénale. Les États-Unis avaient alors revu leur demande et leurs motifs de poursuites pour mettre cette fois-ci l'accent sur une fraude connexe vis-à-vis du gouvernement américain concernant la non-divulgence de « commissions » payées par la société ; le gouvernement suisse avait alors pu fournir les éléments de preuve en vue de leur utilisation pour des poursuites à l'encontre de cette infraction. Depuis la signature et la ratification ultérieure de la Convention de l'OCDE, la question de la réciprocité pose moins de problème, même si elle intervient à l'évidence lorsqu'il s'agit d'obtenir des preuves auprès de pays qui ne sont pas Parties à la Convention.

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

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

Délai de prescription

Les dispositions anti-corruption du FCPA ne prévoient pas de délai de prescription spécifique pour les poursuites au pénal. En conséquence, le délai de prescription général de cinq ans en vigueur au niveau fédéral que prévoit l'article 18 U.S.C para. 3282 s'applique pour la mise en accusation. Ce délai peut être prolongé de trois ans à la demande d'un procureur et si un tribunal conclut que ce délai supplémentaire est nécessaire pour la collecte de preuves à l'étranger. Toutefois, le délai n'est pas interrompu par un quelconque acte d'enquête préalable à la mise en accusation.

Pour répondre aux préoccupations exprimées quant à la brièveté du délai de prescription prévu par le droit fédéral des États-Unis en comparaison à celui qui s'applique dans certaines autres Parties à la Convention, les procureurs du DOJ ont informé les examinateurs principaux que, dans les affaires pour lesquelles des preuves se trouvant à l'étranger seront probablement nécessaires pour étayer une mise en accusation aux termes du FCPA, la pratique consiste d'emblée à déposer automatiquement une requête en prolongation de trois ans du délai de prescription dès le début de l'enquête. Cette prolongation est invariablement accordée, car la décision n'est pas laissée à la

discrétion de l'autorité compétente. En effet, lorsqu'il statue sur une demande de prolongation ou de suspension du délai de prescription, un tribunal ne doit pas se prononcer sur l'importance de la preuve pour l'affaire faisant l'objet de poursuites. Les textes n'imposent que la constatation par le tribunal de deux éléments : que le ministère public a déposé une requête officielle et qu'il apparaît que la preuve se trouve, ou se trouvait à l'étranger. Les textes ne donnent aucune indication sur la question de savoir si le tribunal doit s'assurer que la preuve est significative, substantielle, ou importante.

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

Commentaire

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

Éléments de l'infraction

Comme on l'a vu, il n'y a que quelques affaires portées devant les tribunaux – civils ou criminels – qui permettent de tester les limites du champ d'application du FCPA ou qui règlent des questions telles que celles concernant la relation entre un « avantage indu » et « l'obtention ou la conservation d'un marché », le traitement des paiements à des tiers bénéficiaires, l'exercice de la compétence juridictionnelle fondée sur la nationalité, le critère du rattachement au commerce inter-États, ou la portée de la définition d'un « agent public étranger ». Nombre de ces questions ont été étudiées lors de l'examen de la Phase 1, mais elles continuent de donner lieu à des incertitudes parce que leur portée n'a pas encore été testée à l'occasion de décisions de justice, à l'exception de la disposition du FCPA concernant « l'obtention ou la conservation d'un marché ».

« *Obtenir ou conserver un marché* »

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

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

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

Le risque que la formulation du FCPA s'avère ambiguë et qu'elle puisse être interprétée dans un sens aboutissant à restreindre le champ de l'infraction par rapport à ce qu'envisage la Convention, a été évoqué lors de l'examen de la Phase 1 et a été confirmé

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

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

Rattachement au commerce inter-États

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

De l'avis des autorités américaines, il n'y a pas de véritable difficulté pour respecter la condition du « rattachement au commerce inter-États » : il peut suffire d'un simple instrument (lettre, télécopie, communication téléphonique, télex ou billet d'avion) ayant contribué à la réalisation d'un paiement interdit. Dans l'affaire *Sam P. Wallace Co.* (D.P.R. 1983), par exemple, l'envoi par la poste de chèques a été qualifié « d'utilisation de moyens et d'instruments de commerce inter-États, en l'occurrence de procédures de traitement entre États et avec une banque étrangère ». Dans l'affaire *United States v. Harry G Carpenter* (Information Criminelle No. 85-353 1985), un télex international de la Western Union a été qualifié d'utilisation d'un moyen ou d'un instrument de commerce inter-États aux fins du FCPA. Dans l'affaire *United States v. Reitz* (W.D. Mo, 2001), le réquisitoire a affirmé que pour commettre l'acte de corruption, l'accusé et d'autres

conspirateurs ont communiqué par messages électroniques et télécopies et ont procédé à de nombreuses conversations téléphoniques. Les examinateurs principaux ont été informés par les autorités américaines que dans toutes ces affaires, qui ont été réglées par un accord entre défense et accusation sur le plaidoyer, le gouvernement a été appelé à établir la preuve du « rattachement au commerce inter-États » avant que le tribunal n'accepte cet accord et ne prenne un jugement de condamnation. Pour les affaires qui ont donné lieu à un procès, le gouvernement a aussi prouvé l'existence d'un « rattachement au commerce inter-États ». Par exemple, dans l'affaire *U.S. v. Mead* (D.N.J. 1998), « le rattachement au commerce inter-États » a été prouvé par l'utilisation de messages électroniques et des voyages internationaux.

Il y a cependant eu au moins un cas dans lequel le parquet n'est pas parvenu à établir le « rattachement au commerce inter-États ». Dans l'affaire *SEC v. Montedison* (D.D.C. 1996), la SEC n'a pas motivé son action contre la société pour une infraction aux dispositions anti-corruption du FCPA, puisque « la plainte n'a pas accusé Montedison d'avoir utilisé les messages électroniques ni aucun moyen ou instrument de commerce inter-États en vue de corrompre un agent public étranger » aux termes du FCPA.⁴ La SEC a en fait intenté une action civile en injonction accusant Montedison, société italienne cotée à la Bourse de New York, d'avoir commis une fraude financière en falsifiant des documents pour dissimuler des pots-de-vin d'un montant total de près de 400 millions de dollars EU. Il semblerait aussi que dans au moins deux cas, hypothétiques, la condition du « rattachement au commerce inter-États » ne puisse pas être satisfaite, comme l'ont reconnu des procureurs affectés au DOJ et à la SEC : quand un message électronique n'a été transmis que longtemps après le versement du pot-de-vin, même s'il évoque l'acte de corruption désormais réalisé, et lorsqu'un coursier privé est utilisé, s'il ne franchit pas les limites de l'État et ne peut pas être considéré comme un « instrument de commerce inter-États ». De l'avis des États-Unis cependant, même dans ces cas, il est fort peu probable qu'un agent public étranger puisse être corrompu sans recourir à un quelconque autre instrument du commerce inter-États.

Paievements à des tiers bénéficiaires

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

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

Définition de « l'agent public étranger »

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

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

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

Compétence fondée sur la nationalité

Le FCPA établit la compétence juridictionnelle fondée sur la nationalité au regard des « émetteurs » ainsi que de « toute personne assujettie au droit des États-Unis » conformément aux dispositions intitulées « alternative jurisdiction » (compétence alternative). Les autorités américaines estiment que le FCPA couvre aussi les actes

commis par un agent américain pour le compte d'une entreprise nationale, à savoir un non-émetteur, ainsi que les actes d'une personne assujettie au droit des États-Unis agissant à l'étranger pour le compte d'une société étrangère. En l'état actuel des choses, il n'est pas clair si, dans la pratique, la compétence fondée sur la nationalité établie par les amendements de 1998 au FCPA sera interprétée de façon à couvrir les deux situations, dans la mesure où les États-Unis n'ont pas encore engagé de poursuites dans de telles conditions.

Absence de sanctions

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

Utilisation d'autres textes

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

Commentaire

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

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

Interprétation des exceptions et moyens de défense

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

L'exception des paiements de facilitation

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

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

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

Commentaire

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

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

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

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

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

de frais promotionnels de bonne foi, tend uniquement à montrer que le DOJ permettrait de telles dépenses lorsque leur niveau est raisonnable et que les paiements sont assortis de pièces justificatives et sont soumis à un contrôle.

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

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

Commentaire

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

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

Le FCPA considère qu'il y a un moyen de défense affirmative dès lors que le paiement, le don ou l'offre de paiement était « légal aux termes des textes législatifs et réglementaires du pays de l'agent public étranger ». Ce moyen de défense apparemment large laisse ouverte la question de ce qui est « légal » aux termes du droit écrit d'un pays. Ce moyen de défense a été introduit dans le FCPA lorsqu'il a été amendé en 1988, dans l'intention de « codifier » la pratique antérieure du DOJ comme le montre une série de Comptes rendus d'examen adressés aux sociétés qui avaient posé la question dans le cadre de la procédure d'examen alors en vigueur. L'étude de plusieurs de ces comptes rendus datant des années 80 montre que la formulation la plus fréquemment utilisée par le DOJ pour expliquer sa décision de ne pas intervenir était que la conduite visée « ne contrevenait pas » au droit local ou « n'était pas en infraction » avec lui. Cela ne

contribue guère à lever l'ambiguïté. Le Département d'État n'est pas non plus en mesure de donner des indications spécifiques. Sa brochure, « Fighting Global Corruption – Business Risk Management » [Combattre la corruption dans le monde – la gestion des risques commerciaux], élaborée en consultation avec les autres administrations compétentes, affirme en page 28 de l'édition actuelle, que « la question de savoir si un paiement est légal aux termes du droit écrit d'un pays étranger peut s'avérer difficile à trancher. Il vaut mieux solliciter l'avis d'un avocat ou utiliser la procédure d'avis du Département de la Justice sur l'application du Foreign Corrupt Practices Act lorsque vous êtes confrontés à un problème de légalité de tels paiements. »

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

2. Poursuites à l'encontre du blanchiment de capitaux

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

Il semble qu'il n'y ait, actuellement, que quelques affaires en cours de blanchiment en relation avec des actes de corruption d'agents publics étrangers, même si de toute évidence les aspects relatifs au blanchiment de capitaux ou à la confiscation dans les affaires de corruption d'agents publics étrangers feraient l'objet de poursuites dans le cas où il serait estimé que des actifs sont disponibles. Les États-Unis sont dotés d'un système de confiscation du produit délictueux de nombreuses infractions qui comporte des procédures de confiscation pénale, civile et administrative. En 2000, le produit d'infractions principales de blanchiment de capitaux, y compris au titre du FCPA, est devenu directement confiscable, alors qu'il fallait auparavant démontrer la présence d'une opération distincte de blanchiment de capitaux. En outre, en 2001, les infractions de corruption d'agents publics étrangers sont devenues des infractions principales de blanchiment de capitaux de sorte que le produit de telles infractions est devenu directement confiscable. Conformément aux principes constitutionnels américains, la confiscation du produit n'est normalement possible qu'à raison d'infractions commises après l'entrée en vigueur de la législation sur la confiscation. Toutefois, dans certains cas précis, les tribunaux des États-Unis ont appliqué la confiscation de façon rétroactive à des actes commis avant la date de promulgation de la loi lorsque le prévenu n'avait aucun

droit légitime sur le bien. Au moment de la mission sur place, les examinateurs n'ont pas été avisés d'une quelconque procédure de saisie qui aurait pu être entreprise dans une affaire de corruption d'agents publics étrangers en vue de la confiscation éventuelle d'actifs. Les examinateurs ont reçu l'assurance que cela s'expliquait par l'absence d'actifs disponibles dans ces affaires et non par le manque de volonté d'appliquer les dispositions en matière de saisie. Depuis lors, les États-Unis ont obtenu une ordonnance de confiscation de près de 16 millions de dollars EU sur les actifs bloqués de Victor Alberto Venero, un associé de Vladimiro Montesinos.

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

Recommandations

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

Recommandations

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Le Groupe de travail recommande aux États-Unis :

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

Suivi par le Groupe de travail

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

- 15) si des amendements au FCPA sont nécessaires pour compléter ou clarifier le langage existant définissant les infractions de corruption d'agents publics étrangers, s'agissant (i) des affaires dans lesquelles un avantage est octroyé à un tiers par un agent public étranger et (ii) de la portée de la définition de la notion d' « agent public étranger », en particulier en ce qui concerne les personnes détenant un mandat judiciaire ainsi que les administrateurs, dirigeants et salariés des entreprises contrôlées par l'État (Convention, Article 1 ; Évaluation de la Phase 1, paragraphe 1.2)
- 16) si la base actuelle de la compétence fondée sur la nationalité, telle qu'elle a été établie par les amendements de 1998 au FCPA, est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers. (Convention, Article 4)

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

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

*ANNEXE*¹

**Affaires relatives à la corruption d'agents publics étrangers
aux termes du Foreign Corrupt Practices Act de 1977
(1977-2002)**

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

Section 1 : Poursuites pénales pour Corruption d'agent public étranger en application du FCPA

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

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

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

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

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | | | Mise en accusation de personnes physiques | | | | | | |
|----|--------------|--|--|-----------------------------|---------------------------|---|--|--|--|-----------------------------|-------------------------|-------------------------------------|--------------------------|--|
| | | | Amendes | Restitution ou confiscation | Mise à l'épreuve (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Restitution ou confiscation | Emprisonnement (années) | Mise à l'épreuve et sursis (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation |
| 14 | 1990 1991 | U.S. v. Morton; U.S. v. Blondek et al.; U.S. v. Eagle Bus.; U.S. v. Castle et al. | - | - | - | recours civil : injonction permanente à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA | voir personnes physiques | Agent canadien du vendeur | - | - | - | 3 | - | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte) |
| | | | | | | | | 2 cadres canadiens : abandon (le FCPA ne s'applique pas aux fonctionnaires étrangers) | | | | | | |
| | | | | | | | | 2 cadres de la société, acquittés lors du procès | | | | | | |
| 15 | 1990 | U.S. v. F.G. Mason Eng'g Inc. et Francis G. Mason | \$75 000 (de façon conjointe avec la personne physique) | \$160 000 (R) | - | Accord de coopération | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte) | Président, unique actionnaire | \$75 000 (de façon conjointe avec la société.) | - | - | 5 | Accord de coopération | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte) |
| 16 | 1990 | U.S. v. Harris Corp. | acquitté | | | | Complot en vue de falsifier des livres et registres, complicité | Vice-président DRH | acquitté acquitté | | | | | Complot, faux en écritures comptables, complicité Idem |
| 17 | 1994 | U.S. v. Steindler et al. | GE: \$69 000 (amendes pénales et civiles) | - | - | - | Revendication fallacieuse (objet des amendes) | Directeurs des ventes internationales de GE | - | \$1,741,453 (C) | 7 | - | - | Complot, utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses, |

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | | | Mise en accusation de personnes physiques | | | | | | | | |
|----|--------------|--|--|-----------------------------|---------------------------|--|---|---|-----------------------|-----------------------------|-------------------------|-------------------------------------|------------------|---------------------------|--|---|
| | | | Amendes | Restitution ou confiscation | Mise à l'épreuve (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Restitution ou confiscation | Emprisonnement (années) | Mise à l'épreuve et sursis (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | | |
| | | | | | | | | | | | | | | | | blanchiment (chefs d'accusation visés par l'acte) |
| | | | National Airmotive Corp. : \$1.25 mio. (amendes pénales), \$1.75 (amendes civiles) | | | | | Accusations connexes (objet des amendes) | Agent public étranger | en fuite | | | | | | Complot de détournement de fonds publics ; utilisation du système postal à des fins frauduleuses ; utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses ; blanchiment |
| 18 | 1993 1994 | U.S. v. Vitusa Corp.; U.S. v. Herzberg | \$20 000 | - | - | Accord de coopération | - | | Intermédiaire | en fuite | - | | | | | Idem |
| 19 | 1994 | U.S. v. Lockheed Corp.; U.S. v. Love; U.S. v. Nassar | \$21.8 mio. (peine d'amende de substitution) | - | - | Accord de coopération, \$3 mio. à titre de responsabilité civile | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte), | Vice-président régional Lockheed Int'l | - | - | 1.5 | | | | | - |

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | | | Mise en accusation de personnes physiques | | | | | | | | | | | | |
|----|------|--|---|-----------------------------|---------------------------|--|---|---|--|-----------------------------|-------------------------|-------------------------------------|------------------|---------------------------|--|--|---------|--|--|--|
| | | | Amendes | Restitution ou confiscation | Mise à l'épreuve (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Restitution ou confiscation | Emprisonnement (années) | Mise à l'épreuve et sursis (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | | | | | | |
| | | | | | | | | | | | | | | | | | | | | |
| 20 | 1998 | U.S. v. Saybolt North America Inc.; U.S. Saybolt Inc.; U.S. v. David H. Mead; U.S. v. Frenk Plumbers | \$1.5mio. | - | 5 chacun | \$800 de dommages-intérêts, programme de vigilance et accord de coopération avec le DoJ etc. | complot de fraude aux programmes de financement de la coopération militaire du gouvernement des États-Unis | Président, Directeur général, Directeur général adjoint | \$20 000 | - | 0.33 | 3 | - | - | 4 mois de détention à domicile | Complot en vue de violer le FCPA, utilisation de facilités de commerce extérieur en vue de favoriser un racket, complicité | parjure | | | |
| 21 | 1998 | U.S. v. Herbert Tannebaum | pas de société en accusation | | | | de falsifier des déclarations et des résultats de tests au titre du Clean Air Act, complot en vue de violer le FCPA, utilisation de réseaux de transmission à des fins frauduleuses | Président du CA | en fuite, demande d'extradition refusée, décision en appel | 1 | - | - | - | - | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte) | | | | | |

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | | | Mise en accusation de personnes physiques | | | | | | |
|----|------|--|---|-----------------------------|---------------------------|------------------|----------------------------------|---|---------------------------|-----------------------------|---|-------------------------------------|--|--|
| | | | Amendes | Restitution ou confiscation | Mise à l'épreuve (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Restitution ou confiscation | Emprisonnement (années) | Mise à l'épreuve et sursis (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation |
| 22 | 1998 | U.S. v. Control Systems Specialist Inc.; U.S. v. Darrold Richard Crites | \$1,500 | | 1 | | | Président | \$50 (transaction pénale) | Restitution intégrale | non précisée, commuée en mise à l'épreuve | 3 | \$100 pour corruption d'agent public américain, 150 heures de travaux d'intérêt général, Accord de coopération avec le DOJ | Complot en vue de violer le FCPA, corruption d'agent public des États-Unis. |
| 23 | 1999 | U.S. v. Int'l Material Solutions Corp. et Donald K. Qualey | \$1 000 | - | 1 | - | Complot en vue de violer le FCPA | Président | \$5 000 | - | - | 3 | 4 mois d'assignation à résidence, 150 heures de travaux d'intérêt général | Complot en vue de violer le FCPA |
| 24 | 2001 | U.S. v. Cantor | pas de société en accusation | | | | | Ancien Directeur général adjoint, GM, Président et Directeur ultérieurs | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | en cours d'examen |
| 25 | 2001 | U.S. v. Daniel Ray Rothrock | pas de société en accusation | | | | | Vice-président | - | - | - | 1 | \$100 de dommages-intérêts | - |
| 26 | 2001 | U.S. v. R. K. Halford; U.S. v. A.F. Reitz; U.S. v. R.R. King; U.S. v. P.B. Hernandez | Pas de société en accusation | | | | | Actionnaire, Directeur financier | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | En cours d'examen | Complot en vue de violer le FCPA (chef d'accusation visé par l'acte), fraude fiscale |

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | | | Mise en accusation de personnes physiques | | | | | | | | | |
|----|------|------------------|---|-----------------------------|---------------------------|------------------|---------------------------|---|---------|-----------------------------|-------------------------|-------------------------------------|------------------|---------------------------|--|--|-------------------|
| | | | Amendes | Restitution ou confiscation | Mise à l'épreuve (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Restitution ou confiscation | Emprisonnement (années) | Mise à l'épreuve et sursis (années) | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | | | |
| 28 | 2002 | U.S. v. Sengupta | | | | | | | | | | en cours d'examen | | | | | en cours d'examen |

Section 2 : Actions au civil pour corruption d'agent public étranger intentées par le Département de la Justice en application du fcpa

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

Section 3 : Actions de la SEC concernant la corruption d'agent public étranger

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

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | Mise en accusation de personnes physiques | | |
|----|------|---|---|---|---|---|----------------------------|--|
| | | | Amendes | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Sanctions |
| 7 | 1996 | SEC. v. Montedison, S.P.A. | na | na | Fraude financière, violation des articles du Securities Exchange Act de 1934 sur la communication des sociétés, les livres et registres et les contrôles internes | néant | | |
| 8 | 1997 | SEC. v. Triton Energy Corp. | \$300 000 de sanction | Injonction à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA | - | Ancien cadre dirigeant | \$50 000 de sanction | Injonction à l'encontre de toute nouvelle infraction au FCPA |
| 9 | 2000 | SEC. v. IBM Corporation | \$300 000 d'amende civile | Ordonnance de ne pas faire concernant la disposition relative aux livres et registres | | Ancien cadre dirigeant | Information non disponible | Information non disponible |
| 10 | 2001 | SEC v. Weissman, Cantor, Gorman et Gentile; SEC v. Weissman, Cantor, Gorman et Gentile; SEC v. American Bank Note Holographics Inc. | \$75 000 de sanction civile | Ordonnance requérant la société de s'abstenir de commettre ou de susciter une quelconque violation, immédiate ou future, du FCPA et d'autres mesures de contrôle des comptes aux termes des procédures de la SEC ; injonction permanente de s'abstenir de violer les dispositions de la législation fédérale sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres et de contrôle interne. | | 4 anciens dirigeants | - | Ordonnance de ne pas faire les enjoignant à s'abstenir de provoquer de nouvelles infractions |
| | | | | | | néant | | |
| | | | | | | "certains cadres non impliqués directement" | - | actions civiles, ordonnance permanente de s'abstenir de violer les dispositions de la législation sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres, de contrôle interne et de mensonge aux vérificateurs des comptes et injonctions leur interdisant provisoirement de comparaître ou d'exercer devant la Commission en tant que comptables. |

| # | Date | Affaire | Mise en accusation de personnes morales | | | Mise en accusation de personnes physiques | | |
|----|------|---|---|---|---------------------------|---|------------------------------------|--|
| | | | Amendes | Autres sanctions | Autres chefs d'accusation | Fonction | Amendes | Sanctions |
| 11 | 2001 | SEC v. KPMG-SSH; SEC v. Eric L. Mattson et James W. Harris | - | Injonction permanente à l'encontre des violations et de la complicité de violation des dispositions anti-corrruption du FCPA et des dispositions sur les livres et registres de l'Exchange Act ; Ordonnance de ne pas faire concernant les dispositions sur les contrôles internes et les livres et registres de l'Exchange Act | | 2 cadres dirigeants | \$20 000 de sanction civile chacun | Ordonnance et injonction permanentes de s'abstenir de violer et de se rendre complice de violations dispositions de la législation sur les valeurs mobilières en matière de lutte contre les fraudes, de communication financière périodique, de tenue de registres, de contrôle interne et de mensonge aux vérificateurs des comptes. |
| 12 | 2001 | SEC v. Chiquita Brands Int'l, Inc. | \$100 000 de sanction civile | Ordonnance de ne pas faire à l'encontre des violations des dispositions du FCPA relatives aux livres et registres et aux contrôles internes | | néant | | |
| 13 | 2002 | SEC v. BellSouth Corporation | néant | Ordonnance de ne pas faire à l'encontre des violations des dispositions du FCPA relatives aux livres et registres et aux contrôles internes | | néant | | |

APPENDICE 1

Evaluation des Etats-Unis par le Groupe de travail de l'OCDE
(avril 1999)

Cadre juridique

Evaluation des Etats-Unis¹

Remarques générales

Le Groupe de travail remercie les autorités américaines pour les réponses complètes et précises qu'elles lui ont fournies et qui ont grandement contribué à l'évaluation. La loi américaine applicable, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA), tel que modifié, a été adoptée en 1977. Il faut saluer cette initiative importante des Etats-Unis et sa contribution à la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. De même, les Etats-Unis ont-ils rapidement mis en œuvre la Convention, en modifiant le FCPA, ces modifications étant entrées en vigueur le 10 novembre 1998. Sur un plan général, le FCPA applique de façon détaillée et complète les normes fixées dans la Convention. Cette loi est bien articulée et répond à des impératifs pratiques du point de vue de sa portée et de son applicabilité. Le Groupe de travail a noté quelques points méritant d'être clarifiés. Certaines des questions recensées peuvent être le résultat de spécificités de la rédaction législative aux Etats-Unis. Le Groupe de travail recommande que les points et problèmes recensés fassent l'objet d'un examen plus approfondi durant la phase 2 de la procédure d'évaluation.

Questions spécifiques

1. L'infraction de corruption d'un agent public étranger

1.1 Rattachement au commerce inter-Etats

A la suite de la modification de 1998, les sanctions pénales au titre du FCPA visent un cercle de personnes beaucoup plus large qu'auparavant. Toutefois, du point de vue d'un élément de l'infraction, le cercle est plus large lorsque l'infraction se produit en dehors du territoire des Etats-Unis et lorsqu'elle est commise par une personne ou une entreprise étrangère sur le territoire des Etats-Unis (utilisation de moyens ou instruments inter-Etats pour les entreprises et ressortissants des Etats-Unis alors qu'ils se trouvent aux Etats-Unis ; en revanche tout acte commis aux Etats-Unis dans le cas des entreprises et ressortissants étrangers). Les autorités américaines ont expliqué que la différence de traitement tient aux prérogatives législatives limitées accordées à l'Etat fédéral en vertu de la Constitution. En conséquence, la principale base juridique pour la plupart des lois pénales est la disposition concernant le commerce fédéral inter-Etats (c'est-à-dire le pouvoir de « réglementer le commerce avec les nations étrangères et entre les Etats »). Cette condition de rattachement au commerce inter-Etats est remplie dans le cas des personnes physiques ou morales qui ne sont pas ressortissantes des Etats-Unis lorsqu'elles entrent aux Etats-Unis pour accomplir un acte en exécution d'une opération de corruption à l'étranger, parce qu'elles agissent nécessairement dans le cadre du commerce international. Les autorités des Etats-Unis ne considèrent pas qu'il en résultera une application inégale de la loi, car le rattachement au commerce inter-Etats est interprété largement. Le Groupe de travail fait néanmoins observer que la condition de rattachement au commerce inter-Etats peut créer un problème de preuve en cas d'offre d'un pot-de-vin en personne.

1. Cette évaluation a été complétée par le Groupe de travail sur la corruption en avril 1999.

1.2 *A un agent public étranger, pour cet agent ou pour un tiers*

Le FCPA interdit le paiement de « toute chose de valeur » à un agent public étranger. Les États-Unis ont fait savoir que cette expression visait tout avantage matériel et immatériel. La possibilité de désigner un tiers comme bénéficiaire de l'avantage, fût-il immatériel, est également considérée comme un avantage pour l'agent public étranger et suffit pour que s'applique le FCPA. Le Groupe de travail voit néanmoins un problème dans le fait que le FCPA ne précise pas qu'un paiement à un tiers sur instruction de l'agent public étranger est interdit et il souhaiterait réexaminer cette question lors de la phase 2 de la procédure d'évaluation.

1.3 *Moyen de défense affirmatif et acte de routine de l'autorité publique*

En vertu des articles 78dd-1(c), 78dd-2(c) et 78dd-3(c), le défendeur peut invoquer une exception (moyen de défense dit « affirmatif ») en faisant valoir que le paiement était « une dépense raisonnable et de bonne foi, notamment pour des frais de voyage et d'hébergement », exposée par l'agent public étranger ou pour son compte et « directement liée » à « la promotion, la démonstration ou la présentation de produits ou services » ou à « la conclusion ou l'exécution d'un contrat avec une autorité publique étrangère ou l'un de ces organismes ». Cette disposition n'a pas d'équivalent dans la Convention. Le Groupe de travail a exprimé des doutes quant à l'efficacité et à la nécessité d'une telle disposition.

Selon les commentaires de la Convention, les petits paiements dits « de facilitation » ne constituent pas des paiements « en vue d'obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu ». La disposition du FCPA concernant les « actes de routine de l'autorité publique » contient une liste d'exceptions de ce type, subordonnées à la condition que le paiement ne soit pas effectué pour obtenir ou conserver un marché. Le Groupe de travail craint néanmoins que la liste des paiements ne soit pas suffisamment précise, notamment en ce qui concerne le montant ainsi que la nature discrétionnaire et la légalité de l'acte en contrepartie, et que cela puisse en conséquence donner lieu à des abus.

Les autorités américaines considèrent que ces dispositions sont conformes à la Convention, parce que dans les deux cas on interdit un paiement recherchant un « quid pro quo ».

1.4 *Obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu*

La Convention interdit la corruption d'agents publics étrangers non seulement pour « obtenir ou conserver un marché », mais aussi pour procurer « un autre avantage indu ». Dans le FCPA, le libellé concernant l'avantage indu précède celui qui concerne l'obtention ou la conservation d'un marché. Les autorités américaines ont expliqué que la raison d'être de cette formulation était d'éviter tout ce qui pourrait, du fait des dispositions modificatives, restreindre la large interprétation qui était donnée antérieurement de l'infraction. Avant la modification du FCPA, les États-Unis avaient interprété les trois éléments préexistants du FCPA en ce qu'ils couvraient les paiements destinés à « obtenir tout avantage indu ». S'il est vrai que l'adjonction de ces termes dans la loi clarifie et renforce effectivement cette interprétation, le Groupe de travail considère qu'on ne peut écarter l'éventualité de problèmes pour la poursuite des infractions dus à la formulation retenue.

2. Sanctions

En vertu de la Convention, les parties doivent instaurer des « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives » comparables à celles applicables à la corruption des agents publics de la partie en question. Bien que le FCPA prévoit des sanctions pénales assez lourdes et des sanctions civiles et administratives supplémentaires, le Groupe de travail note la différence entre la peine maximale d'emprisonnement en cas de corruption d'agents publics nationaux (15 ans) et la peine maximale d'emprisonnement applicable en cas de corruption d'agents publics étrangers (5 ans). Le Groupe de travail fait observer que, bien que les dispositions en vigueur aux Etats-Unis en matière d'amendes pénales soient pleinement conformes à l'article 3.3 de la Convention, le FCPA ne prévoit pas expressément la saisie et la confiscation du produit de la corruption d'agents publics étrangers (les Etats-Unis peuvent néanmoins, à l'heure actuelle, saisir et confisquer l'instrument même de la corruption). Cela peut avoir des conséquences pour les demandes d'entraide judiciaire. Le Groupe de travail convient qu'il s'agit d'une question générale nécessitant une analyse comparative de la situation juridique dans les pays Membres et qu'il faudrait donc réexaminer ultérieurement cette question.

3. Prescription

En cas d'infraction pénale au FCPA, la prescription est de cinq ans à compter de la date à laquelle a été commise l'infraction potentielle. Ce délai peut être prorogé de trois ans, sur demande d'un procureur et décision d'un tribunal constatant qu'un délai supplémentaire est nécessaire pour réunir des éléments de preuve localisés à l'étranger. L'article 6 de la Convention exige un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites. Le Groupe de travail convient qu'il s'agit d'une question générale appelant une analyse comparative de la situation juridique dans les pays Membres et qu'il y a donc lieu de réexaminer cette question ultérieurement.

4. Règles comptables

Le Groupe de travail note que les dispositions du FCPA concernant la comptabilité et les contrôles internes ne s'appliquent qu'aux sociétés faisant publiquement appel à l'épargne.

APPENDICE 2

Extraits des lois d'application les plus pertinentes

- A. Foreign corrupt practices act anti-bribery provisions**
- B. Anti-bribery and books and records provisions
of the *Foreign Corrupt Practices Act***

A. FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT ANTI-BRIBERY PROVISIONS

United States Department of Justice
Fraud Section, Criminal Division
10th and Constitution Avenue, NW
Bond Building
Washington, D.C. 20530
Phone: (202) 514-7023 fax: (202) 514-7021
Internet: www.usdoj.gov/criminal/fraud/fcpa/fcpa.html
Email: FCPA.fraud@usdoj.gov

United States Department of Commerce
Office of the Chief Counsel for International Commerce
14th Street and Constitution Avenue, NW
Room 5882
Washington, D.C. 20230
Phone: (202) 482-0937
Fax: (202) 482-4076
Internet: www.ita.doc.gov/legal

Introduction

The 1988 Trade Act directed the Attorney General to provide guidance concerning the Department of Justice's enforcement policy with respect to the Foreign Corrupt Practices Act of 1977 ("FCPA"), 15 USC §§ 78dd-1, *et seq.*, to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues related to the FCPA. The guidance is limited to responses to requests under the Department of Justice's Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure (described below at p. 10) and to general explanations of compliance responsibilities and potential liabilities under the FCPA. This brochure constitutes the Department of Justice's general explanation of the FCPA.

US firms seeking to do business in foreign markets must be familiar with the FCPA. In general, the FCPA prohibits corrupt payments to foreign officials for the purpose of obtaining or keeping business. The Department of Justice is the chief enforcement agency, with a coordinate role played by the Securities and Exchange Commission (SEC). The Office of General Counsel of the Department of Commerce also answers general questions from US exporters concerning the FCPA's basic requirements and constraints.

This brochure is intended to provide a general description of the FCPA and is not intended to substitute for the advice of private counsel on specific issues related to the

FCPA. Moreover, material in this brochure is not intended to set forth the present enforcement intentions of the Department of Justice or the SEC with respect to particular fact situations.

Background

As a result of SEC investigations in the mid-1970's, over 400 US companies admitted making questionable or illegal payments in excess of \$300 million to foreign government officials, politicians, and political parties. The abuses ran the gamut from bribery of high foreign officials to secure some type of favorable action by a foreign government to so-called facilitating payments that allegedly were made to ensure that government functionaries discharged certain ministerial or clerical duties. Congress enacted the FCPA to bring a halt to the bribery of foreign officials and to restore public confidence in the integrity of the American business system.

The FCPA was intended to have and has had an enormous impact on the way American firms do business. Several firms that paid bribes to foreign officials have been the subject of criminal and civil enforcement actions, resulting in large fines and suspension and debarment from federal procurement contracting, and their employees and officers have gone to jail. To avoid such consequences, many firms have implemented detailed compliance programs intended to prevent and to detect any improper payments by employees and agents.

Following the passage of the FCPA, the Congress became concerned that American companies were operating at a disadvantage compared to foreign companies who routinely paid bribes and, in some countries, were permitted to deduct the cost of such bribes as business expenses on their taxes. Accordingly, in 1988, the Congress directed the Executive Branch to commence negotiations in the Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) to obtain the agreement of the United States' major trading partners to enact legislation similar to the FCPA. In 1997, almost ten years later, the United States and thirty-three other countries signed the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions. The United States ratified this Convention and enacted implementing legislation in 1998. See Convention and Commentaries on the DOJ web site.

The anti-bribery provisions of the FCPA make it unlawful for a US person, and certain foreign issuers of securities, to make a corrupt payment to a foreign official for the purpose of obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person. Since 1998, they also apply to foreign firms and persons who take any act in furtherance of such a corrupt payment while in the United States.

The FCPA also requires companies whose securities are listed in the United States to meet its accounting provisions. See 15 USC. § 78m. These accounting provisions, which were designed to operate in tandem with the anti-bribery provisions of the FCPA, require corporations covered by the provisions to make and keep books and records that accurately and fairly reflect the transactions of the corporation and to devise and maintain an adequate system of internal accounting controls. This brochure discusses only the anti-bribery provisions.

Enforcement

The Department of Justice is responsible for all criminal enforcement and for civil enforcement of the anti-bribery provisions with respect to domestic concerns and foreign companies and nationals. The SEC is responsible for civil enforcement of the anti-bribery provisions with respect to issuers.

Anti-bribery Provisions

Basic prohibition

The FCPA makes it unlawful to bribe foreign government officials to obtain or retain business. With respect to the basic prohibition, there are five elements which must be met to constitute a violation of the Act:

A. Who – The FCPA potentially applies to *any* individual, firm, officer, director, employee, or agent of a firm and any stockholder acting on behalf of a firm. Individuals and firms may also be penalized if they order, authorize, or assist someone else to violate the anti-bribery provisions or if they conspire to violate those provisions.

Under the FCPA, US jurisdiction over corrupt payments to foreign officials depends upon whether the violator is an “issuer”, a “domestic concern”, or a foreign national or business.

An “issuer” is a corporation that has issued securities that have been registered in the United States or who is required to file periodic reports with the SEC. A “domestic concern” is any individual who is a citizen, national, or resident of the United States, or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organisation, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States, or a territory, possession, or commonwealth of the United States.

Issuers and domestic concerns may be held liable under the FCPA under *either* territorial or nationality jurisdiction principles. For acts taken within the territory of the United States, issuers and domestic concerns are liable if they take an act in furtherance of a corrupt payment to a foreign official using the US mails or other means or instrumentalities of interstate commerce. Such means or instrumentalities include telephone calls, facsimile transmissions, wire transfers, and interstate or international travel. In addition, issuers and domestic concerns may be held liable for any act in furtherance of a corrupt payment taken *outside* the United States. Thus, a US company or national may be held liable for a corrupt payment authorized by employees or agents operating entirely outside the United States, using money from foreign bank accounts, and without any involvement by personnel located within the United States.

Prior to 1998, foreign companies, with the exception of those who qualified as “issuers”, and foreign nationals were not covered by the FCPA. The 1998 amendments expanded the FCPA to assert territorial jurisdiction over foreign companies and nationals. A foreign company or person is now subject to the FCPA if it causes, directly or through agents, an act in furtherance of the corrupt payment to take place within the territory of the United States. There is, however, no requirement that such act make use of the US mails or other means or instrumentalities of interstate commerce.

Finally, US parent corporations may be held liable for the acts of foreign subsidiaries where they authorized, directed, or controlled the activity in question, as can US citizens

or residents, themselves “domestic concerns,” who were employed by or acting on behalf of such foreign-incorporated subsidiaries.

B. Corrupt intent – The person making or authorizing the payment must have a corrupt intent, and the payment must be intended to induce the recipient to misuse his official position to direct business wrongfully to the payer or to any other person. You should note that the FCPA does not require that a corrupt act *succeed* in its purpose. The *offer* or *promise* of a corrupt payment can constitute a violation of the statute. The FCPA prohibits any corrupt payment intended to *influence* any act or decision of a foreign official in his or her official capacity, to induce the official to do or omit to do any act in violation of his or her lawful duty, to *obtain* any improper advantage, or to *induce* a foreign official to use his or her influence improperly to affect or influence any act or decision.

C. Payment – The FCPA prohibits paying, offering, promising to pay (or authorizing to pay or offer) money or anything of value.

D. Recipient – The prohibition extends only to corrupt payments to a *foreign official*, a *foreign political party or party official*, or any candidate for foreign political office. A “foreign official” means any officer or employee of a foreign government, a public international organisation, or any department or agency thereof, or any person acting in an official capacity. You should consider utilizing the Department of Justice’s Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure for particular questions as to the definition of a “foreign official”, such as whether a member of a royal family, a member of a legislative body, or an official of a state-owned business enterprise would be considered a “foreign official”.

The FCPA applies to payments to *any* public official, regardless of rank or position. The FCPA focuses on the *purpose* of the payment instead of the particular duties of the official receiving the payment, offer, or promise of payment, and there are exceptions to the anti-bribery provision for “facilitating payments for routine governmental action” (see below).

E. Business Purpose Test – The FCPA prohibits payments made in order to assist the firm in *obtaining* or *retaining business* for or with, or *directing business* to, any person. The Department of Justice interprets “obtaining or retaining business” broadly, such that the term encompasses more than the mere award or renewal of a contract. It should be noted that the business to be obtained or retained does *not* need to be with a foreign government or foreign government instrumentality.

Third party payments

The FCPA prohibits corrupt payments through intermediaries. It is unlawful to make a payment to a third party, while knowing that all or a portion of the payment will go directly or indirectly to a foreign official. *The term “knowing” includes conscious disregard and deliberate ignorance.* The elements of an offense are essentially the same as described above, except that in this case the “recipient” is the intermediary who is making the payment to the requisite “foreign official”.

Intermediaries may include joint venture partners or agents. To avoid being held liable for corrupt third party payments, US companies are encouraged to exercise due diligence and to take all necessary precautions to ensure that they have formed a business relationship with reputable and qualified partners and representatives. Such due diligence may include investigating potential foreign representatives and joint venture partners to

determine if they are in fact qualified for the position, whether they have personal or professional ties to the government, the number and reputation of their clientele, and their reputation with the US Embassy or Consulate and with local bankers, clients, and other business associates. In addition, in negotiating a business relationship, the US firm should be aware of so-called “red flags”, *i.e.*, unusual payment patterns or financial arrangements, a history of corruption in the country, a refusal by the foreign joint venture partner or representative to provide a certification that it will not take any action in furtherance of an unlawful offer, promise, or payment to a foreign public official and not take any act that would cause the US firm to be in violation of the FCPA, unusually high commissions, lack of transparency in expenses and accounting records, apparent lack of qualifications or resources on the part of the joint venture partner or representative to perform the services offered, and whether the joint venture partner or representative has been recommended by an official of the potential governmental customer.

You should seek the advice of counsel and consider utilizing the Department of Justice’s Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure for particular questions relating to third party payments.

Permissible Payments and Affirmative Defenses

The FCPA contains an explicit exception to the bribery prohibition for “facilitating payments” for “routine governmental action” and provides affirmative defenses which can be used to defend against alleged violations of the FCPA.

Facilitating payments for routine governmental actions

There is an exception to the anti-bribery prohibition for payments to facilitate or expedite performance of a “routine governmental action.” The statute lists the following examples: obtaining permits, licenses, or other official documents; processing governmental papers, such as visas and work orders; providing police protection, mail pick-up and delivery; providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products; and scheduling inspections associated with contract performance or transit of goods across country.

Actions “similar” to these are also covered by this exception. If you have a question about whether a payment falls within the exception, you should consult with counsel. You should also consider whether to utilize the Justice Department’s Foreign Corrupt Practices Opinion Procedure, described below on p. 10.

“Routine governmental action” does *not* include any decision by a foreign official to award new business or to continue business with a particular party.

Affirmative defenses

A person charged with a violation of the FCPA’s anti-bribery provisions may assert as a defense that the payment was lawful under the written laws of the foreign country or that the money was spent as part of demonstrating a product or performing a contractual obligation.

Whether a payment was lawful under the written laws of the foreign country may be difficult to determine. You should consider seeking the advice of counsel or utilizing the Department of Justice’s Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure when faced with an issue of the legality of such a payment.

Moreover, because these defenses are “affirmative defenses,” the defendant is required to show in the first instance that the payment met these requirements. The prosecution does not bear the burden of demonstrating in the first instance that the payments did not constitute this type of payment.

Sanctions Against Bribery

Criminal

The following criminal penalties may be imposed for violations of the FCPA’s anti-bribery provisions: corporations and other business entities are subject to a fine of up to \$2 000 000; officers, directors, stockholders, employees, and agents are subject to a fine of up to \$100 000 and imprisonment for up to five years. Moreover, under the Alternative Fines Act, these fines may be actually quite higher – the actual fine may be up to twice the benefit that the defendant sought to obtain by making the corrupt payment. You should also be aware that fines imposed on individuals may *not* be paid by their employer or principal.

Civil

The Attorney General or the SEC, as appropriate, may bring a civil action for a fine of up to \$10 000 against any firm *as well as* any officer, director, employee, or agent of a firm, or stockholder acting on behalf of the firm, who violates the anti-bribery provisions. In addition, in an SEC enforcement action, the court may impose an additional fine not to exceed the greater of *i*) the gross amount of the pecuniary gain to the defendant as a result of the violation, or *ii*) a specified dollar limitation. The specified dollar limitations are based on the egregiousness of the violation, ranging from \$5 000 to \$100 000 for a natural person and \$50 000 to \$500 000 for any other person.

The Attorney General or the SEC, as appropriate, may also bring a civil action to enjoin any act or practice of a firm whenever it appears that the firm (or an officer, director, employee, agent, or stockholder acting on behalf of the firm) is in violation (or about to be) of the anti-bribery provisions.

Other governmental action

Under guidelines issued by the Office of Management and Budget, a person or firm found in violation of the FCPA may be barred from doing business with the Federal government. *Indictment alone can lead to suspension of the right to do business with the government.* The President has directed that no executive agency shall allow any party to participate in any procurement or non-procurement activity if any agency has debarred, suspended, or otherwise excluded that party from participation in a procurement or non-procurement activity.

In addition, a person or firm found guilty of violating the FCPA may be ruled ineligible to receive export licenses; the SEC may suspend or bar persons from the securities business and impose civil penalties on persons in the securities business for violations of the FCPA; the Commodity Futures Trading Commission and the Overseas Private Investment Corporation both provide for possible suspension or debarment from agency programs for violation of the FCPA; and a payment made to a foreign government official that is unlawful under the FCPA cannot be deducted under the tax laws as a business expense.

Private cause of action

Conduct that violates the anti-bribery provisions of the FCPA may also give rise to a private cause of action for treble damages under the Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act (RICO), or to actions under other federal or state laws. For example, an action might be brought under RICO by a competitor who alleges that the bribery caused the defendant to win a foreign contract.

Guidance from the Government

The Department of Justice has established a Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure by which any US company or national may request a statement of the Justice Department's present enforcement intentions under the anti-bribery provisions of the FCPA regarding any proposed business conduct. The details of the opinion procedure may be found at 28 CFR Part 80. Under this procedure, the Attorney General will issue an opinion in response to a specific inquiry from a person or firm within thirty days of the request. (The thirty-day period does not run until the Department of Justice has received all the information it requires to issue the opinion.) Conduct for which the Department of Justice has issued an opinion stating that the conduct conforms with current enforcement policy will be entitled to a presumption, in any subsequent enforcement action, of conformity with the FCPA. Copies of releases issued regarding previous opinions are available on the Department of Justice's FCPA web site.

For further information from the Department of Justice about the FCPA and the Foreign Corrupt Practices Act Opinion Procedure, contact Peter B. Clark, Deputy Chief, or Philip Urofsky, Senior Trial Attorney, Fraud Section, Criminal Division, US Department of Justice, P.O. Box. 28188, McPherson Square, Washington, D.C. 20038, (202) 514-7023.

Although the Department of Commerce has no enforcement role with respect to the FCPA, it supplies general guidance to US exporters who have questions about the FCPA and about international developments concerning the FCPA. For further information from the Department of Commerce about the FCPA contact Eleanor Roberts Lewis, Chief Counsel for International Commerce, or Arthur Aronoff, Senior Counsel, Office of the Chief Counsel for International Commerce, US Department of Commerce, Room 5882, 14th Street and Constitution Avenue, N.W., Washington, D.C. 20230, (202) 482-0937.

Last updated: March 15, 2002, usdoj/criminal/fraud/dlj

B. ANTI-BRIBERY AND BOOKS AND RECORDS PROVISIONS OF THE FOREIGN CORRUPT PRACTICES ACT

Current through Pub. L. 105-366 (November 10, 1998)

United States code

Title 15. Commerce and trade

Chapter 2b. Securities exchanges

§ 78m. Periodical and Other Reports

a) Reports by issuer of security; contents

Every issuer of a security registered pursuant to section 78l of this title shall file with the Commission, in accordance with such rules and regulations as the Commission may prescribe as necessary or appropriate for the proper protection of investors and to insure fair dealing in the security:

- 1) Such information and documents (and such copies thereof) as the Commission shall require to keep reasonably current the information and documents required to be included in or filed with an application or registration statement filed pursuant to section 78l of this title, except that the Commission may not require the filing of any material contract wholly executed before July 1, 1962.
- 2) Such annual reports (and such copies thereof), certified if required by the rules and regulations of the Commission by independent public accountants, and such quarterly reports (and such copies thereof), as the Commission may prescribe.

Every issuer of a security registered on a national securities exchange shall also file a duplicate original of such information, documents, and reports with the exchange.

b) Form of report; books, records, and internal accounting; directives

- 2) Every issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title and every issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title shall:
 - A. make and keep books, records, and accounts, which, in reasonable detail, accurately and fairly reflect the transactions and dispositions of the assets of the issuer; and
 - B. devise and maintain a system of internal accounting controls sufficient to provide reasonable assurances that:
 - i) transactions are executed in accordance with management's general or specific authorization;
 - ii) transactions are recorded as necessary (I) to permit preparation of financial statements in conformity with generally accepted accounting principles or any other criteria applicable to such statements, and (II) to maintain accountability for assets;

- iii) access to assets is permitted only in accordance with management's general or specific authorization; and
 - iv) the recorded accountability for assets is compared with the existing assets at reasonable intervals and appropriate action is taken with respect to any differences.
- A) With respect to matters concerning the national security of the United States, no duty or liability under paragraph (2) of this subsection shall be imposed upon any person acting in cooperation with the head of any Federal department or agency responsible for such matters if such act in cooperation with such head of a department or agency was done upon the specific, written directive of the head of such department or agency pursuant to Presidential authority to issue such directives. Each directive issued under this paragraph shall set forth the specific facts and circumstances with respect to which the provisions of this paragraph are to be invoked. Each such directive shall, unless renewed in writing, expire one year after the date of issuance.
- B) Each head of a Federal department or agency of the United States who issues such a directive pursuant to this paragraph shall maintain a complete file of all such directives and shall, on October 1 of each year, transmit a summary of matters covered by such directives in force at any time during the previous year to the Permanent Select Committee on Intelligence of the House of Representatives and the Select Committee on Intelligence of the Senate.
- 4) No criminal liability shall be imposed for failing to comply with the requirements of paragraph (2) of this subsection except as provided in paragraph (5) of this subsection.
 - 5) No person shall knowingly circumvent or knowingly fail to implement a system of internal accounting controls or knowingly falsify any book, record, or account described in paragraph (2).
 - 6) Where an issuer which has a class of securities registered pursuant to section 781 of this title or an issuer which is required to file reports pursuant to section 78o(d) of this title holds 50 per centum or less of the voting power with respect to a domestic or foreign firm, the provisions of paragraph (2) require only that the issuer proceed in good faith to use its influence, to the extent reasonable under the issuer's circumstances, to cause such domestic or foreign firm to devise and maintain a system of internal accounting controls consistent with paragraph (2). Such circumstances include the relative degree of the issuer's ownership of the domestic or foreign firm and the laws and practices governing the business operations of the country in which such firm is located. An issuer which demonstrates good faith efforts to use such influence shall be conclusively presumed to have complied with the requirements of paragraph (2).
 - 7) For the purpose of paragraph (2) of this subsection, the terms "reasonable assurances" and "reasonable detail" mean such level of detail and degree of assurance as would satisfy prudent officials in the conduct of their own affairs.

§ 78dd-1. Prohibited Foreign Trade Practices by Issuers

a) *Prohibition*

It shall be unlawful for any issuer which has a class of securities registered pursuant to section 78l of this title or which is required to file reports under section 78o(d) of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such issuer or any stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to:

- 1) any foreign official for purposes of:
 - A) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, *ii*) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or *iii*) securing any improper advantage; or
 - B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality;

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

- 2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of:
 - A) *i*) influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, *ii*) inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or *iii*) securing any improper advantage; or
 - B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

- 3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of-: *i*) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, *ii*) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or *iii*) securing any improper advantage; or

- A) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such issuer in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

b) Exception for routine governmental action

Subsections (a) and (g) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (g) of this section that:

- 1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- 2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and *bona fide* expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to-
 - A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or
 - B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

d) Guidelines by Attorney General

Not later than one year after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue-

- 1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and
- 2) general precautionary procedures which issuers may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

e) Opinions of Attorney General

- 1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by issuers concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by an issuer and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weight all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.
- 2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by an issuer under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the consent of the issuer, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General responds to such a request or the issuer withdraws such request before receiving a response.
- 3) Any issuer who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.
- 4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

f) Definitions

For purposes of this section:

- 1) A) The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means:
 - i) an organization that is designated by Executive Order pursuant to section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 USC § 288); or
 - ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.

1. A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if:
 - i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or
 - ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.
B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.

- 3) A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in:
 - i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
 - ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
 - iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
 - iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or
 - v) actions of a similar nature.
B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or to continue business with a particular party.

g) *Alternative jurisdiction*

- 1) It shall also be unlawful for any issuer organized under the laws of the United States, or a State, territory, possession, or commonwealth of the United States or a political subdivision thereof and which has a class of securities registered pursuant to section 12 of this title or which is required to file reports under section 15(d) of this title, or for any United States person that is an officer, director, employee, or agent of such issuer or a stockholder thereof acting on behalf of such issuer, to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of this subsection (a) of this section for the purposes set forth therein, irrespective of whether such issuer or such officer, director, employee, agent, or stockholder makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.
- 2) As used in this subsection, the term “United States person” means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act [8 USC § 1101]) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

§ 78dd-2. Prohibited Foreign Trade Practices by Domestic Concerns

a) *Prohibition*

It shall be unlawful for any domestic concern, other than an issuer which is subject to section 78dd-1 of this title, or for any officer, director, employee, or agent of such domestic concern or any stockholder thereof acting on behalf of such domestic concern, to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce corruptly in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to:

- 1) any foreign official for purposes of:
 - A) *i*) influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, *ii*) inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or *iii*) securing any improper advantage; or
 - B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- 2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of:

- A) *i)* influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, *ii)* inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or *iii)* securing any improper advantage; or
- B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;

- 3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of:
 - A) *i)* influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, *ii)* inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or *iii)* securing any improper advantage; or
 - B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such domestic concern in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

b) Exception for routine governmental action

Subsections (a) and (i) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) or (i) of this section that:

- 1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- 2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and *bona fide* expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to-
 - A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or
 - B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

d) Injunctive relief

- 1) When it appears to the Attorney General that any domestic concern to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) or (i) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.
- 2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.
- 3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.

All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

e) Guidelines by Attorney General

Not later than 6 months after August 23, 1988, the Attorney General, after consultation with the Securities and Exchange Commission, the Secretary of Commerce, the United States Trade Representative, the Secretary of State, and the Secretary of the Treasury, and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall determine to what extent compliance with this section would be enhanced and the business community would be assisted by further clarification of the preceding provisions of this section and may, based on such determination and to the extent necessary and appropriate, issue-

- 1) guidelines describing specific types of conduct, associated with common types of export sales arrangements and business contracts, which for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, the Attorney General determines would be in conformance with the preceding provisions of this section; and

- 2) general precautionary procedures which domestic concerns may use on a voluntary basis to conform their conduct to the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section.

The Attorney General shall issue the guidelines and procedures referred to in the preceding sentence in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and those guidelines and procedures shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.

f) Opinions of Attorney General

- 1) The Attorney General, after consultation with appropriate departments and agencies of the United States and after obtaining the views of all interested persons through public notice and comment procedures, shall establish a procedure to provide responses to specific inquiries by domestic concerns concerning conformance of their conduct with the Department of Justice's present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section. The Attorney General shall, within 30 days after receiving such a request, issue an opinion in response to that request. The opinion shall state whether or not certain specified prospective conduct would, for purposes of the Department of Justice's present enforcement policy, violate the preceding provisions of this section. Additional requests for opinions may be filed with the Attorney General regarding other specified prospective conduct that is beyond the scope of conduct specified in previous requests. In any action brought under the applicable provisions of this section, there shall be a rebuttable presumption that conduct, which is specified in a request by a domestic concern and for which the Attorney General has issued an opinion that such conduct is in conformity with the Department of Justice's present enforcement policy, is in compliance with the preceding provisions of this section. Such a presumption may be rebutted by a preponderance of the evidence. In considering the presumption for purposes of this paragraph, a court shall weigh all relevant factors, including but not limited to whether the information submitted to the Attorney General was accurate and complete and whether it was within the scope of the conduct specified in any request received by the Attorney General. The Attorney General shall establish the procedure required by this paragraph in accordance with the provisions of subchapter II of chapter 5 of Title 5 and that procedure shall be subject to the provisions of chapter 7 of that title.
- 2) Any document or other material which is provided to, received by, or prepared in the Department of Justice or any other department or agency of the United States in connection with a request by a domestic concern under the procedure established under paragraph (1), shall be exempt from disclosure under section 552 of Title 5 and shall not, except with the consent of the domestic concern, be made publicly available, regardless of whether the Attorney General response to such a request or the domestic concern withdraws such request before receiving a response.
- 3) Any domestic concern who has made a request to the Attorney General under paragraph (1) may withdraw such request prior to the time the Attorney General issues an opinion in response to such request. Any request so withdrawn shall have no force or effect.
- 4) The Attorney General shall, to the maximum extent practicable, provide timely guidance concerning the Department of Justice's present enforcement policy with respect to the preceding provisions of this section to potential exporters and small

businesses that are unable to obtain specialized counsel on issues pertaining to such provisions. Such guidance shall be limited to responses to requests under paragraph (1) concerning conformity of specified prospective conduct with the Department of Justice’s present enforcement policy regarding the preceding provisions of this section and general explanations of compliance responsibilities and of potential liabilities under the preceding provisions of this section.

g) Penalties

- 1) A) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$2 000 000.
 - B) Any domestic concern that is not a natural person and that violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- 2) A) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who willfully violates subsection (a) or (i) of this section shall be fined not more than \$100,000 or imprisoned not more than 5 years, or both.
 - B) Any natural person that is an officer, director, employee, or agent of a domestic concern, or stockholder acting on behalf of such domestic concern, who violates subsection (a) or (i) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10 000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- 3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a domestic concern, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such domestic concern.

h) Definitions

For purposes of this section:

- 1) The term “domestic concern” means:
 - A) any individual who is a citizen, national, or resident of the United States; and
 - B) any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship which has its principal place of business in the United States, or which is organized under the laws of a State of the United States or a territory, possession, or commonwealth of the United States.
- 2) A) The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

- B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means:
- i) an organization that has been designated by Executive order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 USC § 288); or
 - ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.
- 3) A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if:
- ii) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or
 - iii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.
- B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.
- 4) A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in:
- i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
 - ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
 - iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
 - iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or
 - v) actions of a similar nature.
- B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.
- 5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of:
- A) a telephone or other interstate means of communication, or
 - B) any other interstate instrumentality.

i) Alternative jurisdiction

- 1) It shall also be unlawful for any United States person to corruptly do any act outside the United States in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to any of the persons or entities set forth in paragraphs (1), (2), and (3) of subsection (a), for the purposes set forth therein, irrespective of whether such United States person makes use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce in furtherance of such offer, gift, payment, promise, or authorization.
- 2) As used in this subsection, a “United States person” means a national of the United States (as defined in section 101 of the Immigration and Nationality Act (8 USC § 1101)) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the laws of the United States or any State, territory, possession, or commonwealth of the United States, or any political subdivision thereof.

§ 78dd-3. Prohibited Foreign Trade Practices by Persons Other than Issuers or Domestic Concerns

a) Prohibition

It shall be unlawful for any person other than an issuer that is subject to section 30A of the Securities Exchange Act of 1934 or a domestic concern, as defined in section 104 of this Act), or for any officer, director, employee, or agent of such person or any stockholder thereof acting on behalf of such person, while in the territory of the United States, corruptly to make use of the mails or any means or instrumentality of interstate commerce or to do any other act in furtherance of an offer, payment, promise to pay, or authorization of the payment of any money, or offer, gift, promise to give, or authorization of the giving of anything of value to-

- 1) any foreign official for purposes of-
 - A) *i)* influencing any act or decision of such foreign official in his official capacity, *ii)* inducing such foreign official to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such official, or *iii)* securing any improper advantage; or
 - B) inducing such foreign official to use his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person;
- 2) any foreign political party or official thereof or any candidate for foreign political office for purposes of-
 - A) *i)* influencing any act or decision of such party, official, or candidate in its or his official capacity, *ii)* inducing such party, official, or candidate to do or omit to do an act in violation of the lawful duty of such party, official, or candidate, or *iii)* securing any improper advantage; or

- B) inducing such party, official, or candidate to use its or his influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality.

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person; or

- 3) any person, while knowing that all or a portion of such money or thing of value will be offered, given, or promised, directly or indirectly, to any foreign official, to any foreign political party or official thereof, or to any candidate for foreign political office, for purposes of-

- A) *i*) influencing any act or decision of such foreign official, political party, party official, or candidate in his or its official capacity, *ii*) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to do or omit to do any act in violation of the lawful duty of such foreign official, political party, party official, or candidate, or *iii*) securing any improper advantage; or

- B) inducing such foreign official, political party, party official, or candidate to use his or its influence with a foreign government or instrumentality thereof to affect or influence any act or decision of such government or instrumentality,

in order to assist such person in obtaining or retaining business for or with, or directing business to, any person.

b) Exception for routine governmental action

Subsection (a) of this section shall not apply to any facilitating or expediting payment to a foreign official, political party, or party official the purpose of which is to expedite or to secure the performance of a routine governmental action by a foreign official, political party, or party official.

c) Affirmative defenses

It shall be an affirmative defense to actions under subsection (a) of this section that:

- 1) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was lawful under the written laws and regulations of the foreign official's, political party's, party official's, or candidate's country; or
- 2) the payment, gift, offer, or promise of anything of value that was made, was a reasonable and *bona fide* expenditure, such as travel and lodging expenses, incurred by or on behalf of a foreign official, party, party official, or candidate and was directly related to:
 - A) the promotion, demonstration, or explanation of products or services; or
 - B) the execution or performance of a contract with a foreign government or agency thereof.

d) Injunctive relief

- 1) When it appears to the Attorney General that any person to which this section applies, or officer, director, employee, agent, or stockholder thereof, is engaged, or about to engage, in any act or practice constituting a violation of subsection (a) of this section, the Attorney General may, in his discretion, bring a civil action in an appropriate district court of the United States to enjoin such act or practice, and upon a proper showing, a permanent injunction or a temporary restraining order shall be granted without bond.
- 2) For the purpose of any civil investigation which, in the opinion of the Attorney General, is necessary and proper to enforce this section, the Attorney General or his designee are empowered to administer oaths and affirmations, subpoena witnesses, take evidence, and require the production of any books, papers, or other documents which the Attorney General deems relevant or material to such investigation. The attendance of witnesses and the production of documentary evidence may be required from any place in the United States, or any territory, possession, or commonwealth of the United States, at any designated place of hearing.
- 3) In case of contumacy by, or refusal to obey a subpoena issued to, any person, the Attorney General may invoke the aid of any court of the United States within the jurisdiction of which such investigation or proceeding is carried on, or where such person resides or carries on business, in requiring the attendance and testimony of witnesses and the production of books, papers, or other documents. Any such court may issue an order requiring such person to appear before the Attorney General or his designee, there to produce records, if so ordered, or to give testimony touching the matter under investigation. Any failure to obey such order of the court may be punished by such court as a contempt thereof.
- 4) All process in any such case may be served in the judicial district in which such person resides or may be found. The Attorney General may make such rules relating to civil investigations as may be necessary or appropriate to implement the provisions of this subsection.

e) Penalties

- 1) A) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$2,000,000.

B) Any juridical person that violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10 000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- 2) A) Any natural person who willfully violates subsection (a) of this section shall be fined not more than \$100 000 or imprisoned not more than 5 years, or both.

B) Any natural person who violates subsection (a) of this section shall be subject to a civil penalty of not more than \$10 000 imposed in an action brought by the Attorney General.
- 3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of a person, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such person.

f) Definitions

For purposes of this section:

- 1) The term “person,” when referring to an offender, means any natural person other than a. national of the United States (as defined in 8 USC § 1101) or any corporation, partnership, association, joint-stock company, business trust, unincorporated organization, or sole proprietorship organized under the law of a foreign nation or a political subdivision thereof.
- 2) A) The term “foreign official” means any officer or employee of a foreign government or any department, agency, or instrumentality thereof, or of a public international organization, or any person acting in an official capacity for or on behalf of any such government or department, agency, or instrumentality, or for or on behalf of any such public international organization.

B) For purposes of subparagraph (A), the term “public international organization” means:
 - i) an organization that has been designated by Executive Order pursuant to Section 1 of the International Organizations Immunities Act (22 USC § 288); or
 - ii) any other international organization that is designated by the President by Executive order for the purposes of this section, effective as of the date of publication of such order in the Federal Register.
- 3) A) A person’s state of mind is “knowing” with respect to conduct, a circumstance, or a result if:
 - i) such person is aware that such person is engaging in such conduct, that such circumstance exists, or that such result is substantially certain to occur; or
 - ii) such person has a firm belief that such circumstance exists or that such result is substantially certain to occur.
B) When knowledge of the existence of a particular circumstance is required for an offense, such knowledge is established if a person is aware of a high probability of the existence of such circumstance, unless the person actually believes that such circumstance does not exist.
- 4) A) The term “routine governmental action” means only an action which is ordinarily and commonly performed by a foreign official in:
 - i) obtaining permits, licenses, or other official documents to qualify a person to do business in a foreign country;
 - ii) processing governmental papers, such as visas and work orders;
 - iii) providing police protection, mail pick-up and delivery, or scheduling inspections associated with contract performance or inspections related to transit of goods across country;
 - iv) providing phone service, power and water supply, loading and unloading cargo, or protecting perishable products or commodities from deterioration; or
 - v) actions of a similar nature.

- B) The term “routine governmental action” does not include any decision by a foreign official whether, or on what terms, to award new business to or to continue business with a particular party, or any action taken by a foreign official involved in the decision-making process to encourage a decision to award new business to or continue business with a particular party.
- 5) The term “interstate commerce” means trade, commerce, transportation, or communication among the several States, or between any foreign country and any State or between any State and any place or ship outside thereof, and such term includes the intrastate use of:
- A) a telephone or other interstate means of communication, or
 - B) any other interstate instrumentality.

§ 78ff. Penalties

a) Willful violations; false and misleading statements

Any person who willfully violates any provision of this chapter (other than section 78dd-1 of this title), or any rule or regulation thereunder the violation of which is made unlawful or the observance of which is required under the terms of this chapter, or any person who willfully and knowingly makes, or causes to be made, any statement in any application, report, or document required to be filed under this chapter or any rule or regulation thereunder or any undertaking contained in a registration statement as provided in subsection (d) of section 78o of this title, or by any self-regulatory organization in connection with an application for membership or participation therein or to become associated with a member thereof, which statement was false or misleading with respect to any material fact, shall upon conviction be fined not more than \$1,000,000, or imprisoned not more than 10 years, or both, except that when such person is a person other than a natural person, a fine not exceeding \$2,500,000 may be imposed; but no person shall be subject to imprisonment under this section for the violation of any rule or regulation if he proves that he had no knowledge of such rule or regulation.

b) Failure to file information, documents, or reports

Any issuer which fails to file information, documents, or reports required to be filed under subsection (d) of section 78o of this title or any rule or regulation thereunder shall forfeit to the United States the sum of \$100 for each and every day such failure to file shall continue. Such forfeiture, which shall be in lieu of any criminal penalty for such failure to file which might be deemed to arise under subsection (a) of this section, shall be payable into the Treasury of the United States and shall be recoverable in a civil suit in the name of the United States.

c) Violations by issuers, officers, directors, stockholders, employees, or agents of issuers

- 1) A) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title shall be fined not more than \$2,000,000.

B) Any issuer that violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.
- 2) A) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who willfully violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title shall be fined not more than \$100,000, or imprisoned not more than 5 years, or both.

B) Any officer, director, employee, or agent of an issuer, or stockholder acting on behalf of such issuer, who violates subsection (a) or (g) of section 30A of this title shall be subject to a civil penalty of not more than \$10,000 imposed in an action brought by the Commission.
- 3) Whenever a fine is imposed under paragraph (2) upon any officer, director, employee, agent, or stockholder of an issuer, such fine may not be paid, directly or indirectly, by such issuer.

APPENDICE 3

Suggestions de documentation complémentaire

Complying with the Foreign Corrupt Practices Act

BLACK, Stephen F., WITTEN, Roger M., New York: M. Bender, 1997.

(Foreign Corrupt Practices Act of 1977 - Foreign trade regulation - United States - Criminal provisions, Bribery - United States, Disclosure of information - Law and legislation - United States)

Complying With The Foreign Corrupt Practices Act: A Guide For U.S. Firms Doing Business In The International Marketplace

CRUVER, Donald, R., American Bar Association, 1994. (Bribery- Corporate Law- United States)

Complying with U.S. Antibribery Laws

GEROE, M.G., *The International Lawyer*, vol.31 n.4 (winter 1997).

(Bribery - Legislation - Prevention - United States, Bribery - Prevention - FCPA - Consequences - Private Sector - United States)

Doing Business Under the Foreign Corrupt Practices Act

ZARIN, Don, Washington D.C.: Practising Law Institute, 1995.

(Foreign Corrupt Practices Act of 1977 - United States, Bribery - Corporations - Corrupt practices - United States, Corporation law - United States - Criminal provisions, Disclosure of information - Law and legislation - United States)

Foreign Corrupt Practices Act Reporter

Business Laws, Inc., Chesterland, Ohio.: Business Laws, Inc.

The Foreign Corrupt Practices Act: How to Comply under the New Amendments and the OECD Convention

AMERICAN BAR ASSOCIATION, ed., Chicago: American Bar Association, 1999.

(Foreign Corrupt Practices Act of 1977 - United States, Bribery - Corporation law - United States - Criminal provisions, Disclosure of information - Law and legislation - Criminal provisions - United States, Corporations - Corrupt practices - United States, OECD Convention)

The Foreign Corrupt Practices Act: Anatomy of a Statute

GREANIAS, George C, DUANE, Windsor, Lexington, Mass: Lexington Books, 1982, 187 p.

(Foreign Corrupt Practices Act of 1977 - United States, Corporation law - United States - Criminal provisions, Bribery - United States, Corporations - Corrupt practices - United States, Disclosure of information - Law and legislation - United States - Criminal provisions)

The Foreign Corrupt Practices Act: The Accounting And Record-Keeping Provisions, in Foreign Corrupt Practices Act

DEMING, S., Chesterland, Ohio, July 2000.

(Accounting Standards - Legislation - FCPA - United States)

The International Anti-Bribery Act of 1998: Report

UNITED STATES CONGRESS, Senate Committee on Banking, Housing, and Urban Affairs, U.S. G.P.O, Washington, D.C., 1998. (Bribery- Legislation - United States)

APPENDICE 4

i) Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

Commentaires relatifs à la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales
(Adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997)

ii) Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales

Annexe
Éléments communs convenus de législation pénale et mesures connexes

iii) Recommandation du Conseil sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers

iv) Les Parties à la Convention

Pays ayant ratifié/adhéré à la Convention

(i) Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

Adoptée par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997

Préambule

Les Parties,

Considérant que la corruption est un phénomène répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans le domaine des échanges et de l'investissement, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques, affecte la bonne gestion des affaires publiques et le développement économique et fausse les conditions internationales de concurrence ;

Considérant que la responsabilité de la lutte contre la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales incombe à tous les pays ;

Vu la recommandation révisée sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil de l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) le 23 mai 1997, C(97)123/FINAL, qui, entre autres, demande que soient prises des mesures efficaces pour décourager, prévenir et combattre la corruption d'agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales et, en particulier, que cette corruption soit rapidement incriminée de façon efficace et coordonnée en conformité avec les éléments communs convenus qui figurent dans cette recommandation ainsi qu'avec les principes de compétence et les autres principes juridiques fondamentaux applicables dans chaque pays ;

Se félicitant d'autres initiatives récentes qui font progresser l'entente et la coopération internationales en matière de lutte contre la corruption d'agents publics, notamment les actions menées par les Nations Unies, la Banque mondiale, le Fonds monétaire international, l'Organisation mondiale du commerce, l'Organisation des Etats américains, le Conseil de l'Europe et l'Union européenne ;

Se félicitant des efforts des entreprises, des organisations patronales et syndicales ainsi que d'autres organisations non gouvernementales dans la lutte contre la corruption ;

Reconnaissant le rôle des gouvernements dans la prévention des sollicitations de pots-de-vin de la part des individus et des entreprises dans les transactions commerciales internationales ;

Reconnaissant que tout progrès dans ce domaine exige non seulement des efforts de chaque pays, mais aussi une coopération, une surveillance et un suivi au niveau multilatéral ;

Reconnaissant qu'assurer l'équivalence entre les mesures que doivent prendre les Parties constitue un objet et un but essentiels de la convention qui exigent que la convention soit ratifiée sans dérogations affectant cette équivalence.

Sont convenues de ce qui suit :

Article 1

L'infraction de corruption d'agents publics étrangers

1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale en vertu de sa loi le fait intentionnel, pour toute personne, d'offrir, de promettre ou d'octroyer un avantage indu pécuniaire ou autre, directement ou par des intermédiaires, à un agent public étranger, à son profit ou au profit d'un tiers, pour que cet agent agisse ou s'abstienne d'agir dans l'exécution de fonctions officielles, en vue d'obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu dans le commerce international.
2. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour que constitue une infraction pénale le fait de se rendre complice d'un acte de corruption d'un agent public étranger, y compris par instigation, assistance ou autorisation. La tentative et le complot en vue de corrompre un agent public étranger devront constituer une infraction pénale dans la mesure où la tentative et le complot en vue de corrompre un agent public de cette Partie constituent une telle infraction.
3. Les infractions définies aux paragraphes 1 et 2 ci-dessus sont dénommées ci-après "corruption d'un agent public étranger".
4. Aux fins de la présente convention,
 - a) "agent public étranger" désigne 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 publics et tout fonctionnaire ou agent d'une organisation internationale publique;
 - b) "pays étranger" comprend tous les niveaux et subdivisions d'administration, du niveau national au niveau local ;
 - c) "agir ou s'abstenir d'agir dans l'exécution de fonctions officielles" désigne toute utilisation qui est faite de la position officielle de l'agent public, que cette utilisation relève ou non des compétences conférées à cet agent.

Article 2

Responsabilité des personnes morales

Chaque Partie prend les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger.

Article 3

Sanctions

1. La corruption d'un agent public étranger doit être passible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives. L'éventail des sanctions applicables doit être comparable à celui des sanctions applicables à la corruption des agents publics de la Partie en question et doit, dans le cas des personnes physiques, inclure des peines privatives de liberté suffisantes pour permettre une entraide judiciaire efficace et l'extradition.
2. Si, dans le système juridique d'une Partie, la responsabilité pénale n'est pas applicable aux personnes morales, cette Partie fait en sorte que les personnes morales soient passibles de sanctions non pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, y compris pécuniaires, en cas de corruption d'agents publics étrangers.
3. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption d'un agent public étranger ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues.
4. Chaque Partie envisage l'application de sanctions complémentaires civiles ou administratives à toute personne soumise à des sanctions pour corruption d'un agent public étranger.

Article 4

Compétence

1. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur son territoire.
2. Chaque Partie ayant compétence pour poursuivre ses ressortissants à raison d'infractions commises à l'étranger prend les mesures nécessaires pour établir sa compétence à l'égard de la corruption d'un agent public étranger selon les mêmes principes.
3. Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites.
4. Chaque Partie examine si le fondement actuel de sa compétence est efficace pour lutter contre la corruption d'agents publics étrangers ; si tel n'est pas le cas, elle prend les mesures correctrices appropriées.

Article 5

Mise en oeuvre

Les enquêtes et poursuites en cas de corruption d'un agent public étranger sont soumises aux règles et principes applicables de chaque Partie. Elles ne seront pas influencées par des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre Etat ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause.

Article 6

Prescription

Le régime de prescription de l'infraction de corruption d'un agent public étranger devra ménager un délai suffisant pour l'enquête et les poursuites relatives à cette infraction.

Article 7

Blanchiment de capitaux

Chaque Partie ayant fait en sorte que la corruption de ses agents publics soit une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment de capitaux prendra la même mesure en cas de corruption d'un agent public étranger, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.

Article 8

Normes comptables

1. Pour combattre efficacement la corruption d'agents publics étrangers, chaque Partie prend les mesures nécessaires, dans le cadre de ses lois et règlements concernant la tenue de livres et états comptables, la publication d'informations sur les états financiers et les normes de comptabilité et de vérification des comptes, pour interdire aux entreprises soumises à ces lois et règlements l'établissement de comptes hors livres, les opérations hors livres ou insuffisamment identifiées, l'enregistrement de dépenses inexistantes, l'enregistrement d'éléments de passif dont l'objet n'est pas correctement identifié, ainsi que l'utilisation de faux documents, dans le but de corrompre un agent public étranger ou de dissimuler cette corruption.
2. Chaque Partie prévoit des sanctions civiles, administratives ou pénales efficaces, proportionnées et dissuasives en cas de telles omissions ou falsifications dans les livres, les documents, les comptes et les états financiers de ces entreprises.

Article 9

Entraide judiciaire

1. Chaque Partie accorde, autant que le permettent ses lois et ses instruments internationaux pertinents, une entraide judiciaire prompte et efficace aux autres Parties aux fins des enquêtes et des procédures pénales engagées par une Partie pour les infractions relevant de la présente convention ainsi qu'aux fins des procédures non pénales relevant de la présente convention engagées par une Partie contre des personnes morales. La Partie requise informe la Partie requérante, sans retard, de tout élément ou document additionnels qu'il est nécessaire de présenter à l'appui de la demande d'entraide et, sur demande, des suites données à cette demande d'entraide.
2. Lorsqu'une Partie subordonne l'entraide judiciaire à une double incrimination, celle-ci est réputée exister si l'infraction pour laquelle l'entraide est demandée relève de la présente convention.
3. Une Partie ne peut refuser d'accorder l'entraide judiciaire en matière pénale dans le cadre de la présente convention en invoquant le secret bancaire.

Article 10

Extradition

1. La corruption d'un agent public étranger est réputée constituer une infraction pouvant donner lieu à extradition en vertu du droit des Parties et des conventions d'extradition entre celles-ci.
2. Lorsqu'une Partie qui subordonne l'extradition à l'existence d'une convention d'extradition reçoit une demande d'extradition de la part d'une autre Partie avec laquelle elle n'a pas de convention d'extradition, elle peut considérer la présente convention comme base juridique pour l'extradition en ce qui concerne l'infraction de corruption d'un agent public étranger.
3. Chaque Partie prend les mesures nécessaires pour faire en sorte soit de pouvoir extraditer ses ressortissants, soit de pouvoir les poursuivre à raison de l'infraction de corruption d'un agent public étranger. Une Partie qui refuse une demande d'extradition d'une personne pour corruption d'un agent public étranger au seul motif que cette personne est son ressortissant doit soumettre l'affaire à ses autorités compétentes aux fins de poursuites.
4. L'extradition pour corruption d'un agent public étranger est soumise aux conditions fixées par le droit national et par les accords et arrangements applicables pour chaque Partie. Lorsqu'une Partie subordonne l'extradition à l'existence d'une double incrimination, cette condition est réputée remplie lorsque l'infraction pour laquelle l'extradition est demandée relève de l'article 1 de la présente convention.

Article 11

Autorités responsables

Aux fins de la concertation prévue à l'article 4, paragraphe 3, de l'entraide judiciaire prévue à l'article 9 et de l'extradition prévue à l'article 10, chaque Partie notifie au Secrétaire général de l'OCDE une autorité ou des autorités, chargées de l'envoi et de la réception des demandes, qui joueront le rôle d'interlocuteur pour cette Partie pour ces matières, sans préjudice d'autres arrangements entre les Parties.

Article 12

Surveillance et suivi

Les Parties coopèrent pour mettre en oeuvre un programme de suivi systématique afin de surveiller et promouvoir la pleine application de la présente convention. Sauf décision contraire prise par consensus des Parties, cette action est menée au sein du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales et conformément au mandat de ce groupe, ou au sein et conformément au mandat de tout organe qui pourrait lui succéder dans ses fonctions, et les Parties supportent le coût du programme selon les règles applicables à cet organe.

Article 13

Signature et adhésion

1. Jusqu'à la date de son entrée en vigueur, la présente convention est ouverte à la signature des pays Membres de l'OCDE et des non membres qui ont été invités à devenir participants à part entière aux activités de son Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales.
2. Après son entrée en vigueur, la présente convention est ouverte à l'adhésion de tout non-signataire devenu membre de l'OCDE ou participant à part entière du Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales ou de tout organe lui succédant dans ses fonctions. Pour chaque non-signataire adhérant à la convention, la convention entre en vigueur le soixantième jour suivant la date du dépôt de son instrument d'adhésion.

Article 14

Ratification et dépôt

1. La présente convention est soumise à acceptation, approbation ou ratification par les signataires conformément à leur loi.
2. Les instruments d'acceptation, d'approbation, de ratification ou d'adhésion sont déposés auprès du Secrétaire général de l'OCDE, dépositaire de la présente convention.

Article 15

Entrée en vigueur

1. La présente convention entrera en vigueur le soixantième jour suivant la date à laquelle cinq pays qui comptent parmi les dix premiers pays pour la part des exportations, selon DAFPE/IME/BR(97)18/FINAL (annexé), et qui représentent à eux cinq au moins 60 % des exportations totales cumulées de ces dix pays, auront déposé leur instrument d'acceptation, d'approbation ou de ratification. Pour chaque signataire déposant son instrument après cette entrée en vigueur, la convention entrera en vigueur le soixantième jour suivant le dépôt de cet instrument.
2. Si la convention n'est pas entrée en vigueur le 31 décembre 1998 conformément au paragraphe 1, tout signataire ayant déposé son instrument d'acceptation, d'approbation ou de ratification peut déclarer par écrit au dépositaire qu'il est prêt à accepter l'entrée en vigueur de la convention conformément au présent paragraphe 2. La convention entrera en vigueur pour cet signataire le soixantième jour suivant la date à laquelle une telle déclaration aura été faite par au moins deux signataires. Pour chaque signataire ayant déposé sa déclaration après cette entrée en vigueur, la convention entrera en vigueur le soixantième jour suivant la date du dépôt.

Article 16

Modification

Toute Partie peut proposer de modifier la présente convention. La modification proposée est soumise au dépositaire, qui la transmet aux autres Parties au moins soixante jours avant de convoquer une réunion des Parties pour l'examiner. Toute modification, adoptée par consensus des Parties ou selon toute autre modalité que les Parties fixeront par consensus, entre en vigueur soixante jours après le dépôt d'un instrument de ratification, d'acceptation ou d'approbation par toutes les Parties, ou selon toutes autres conditions qui pourront être fixées par les Parties au moment de l'adoption de la modification.

Article 17

Retrait

Une Partie peut se retirer de la présente convention par notification écrite au dépositaire. Ce retrait prend effet un an après la date de réception de la notification. Après le retrait, la coopération se poursuit entre les Parties et la Partie qui s'est retirée pour toutes les demandes d'entraide ou d'extradition présentées avant la date d'effet du retrait.

Annexe

Statistiques des exportations de l'OCDE

| EXPORTATIONS OCDE | | | |
|------------------------------|------------------|---------------|-----------------|
| | 1990-1996 | 1990-1996 | 1990-1996 |
| | US\$ million | % | % |
| | | du Total OCDE | des 10 premiers |
| Etats Unis | 287 118 | 15,9% | 19,7% |
| Allemagne | 254 746 | 14,1% | 17,5% |
| Japon | 212 665 | 11,8% | 14,6% |
| France | 138 471 | 7,7% | 9,5% |
| Royaume Uni | 121 258 | 6,7% | 8,3% |
| Italie | 112 449 | 6,2% | 7,7% |
| Canada | 91 215 | 5,1% | 6,3% |
| Corée (1) | 81 364 | 4,5% | 5,6% |
| Pays Bas | 81 264 | 4,5% | 5,6% |
| Belgique-Luxembourg | 78 598 | 4,4% | 5,4% |
| Total des 10 premiers | 1 459 148 | 81,0% | 100% |
| Espagne | 42 469 | 2,4% | |
| Suisse | 40 395 | 2,2% | |
| Suède | 36 710 | 2,0% | |
| Mexique (1) | 34 233 | 1,9% | |
| Australie | 27 194 | 1,5% | |
| Danemark | 24 145 | 1,3% | |
| Autriche * | 22 432 | 1,2% | |
| Norvège | 21 666 | 1,2% | |
| Irlande | 19 217 | 1,1% | |
| Finlande | 17 296 | 1,0% | |
| Pologne (1) ** | 12 652 | 0,7% | |
| Portugal | 10 801 | 0,6% | |
| Turquie * | 8 027 | 0,4% | |
| Hongrie ** | 6 795 | 0,4% | |
| Nouvelle Zélande | 6 663 | 0,4% | |
| République Tchèque *** | 6 263 | 0,3% | |
| Grèce * | 4 606 | 0,3% | |
| Islande | 949 | 0,1% | |
| Total OCDE | 1 801 661 | 100% | |

Légende : * 1990-1995; ** 1991-1996; *** 1993-1996
Source : OCDE, (1) FMI

Concernant la Belgique et le Luxembourg: Les statistiques des échanges de la Belgique et du Luxembourg ne sont disponibles que de manière cumulées. Dans le cadre de l'article 15, paragraphe 1 de la Convention, si la Belgique ou le Luxembourg déposent leur instrument d'acceptation, d'approbation ou de ratification ou bien si la Belgique et le Luxembourg déposent leurs instruments d'acceptation, d'approbation ou de ratification, il sera considéré que l'un des pays qui comptent parmi les dix premiers pays pour la part des exportations a déposé son instrument et les exportations cumulées des deux pays seront additionnées en vue d'atteindre, comme requis pour l'entrée en vigueur de la Convention, les 60 pour cent des exportations totales cumulées de ces dix pays.

Commentaires relatifs à la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales

Adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997

Généralités :

1. Cette convention traite de ce qui est qualifié, dans le droit de certains pays, de "corruption active", c'est-à-dire l'infraction commise par la personne qui promet ou verse le pot-de-vin -- qui s'oppose à la "corruption passive" -- c'est-à-dire l'infraction commise par l'agent public qui reçoit le pot-de-vin. L'expression "corruption active" n'est pas utilisée dans la convention tout simplement pour éviter une interprétation erronée de la part du lecteur non averti, qui pourrait induire que le corrupteur a pris l'initiative et que le bénéficiaire se trouve en situation de victime passive. En fait, il est fréquent que le bénéficiaire ait incité le corrupteur ou ait fait pression sur lui, en ayant ainsi joué le rôle le plus actif.
2. Cette convention a pour objectif d'assurer une équivalence fonctionnelle entre les mesures prises par les Parties pour sanctionner la corruption d'agents publics étrangers, sans exiger l'uniformité ou une modification de principes fondamentaux du système juridique d'une Partie.

Article 1. L'infraction de corruption d'agents publics étrangers :

Sur le paragraphe 1 :

3. L'article 1 fixe une norme que doivent respecter les Parties, mais il ne les oblige pas à reprendre son libellé exact pour définir l'infraction en droit interne. Une Partie peut procéder de différentes manières pour s'acquitter de ses obligations, dès lors que, pour qu'une personne soit convaincue de l'infraction, il n'y a pas à apporter la preuve d'éléments autres que ceux dont la preuve devrait être apportée si l'infraction était définie comme dans ce paragraphe. A titre d'exemple, une loi générale sur la corruption d'agents, ne visant pas spécialement la corruption d'un agent public étranger, et une loi limitée à la corruption d'un agent public étranger pourraient l'une comme l'autre être conformes à cet article. De même, une loi qui définirait l'infraction en visant les paiements "en vue d'inciter à la violation d'une obligation de l'agent public" pourrait être conforme à la norme, à condition qu'il soit entendu que tout agent public a le devoir d'exercer son jugement ou sa marge d'appréciation de façon impartiale et qu'il s'agisse donc d'une définition "autonome" n'exigeant pas la preuve du droit du pays particulier de l'agent public.
4. Au sens du paragraphe 1, le fait de corrompre pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu constitue une infraction, même si l'entreprise a par ailleurs fait l'offre la mieux disante ou si elle aurait pu se voir attribuer légitimement le marché pour une quelconque autre raison.

5. Par “autre avantage indu”, on entend un avantage qu’une entreprise n’aurait pas clairement dû recevoir, par exemple l’autorisation d’exercer une activité pour une usine ne remplissant pas les conditions réglementaires.

6. L’infraction visée au paragraphe 1 est constituée, que l’offre ou la promesse soit faite ou que l’avantage pécuniaire ou autre soit accordé pour le compte de cette personne ou pour le compte de toute autre personne physique ou morale.

7. Il y a également infraction indépendamment, entre autres, de la valeur de l’avantage ou de son résultat, de l’idée qu’on peut se faire des usages locaux, de la tolérance de ces paiements par les autorités locales ou de la nécessité alléguée du paiement pour obtenir ou conserver un marché ou un autre avantage indu.

8. En revanche, l’infraction n’est pas constituée lorsque l’avantage est permis ou requis par la loi ou la réglementation écrites du pays de l’agent public étranger, y compris la jurisprudence.

9. Les petits paiements dits de “facilitation” ne constituent pas des paiements “en vue d’obtenir ou de conserver un marché ou un autre avantage indu” au sens du paragraphe 1 et, en conséquence, ils ne constituent pas une infraction au sens de cette disposition. De tels paiements, qui sont faits, dans certains pays, pour inciter les agents publics à exécuter leurs fonctions, notamment lorsqu’il s’agit de délivrer une autorisation ou un permis, sont généralement illicites dans le pays étranger concerné. Les autres pays peuvent et devraient s’attaquer à ce phénomène corrosif par des mesures telles que le soutien de programmes de bonne gestion des affaires publiques. Toutefois, l’incrimination par les autres pays ne paraît pas une mesure complémentaire pratique ou efficace.

10. Dans le système juridique de certains pays, l’avantage promis ou accordé à une personne, en anticipation de sa nomination comme agent public d’un pays étranger, relève des infractions visées à l’article 1, paragraphes 1 ou 2. Dans le système juridique d’un grand nombre de pays, on distingue techniquement ce cas des infractions visées par la présente convention. Toutefois, il existe une préoccupation et une intention communes de s’attaquer à ce phénomène en poursuivant les travaux.

Sur le paragraphe 2 :

11. Les infractions définies au paragraphe 2 s’entendent au sens où elles sont normalement définies dans chaque droit national. En conséquence, si, dans le droit national d’une Partie, l’autorisation, l’instigation ou l’une des autres conduites énumérées dans cette disposition n’est pas punissable lorsqu’elle n’est pas suivie d’effets, cette Partie n’a pas l’obligation d’incriminer cette conduite au titre de la corruption d’un agent public étranger.

Sur le paragraphe 4 :

12. L’expression “fonction publique” comprend toute activité d’intérêt public déléguée par un pays étranger, comme l’exécution de tâches par délégation de ce pays en liaison avec la passation de marchés publics.

13. L’expression “organisme public” désigne toute entité instituée par des dispositions de droit public pour l’exercice d’activités spécifiques d’intérêt public.

14. L’expression “entreprise publique” désigne toute entreprise, quelle que soit sa forme juridique, sur laquelle un ou plusieurs Etats peuvent, directement ou indirectement,

exercer une influence dominante. Un ou plusieurs Etats sont réputés exercer une influence dominante, par exemple, lorsqu’ils détiennent la majorité du capital souscrit d’une entreprise, lorsqu’ils disposent de la majorité des voix attachées aux parts émises par l’entreprise ou lorsqu’ils peuvent désigner plus de la moitié des membres de l’organe d’administration, de direction ou de surveillance de l’entreprise.

15. Un responsable d’une entreprise publique est présumé exercer une fonction publique à moins que l’entreprise exerce son activité sur une base commerciale normale dans le marché concerné, c’est-à-dire sur une base fondamentalement équivalente à celle d’une entreprise privée, sans aides préférentielles ou autres privilèges.

16. Dans des circonstances particulières, une autorité publique peut être exercée dans les faits par des personnes (par exemple, des responsables d’un parti politique dans les Etats à parti unique) qui ne sont pas formellement des agents publics. Ces personnes, parce qu’elles exercent de facto une fonction publique, peuvent, en vertu des principes juridiques de certains pays, être considérées comme des agents publics étrangers.

17. L’expression “organisation internationale publique” désigne toute organisation internationale constituée par des Etats, des gouvernements ou d’autres organisations internationales publiques, quelles que soient sa forme et ses attributions, y compris, par exemple, une organisation d’intégration économique régionale comme les Communautés européennes.

18. L’expression “pays étranger” n’est pas limitée aux Etats mais inclut toute zone ou entité organisée, telle qu’un territoire autonome ou un territoire douanier distinct.

19. Suivant la définition du paragraphe 4.c, un cas de corruption qui a été envisagé est celui où un responsable d’une entreprise corrompt un haut fonctionnaire d’un gouvernement afin que celui-ci use de sa fonction -- même en outrepassant sa compétence -- pour qu’un autre agent public attribue un marché à cette entreprise.

Article 2. Responsabilité des personnes morales :

20. Si, dans le système juridique d’une partie, la responsabilité pénale ne s’applique pas aux personnes morales, cette partie n’est pas tenue d’établir une telle responsabilité pénale.

Article 3. Sanctions :

Sur le paragraphe 3 :

21. Les “produits” de la corruption sont les profits ou autres bénéfices que le corrompueur retire de la transaction ou tout autre avantage indu obtenu ou conservé au moyen de l’acte de corruption.

22. Le terme “confiscation” comprend, le cas échéant, la déchéance de droits et signifie la privation permanente de biens par décision d’un tribunal ou d’une autre autorité compétente. Ce paragraphe ne préjuge pas des droits des victimes.

23. Le paragraphe 3 n’empêche pas la fixation de limites appropriées pour les sanctions pécuniaires.

Sur le paragraphe 4 :

24. Les sanctions civiles et administratives, autres que les amendes non pénales, qui peuvent être imposées aux personnes morales pour un acte de corruption d'agents publics étrangers sont entre autres : l'exclusion du bénéfice d'un avantage public ou d'une aide publique ; l'interdiction temporaire ou permanente de participer à des marchés publics ou d'exercer une activité commerciale ; le placement sous surveillance judiciaire ; la dissolution judiciaire.

Article 4. Compétence :***Sur le paragraphe 1 :***

25. La compétence territoriale devrait être interprétée largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.

Sur le paragraphe 2 :

26. La compétence fondée sur la nationalité doit être exercée en conformité avec les principes généraux et les conditions applicables dans le droit de chaque Partie. Ces principes concernent par exemple la double incrimination. Toutefois, la condition de double incrimination doit être réputée satisfaite lorsque l'acte est illicite dans le territoire où il est commis, même s'il a une qualification pénale différente dans ce territoire. Pour les pays qui appliquent la compétence fondée sur la nationalité uniquement à certains types d'infractions, la référence aux "principes" comprend les principes gouvernant le choix de ces infractions.

Article 5. Mise en oeuvre :

27. L'article 5 reconnaît le caractère fondamental des régimes nationaux en matière d'opportunité des poursuites. Il reconnaît également qu'afin de protéger l'indépendance des poursuites, l'opportunité de celles-ci doit s'apprécier sur la base de motifs professionnels, sans être indûment influencée par des préoccupations de nature politique. L'article 5 est complété par le paragraphe 6 de l'annexe de la recommandation révisée de l'OCDE sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, C(97)123/FINAL (dénommée ci-après "recommandation de l'OCDE de 1997"), qui recommande, entre autres, que les autorités compétentes enquêtent sérieusement sur les plaintes de corruption d'agents publics étrangers et que les autorités nationales mettent à disposition des ressources adéquates pour que cette corruption puisse être efficacement poursuivie. Les Parties auront accepté cette recommandation, y compris ses modalités de surveillance et de suivi.

Article 7. Blanchiment de capitaux :

28. A l'article 7, l'expression "corruption de ses agents publics" doit s'entendre dans un sens large, de façon que la corruption d'un agent public étranger constitue une infraction principale aux fins de la législation sur le blanchiment de capitaux dans les mêmes conditions, lorsqu'une partie a érigé en infraction principale la corruption active ou passive de ses agents publics. Lorsqu'une Partie considère seulement la corruption passive de ses agents publics comme une infraction principale aux fins de l'application de sa législation relative au blanchiment des capitaux, cet article exige que le blanchiment du montant du pot-de-vin soit soumis aux dispositions sur le blanchiment des capitaux.

Article 8. Normes comptables :

29. L'article 8 doit être rapproché de la section V de la recommandation de l'OCDE de 1997, que toutes les Parties auront approuvée et qui fait l'objet d'un suivi au sein du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales. Ce paragraphe contient une série de recommandations relatives aux obligations en matière comptable, aux vérifications externes indépendantes et aux contrôles internes des sociétés, dont la mise en oeuvre sera importante pour l'efficacité d'ensemble de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales. L'une des conséquences immédiates de la mise en oeuvre de cette convention par les Parties sera que les sociétés tenues de fournir dans leurs états financiers les informations sur les provisions pour risque d'un montant significatif devront prendre en compte l'intégralité des informations sur les provisions pour risque au titre de la présente convention, et notamment au titre de ses articles 3 et 8, ainsi que les autres pertes pouvant résulter d'une condamnation de la société ou de ses agents pour corruption. Cela a également des conséquences du point de vue de l'exercice des responsabilités professionnelles des vérificateurs des comptes en cas d'indices de corruption d'agents publics étrangers. En outre, les infractions comptables visées à l'article 8 se produisent généralement dans le pays d'origine de la société, alors que l'infraction de corruption a pu être commise dans un autre pays, ce qui peut permettre de combler certaines lacunes dans le champ d'application effectif de la convention.

Article 9. Entraide judiciaire :

30. Les Parties auront également accepté, par le biais du paragraphe 8 des éléments communs convenus annexés à la recommandation de l'OCDE de 1997, d'étudier et de mettre en oeuvre les moyens de nature à rendre l'entraide judiciaire plus efficace.

Sur le paragraphe 1 :

31. Dans le cadre du paragraphe 1 de l'article 9, les Parties devraient, sur demande, faciliter ou encourager la présence ou la mise à disposition de personnes, notamment de personnes en détention, qui consentiraient à apporter leur aide dans des enquêtes ou des procédures. Les Parties devraient prendre des mesures leur permettant, dans des cas appropriés, de transférer temporairement une personne détenue vers le territoire d'une Partie qui en fait la demande et de prendre en compte le temps passé en détention dans le territoire de la Partie requérante aux fins de l'exécution de la peine à laquelle la personne a été condamnée dans le territoire de la Partie requise. Les Parties qui souhaitent utiliser ce mécanisme devraient également prendre des mesures leur permettant, en tant que Parties requérantes, d'assurer le maintien en détention de la personne transférée et le retour de celle-ci sans qu'une procédure d'extradition soit nécessaire.

Sur le paragraphe 2 :

32. Le paragraphe 2 concerne la question de l'identité des normes dans le cadre de la double incrimination. Les Parties, dont les lois sont très diverses puisqu'elles vont de lois contre la corruption d'agents en général à des lois visant spécifiquement la corruption d'agents publics étrangers, devraient pouvoir coopérer pleinement dans le cadre de la présente convention pour les affaires dont les faits relèvent des infractions visées dans cette convention.

Article 10. Extradition :***Sur le paragraphe 2 :***

33. Une partie peut considérer la présente convention comme base juridique pour l'extradition si, pour une ou plusieurs catégories d'affaires relevant de la présente convention, elle exige une convention d'extradition. Par exemple, un pays qui exige une convention d'extradition pour extradier ses ressortissants, mais pas pour extradier des étrangers, peut considérer la présente convention comme base pour l'extradition de ses ressortissants.

Article 12. Surveillance et suivi :

34. Le mandat actuel du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption concernant la surveillance et le suivi figure à la section VIII de la recommandation de l'OCDE de 1997. Il prévoit :

- i) la réception des notifications et autres informations qui lui seront soumises par les pays [participants] ;
- ii) un examen régulier des mesures prises par les pays [participants] pour la mise en oeuvre de la recommandation et la formulation de propositions appropriées en vue d'aider les pays [participants] dans cette mise en oeuvre ; ces examens reposeront sur les procédures complémentaires suivantes :
 - une procédure d'auto-évaluation, les réponses des pays [participants] à un questionnaire permettant d'évaluer dans quelle mesure la recommandation a été mise en oeuvre,
 - une procédure d'évaluation mutuelle, chaque pays [participant] étant examiné à tour de rôle par le Groupe de travail sur la corruption, à partir d'un rapport évaluant de façon objective les progrès accomplis par le pays [participant] dans la mise en oeuvre de la recommandation ;
- iii) un examen de questions précises ayant trait à la corruption dans les transactions commerciales internationales ;

...

- v) l'information régulière du public sur ses travaux et activités et sur la mise en oeuvre de la recommandation.

35. Les coûts de la surveillance et du suivi seront, pour les pays Membres de l'OCDE, décidés suivant la procédure budgétaire de l'OCDE. Pour les non-membres de l'OCDE, les règles actuellement en vigueur instituent un système équivalent de répartition des coûts, décrit dans la résolution du Conseil concernant les redevances pour les pays ayant le statut d'observateur régulier et les participants à part entière non membres aux travaux des organes subsidiaires de l'OCDE, C(96)223/FINAL.

36. Le suivi des aspects visés dans cette convention qui ne sont pas visés dans la Recommandation de l'OCDE de 1997 ni dans aucun autre instrument accepté par tous les participants à part entière au Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption sera effectué par les Parties à cette convention et à ces autres instruments.

Article 13. Signature et adhésion :

37. La Convention sera ouverte aux pays non membres qui participent à part entière au Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales. La pleine participation des non-membres à ce Groupe de travail est encouragée et organisée selon des procédures simples. En conséquence, l'obligation de participation à part entière aux travaux du Groupe de travail, qui découle des liens entre la convention et d'autres éléments de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, ne doit pas être considérée comme un obstacle par les pays souhaitant prendre part à cette action. Le Conseil de l'OCDE a appelé les non-membres à adhérer à la recommandation de l'OCDE de 1997 et à participer à tout mécanisme institutionnel de suivi ou de mise en oeuvre, c'est-à-dire aux activités du Groupe de travail. Les procédures actuelles concernant la participation à part entière des pays non membres aux travaux du Groupe de travail figurent dans la résolution du Conseil concernant la participation des économies non membres aux travaux des organes subsidiaires de l'Organisation, C(96)64/REV1/FINAL. Le participant à part entière accepte non seulement la recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption, mais aussi la recommandation sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, adoptée le 11 avril 1996, C(96)27/FINAL.

(ii) **Recommandation révisée du Conseil sur la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales**

adoptée par le Conseil le 23 mai 1997

Le Conseil,

Vu les articles 2, 5a) et 5b) de la Convention relative à l'Organisation de coopération et de développement économiques, du 14 décembre 1960,

Considérant que la corruption est un phénomène répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans les échanges et les investissements, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques et fausse les conditions internationales de concurrence,

Considérant que tous les pays se doivent de combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales,

Considérant qu'il importe que les entreprises ne se livrent pas à des actes de corruption à l'égard de fonctionnaires et de titulaires de charges publiques, comme il est indiqué dans les Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales,

Considérant les progrès qui ont été accomplis dans la mise en oeuvre de la recommandation initiale du Conseil sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales adoptée le 27 mai 1994 [C(94)75/FINAL] et de la recommandation connexe sur la déductibilité fiscale des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers adoptée le 11 avril 1996 [C(96)27/FINAL] ainsi que de la recommandation concernant des propositions de clauses anti-corruption à intégrer dans les contrats relatifs aux marchés financés par l'aide bilatérale, entérinée par la réunion à haut niveau du Comité d'aide au développement le 7 mai 1996,

Se félicitant d'autres évolutions récentes qui ont fait progresser l'entente et la coopération internationales en matière de corruption dans les transactions internationales, notamment les initiatives des Nations Unies, du Conseil de l'Europe, de l'Union européenne et de l'Organisation des Etats Américains,

Vu l'engagement qui a été pris à la réunion du Conseil au niveau des Ministres de mai 1996 d'incriminer la corruption d'agents publics étrangers de façon efficace et coordonnée,

Notant qu'une convention internationale conforme aux éléments communs convenus qui figurent à l'annexe constitue un instrument adéquat pour parvenir rapidement à cette incrimination,

Considérant le consensus qui s'est dégagé sur les mesures à prendre pour mettre en oeuvre la recommandation de 1994, notamment en ce qui concerne les modalités et les instruments internationaux de nature à faciliter l'incrimination de la corruption d'agents publics étrangers, la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers,

les normes comptables, la vérification externe et les contrôles internes des sociétés ainsi que les réglementations relatives aux marchés publics,

Reconnaissant que tout progrès dans ce domaine exige non seulement des efforts de chaque pays, mais aussi une coopération, une surveillance et un suivi au niveau multilatéral,

Généralités

- I) **RECOMMANDE** que les pays Membres prennent des mesures efficaces pour décourager, prévenir et combattre la corruption des agents publics étrangers dans le cadre de transactions commerciales internationales.
- II) **RECOMMANDE** que chaque pays Membre examine les domaines suivants et, en conformité avec ses principes en matière de compétence et ses autres principes juridiques fondamentaux, prenne des mesures concrètes et significatives pour atteindre cet objectif :
- i) le droit pénal et son application, conformément à la section III et à l'annexe de la présente recommandation ;
 - ii) les lois, réglementations et pratiques fiscales afin d'éliminer tout ce qui peut favoriser indirectement la corruption, conformément à la section IV ;
 - iii) les normes et pratiques comptables des entreprises et les normes et pratiques des entreprises en matière de vérification externe et de contrôle interne, conformément à la section V ;
 - iv) les dispositions bancaires, financières et autres, en vue de la tenue et de la mise à disposition de registres appropriés à des fins d'inspection et d'enquête ;
 - v) les subventions publiques, les autorisations publiques, la passation des marchés publics, ou d'autres avantages octroyés par les pouvoirs publics, de façon que ces avantages puissent être refusés à titre de sanction dans les cas appropriés, lorsqu'il y a eu corruption, conformément à la section VI concernant les marchés publics et les marchés financés par l'aide ;
 - vi) les lois et réglementations en matière civile, commerciale et administrative, de façon que la corruption soit illégale ;
 - vii) la coopération internationale en matière d'enquêtes et autres procédures judiciaires, conformément à la section VII.

Incrimination de la corruption d'agents publics étrangers

- III) **RECOMMANDE** que les pays Membres incriminent la corruption d'agents publics étrangers de façon efficace et coordonnée en soumettant des propositions à leurs instances législatives d'ici au 1er avril 1998, en conformité avec les éléments communs convenus qui figurent à l'annexe, et en s'efforçant d'obtenir leur adoption d'ici à la fin de 1998.

DECIDE, à cette fin, d'ouvrir rapidement des négociations concernant une convention internationale d'incrimination de la corruption, en conformité avec les

éléments communs convenus, cette convention devant être ouverte à la signature à la fin de 1997 en vue de son entrée en vigueur douze mois plus tard.

Déductibilité fiscale

- IV) **DEMANDE INSTAMMENT** aux pays Membres de mettre en oeuvre rapidement la recommandation de 1996 sur la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers, afin que, conformément au texte de cette recommandation : “les pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement en vue de refuser cette déductibilité. Une telle action peut être facilitée par la tendance à considérer comme illégaux les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers.”

Normes comptables, vérification externe et contrôles internes des sociétés

- V) **RECOMMANDE** que les pays Membres prennent les mesures nécessaires pour que les lois, réglementations et pratiques concernant les normes comptables, la vérification externe et les contrôles internes des sociétés soient conformes aux principes suivants et soient pleinement utilisées pour prévenir et détecter la corruption d’agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales.

A. Règles comptables adéquates

- i) Les pays Membres devraient exiger des entreprises qu’elles tiennent des comptes adéquats des sommes reçues ou versées, avec mention de l’objet des encaissements ou versements. Les entreprises ne devraient pas être autorisées à effectuer des transactions hors livres comptables ou à avoir des comptes hors livres comptables.
- ii) Les pays Membres devraient exiger des entreprises qu’elles exposent dans leurs états financiers tous les éléments d’appréciation du passif éventuel.
- iii) Les pays Membres devraient sanctionner de façon adéquate les omissions, falsifications et fraudes dans les comptes.

B. Vérification externe indépendante

- i) Les pays Membres devraient examiner si les règles concernant l’obligation de se soumettre à une vérification externe des comptes sont adéquates.
- ii) Les pays Membres et les associations professionnelles devraient fixer les normes adéquates pour assurer l’indépendance des vérificateurs externes, afin de leur permettre d’effectuer une évaluation objective des comptes, états financiers et contrôles internes des entreprises.
- iii) Les pays Membres devraient exiger du vérificateur des comptes qui découvre des indices d’éventuels actes illicites de corruption qu’il en informe les dirigeants et, le cas échéant, les organes de contrôle de la société.
- iv) Les pays Membres devraient examiner si les vérificateurs externes des comptes devraient être tenus de signaler les indices d’éventuels actes illicites de corruption aux autorités compétentes.

C. Contrôles internes des sociétés

- i) Les pays Membres devraient encourager la mise au point et l'adoption de systèmes de contrôle interne adéquats par les sociétés, y compris des règles de conduite.
- ii) Les pays Membres devraient encourager les dirigeants des sociétés à faire dans leurs rapports annuels des déclarations concernant leurs mécanismes de contrôle interne, y compris ceux qui contribuent à empêcher la corruption.
- iii) Les pays Membres devraient encourager la création d'organes de contrôle, indépendants des dirigeants, tels que les comités d'audit des conseils d'administration ou des conseils de surveillance.
- iv) Les pays Membres devraient encourager les sociétés à fournir des moyens de communication ou de protection aux personnes qui ne veulent pas commettre une infraction à la déontologie ou aux normes professionnelles sur les instructions ou sous la pression de leurs supérieurs hiérarchiques.

Marchés publics

VI) RECOMMANDE :

- i) que les pays Membres appuient les efforts menés à l'Organisation mondiale du commerce en vue d'un accord sur la transparence dans les marchés publics ;
- ii) que les lois et réglementations des pays Membres permettent aux autorités de suspendre l'accès aux marchés publics des entreprises qui ont été convaincues de corruption d'agents publics étrangers en violation de leur loi nationale et que, dans la mesure où les pays Membres appliquent pour les marchés publics des sanctions aux entreprises convaincues de corruption d'agents publics nationaux, ces sanctions soient appliquées de la même manière en cas de corruption d'agents publics étrangers¹ ;
- iii) que, conformément à la recommandation du Comité d'aide au développement, les pays Membres exigent des dispositions anti-corruption dans les marchés financés par l'aide bilatérale, encouragent une bonne mise en oeuvre des dispositions anti-corruption dans les institutions internationales de développement et collaborent étroitement avec leurs partenaires en développement à la lutte contre la corruption dans tous les efforts de coopération au développement².

1. Les systèmes utilisés par les pays Membres pour sanctionner la corruption des fonctionnaires nationaux diffèrent selon qu'il s'agit d'une condamnation pénale, d'une mise en accusation ou d'une procédure administrative, mais dans tous les cas les preuves doivent être substantielles.

2. Ce paragraphe résume la recommandation du CAD, qui n'est adressé qu'aux membres du CAD ; les destinataires sont maintenant tous les Membres de l'OCDE et, éventuellement, les pays non membres qui souscrivent à la recommandation.

Coopération internationale

- VII) **RECOMMANDE** que les pays Membres, afin de lutter contre la corruption dans les transactions commerciales internationales, en conformité avec leurs principes de compétence et autres principes juridiques fondamentaux, prennent les mesures suivantes :
- i) se concerter et coopérer avec les autorités compétentes des autres pays dans les enquêtes et autres procédures judiciaires concernant des cas spécifiques de corruption dans les transactions commerciales internationales, par des moyens tels que l'échange de renseignements (spontané ou sur demande), la fourniture d'éléments de preuve et l'extradition ;
 - ii) faire pleinement usage des accords et arrangements en vigueur d'entraide judiciaire internationale et, au besoin, conclure de nouveaux accords ou arrangements à cette fin ;
 - iii) s'assurer que la législation nationale offre une base appropriée pour cette coopération, en particulier au regard du point 8 de l'annexe.

Suivi et modalités institutionnelles

- VIII) **CHARGE** le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales, d'exécuter un programme de suivi systématique afin de surveiller et de promouvoir la pleine application de la présente recommandation, en coopération avec le Comité des affaires fiscales, le Comité d'aide au développement et d'autres organes de l'OCDE, le cas échéant. Ce suivi comprendra notamment :
- i) la réception des notifications et autres informations qui lui seront soumises par les pays Membres ;
 - ii) un examen régulier des mesures prises par les pays Membres pour la mise en oeuvre de la recommandation et la formulation de propositions appropriées en vue d'aider les pays Membres dans cette mise en oeuvre ; ces examens reposeront sur les procédures complémentaires suivantes :
 - une procédure d'auto-évaluation, les réponses des pays Membres à un questionnaire permettant d'évaluer dans quelle mesure la recommandation a été mise en oeuvre,
 - une procédure d'évaluation mutuelle, chaque pays Membre étant examiné à tour de rôle par le Groupe de travail sur la corruption, à partir d'un rapport évaluant de façon objective les progrès accomplis par le pays Membre dans la mise en oeuvre de la recommandation ;
 - iii) un examen de questions précises ayant trait à la corruption dans les transactions commerciales internationales ;
 - iv) un examen des possibilités d'élargissement du champ des travaux de l'OCDE en matière de lutte contre la corruption internationale, de façon à couvrir la corruption dans le secteur privé et la corruption d'agents publics étrangers pour des motifs autres que l'obtention ou la préservation d'un marché ;
 - v) l'information régulière du public sur ses travaux et activités et sur la mise en oeuvre de la recommandation.

- IX) **PREND NOTE** de l'obligation qui incombe aux pays Membres de coopérer étroitement à ce programme de suivi, en vertu de l'article 3 de la Convention relative à l'OCDE.
- X) **CHARGE** le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales de réexaminer la mise en oeuvre de la section III et, en coopération avec le Comité des affaires fiscales, la section IV de la présente recommandation et de faire rapport aux Ministres au printemps 1998, de faire rapport au Conseil après le premier réexamen régulier et en tant que de besoin par la suite et de réexaminer la présente recommandation révisée dans les trois ans suivant son adoption.

Coopération avec les pays non membres

- XI) **APPELLE** les pays non membres à adhérer à la recommandation et à participer à tout mécanisme institutionnel de suivi ou de mise en oeuvre.
- XII) **CHARGE** le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur la corruption, de mettre en place une instance de consultation avec les pays qui n'ont pas encore adhéré, afin de promouvoir une plus large participation à la recommandation et à son suivi.

Relations avec les organisations internationales gouvernementales et non gouvernementales

- XII) **INVITE** le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, par l'intermédiaire de son Groupe de travail sur la corruption, à procéder à des consultations et à coopérer avec les organisations internationales et les institutions financières internationales qui exercent des activités dans le domaine de la lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales et à consulter régulièrement les organisations non gouvernementales et les organes représentatifs des entreprises exerçant des activités dans ce domaine.

ANNEXE

Eléments communs convenus de législation pénale et mesures connexes

1) Eléments de l'infraction de corruption active

- i) On entend par "*corruption*" la promesse ou l'octroi d'un paiement indu ou d'autres avantages à un agent public, à son profit ou au profit d'un tiers, directement ou par des intermédiaires, en vue d'influencer l'agent public pour qu'il agisse ou omette d'agir dans l'exécution de ses fonctions officielles afin d'obtenir ou de conserver un marché.
- ii) On entend par "*agent public étranger*", toute personne désignée ou élue détenant un mandat législatif, administratif ou judiciaire dans un pays étranger, ou dans une organisation internationale, ou exerçant une fonction ou tâche publique dans un pays étranger.
- iii) On entend par "*offrant*" toute personne agissant pour son propre compte ou pour le compte de toute autre personne physique ou morale.

2) Eléments accessoires de l'infraction

Il est reconnu que les notions, relevant du droit pénal général, de tentative, de complicité et/ou de complot du droit de l'Etat exerçant les poursuites sont applicables à l'infraction de corruption d'un agent public étranger.

3) Faits justificatifs et moyens de défense

La corruption d'un agent public étranger en vue d'obtenir ou de conserver un marché est une infraction, indépendamment de la valeur ou du résultat de l'acte de corruption, de l'idée qu'on peut se faire des coutumes locales ou de la tolérance de la corruption par les autorités locales.

4) Compétence

La compétence à l'égard de l'infraction de corruption d'un agent public étranger devrait en tout état de cause être établie lorsque l'infraction est commise en tout ou partie sur le territoire de l'Etat exerçant les poursuites. Le fondement territorial de la compétence devrait être interprété largement, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé.

Les Etats qui poursuivent leurs ressortissants pour des infractions commises à l'étranger devraient le faire selon les mêmes principes en cas de corruption d'agents publics étrangers.

Les Etats qui n'appliquent pas pour les poursuites le principe de la nationalité devraient être prêts à extraditer leurs ressortissants en cas de corruption d'un agent public étranger.

Tous les pays devraient examiner si le fondement actuel de leur compétence est efficace pour combattre la corruption des agents publics étrangers ; dans la négative, ils devraient prendre les mesures correctrices appropriées.

5) Sanctions

L'infraction de corruption d'agents publics étrangers devrait être passible de sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives, qui soient suffisantes pour assurer une entraide judiciaire et une extradition efficaces et soient comparables à celles applicables au corrupteur en cas de corruption d'agents publics nationaux.

Il devrait être prévu des sanctions pécuniaires ou d'autres sanctions civiles, administratives ou pénales à l'encontre de toute personne morale en cause, compte tenu du montant de la corruption et des avantages découlant de la transaction obtenue par corruption.

Il devrait être prévu la confiscation des instruments de la corruption et des avantages qu'elle a procurés ainsi que des avantages découlant des transactions obtenues par corruption, ou des amendes ou réparations comparables.

6) Mise en oeuvre

Compte tenu de la gravité de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, les autorités publiques chargées des poursuites devraient exercer leur marge d'appréciation de façon indépendante, sur la base de motifs professionnels. Elles ne devraient pas être influencées par des considérations d'intérêt économique national, le souci de bonnes relations politiques ou l'identité de la victime.

Les autorités compétentes devraient sérieusement enquêter sur les plaintes des victimes.

Le délai de prescription devrait être suffisant au regard de la complexité de l'infraction.

Au niveau national, les pouvoirs publics devraient doter les autorités chargées des poursuites de ressources adéquates, de façon que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers puisse être efficacement poursuivie.

7) Dispositions connexes (pénales et non pénales)

Normes comptables, tenue des livres et obligations de divulgation d'informations

Pour combattre efficacement la corruption d'agents publics étrangers, les Etats devraient également sanctionner de façon adéquate les omissions, falsifications et fraudes comptables.

Blanchiment de capitaux

La corruption d'agents publics étrangers devrait être considérée comme une infraction grave et constituer une infraction principale aux fins de la législation relative au blanchiment de l'argent quand la corruption d'agents publics nationaux constitue une

infraction principale relative au blanchiment de l'argent, quel que soit le lieu où la corruption s'est produite.”

8) Coopération internationale

Une entraide judiciaire efficace est cruciale pour les enquêtes et l'obtention de preuves aux fins des poursuites concernant la corruption d'agents publics étrangers.

L'adoption de lois incriminant la corruption d'agents publics étrangers éliminerait les obstacles à l'entraide judiciaire qui résultent de l'obligation de double incrimination.

Les pays devraient concevoir leurs lois en matière d'entraide judiciaire de façon à permettre une coopération avec les pays enquêtant sur la corruption d'agents publics étrangers, y compris les pays tiers (pays de l'offrant ; pays où l'acte a été commis) et les pays appliquant à cette corruption des types différents de législation d'incrimination.

Il faudrait étudier et mettre en oeuvre les moyens de nature à rendre l'entraide judiciaire plus efficace.

**(iii) Recommandation du conseil sur la déductibilité fiscale
des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers**

adoptée par le Conseil le 11 avril 1996

LE CONSEIL,

Vu l'article 5 b) de la Convention relative à l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques du 14 décembre 1960 ;

Vu la Recommandation du Conseil de l'OCDE sur la corruption dans le cadre des transactions commerciales internationales [C(94)75/FINAL] ;

Considérant que la corruption est un phénomène très répandu dans les transactions commerciales internationales, y compris dans les échanges et les investissements, qui suscite de graves préoccupations morales et politiques et fausse les conditions internationales de concurrence ;

Considérant que la Recommandation du Conseil sur la corruption a appelé les pays Membres à prendre des mesures concrètes et pertinentes pour combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales, y compris en examinant les mesures fiscales qui peuvent indirectement favoriser la corruption ;

Sur la proposition du Comité des affaires fiscales et du Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales :

I. RECOMMANDE que ceux des pays Membres qui ne refusent pas la déductibilité des pots-de-vin versés à des agents publics étrangers réexaminent ce traitement, en vue de refuser cette déductibilité. Une telle action peut être facilitée par la tendance à considérer comme illégaux les pots-de-vin versés à des agents publics étrangers.

II. CHARGE le Comité des affaires fiscales, en coopération avec le Comité de l'investissement international et des entreprises multinationales, d'assurer le suivi de la mise en œuvre de cette Recommandation et de promouvoir la Recommandation dans le cadre de ses contacts avec les pays non membres, et de rendre compte au Conseil lorsque cela est approprié.

(iv) Les Parties à la Convention
Pays ayant ratifié/adhéré à la Convention*

| | Pays | Date de ratification/adhésion |
|-----|-----------------------|-------------------------------|
| 1. | Islande | 17 août 1998 |
| 2. | Japon | 13 octobre 1998 |
| 3. | Allemagne | 10 novembre 1998 |
| 4. | Hongrie | 4 décembre 1998 |
| 5. | États-Unis | 8 décembre 1998 |
| 6. | Finlande | 10 décembre 1998 |
| 7. | Royaume-Uni | 14 décembre 1998 |
| 8. | Canada | 17 décembre 1998 |
| 9. | Norvège | 18 décembre 1998 |
| 10. | Bulgarie | 22 décembre 1998 |
| 11. | Corée | 4 janvier 1999 |
| 12. | Grèce | 5 février 1999 |
| 13. | Autriche | 20 mai 1999 |
| 14. | Mexique | 27 mai 1999 |
| 15. | Suède | 8 juin 1999 |
| 16. | Belgique | 27 juillet 1999 |
| 17. | République slovaque | 24 septembre 1999 |
| 18. | Australie | 18 octobre 1999 |
| 19. | Espagne | 14 janvier 2000 |
| 20. | République tchèque | 21 janvier 2000 |
| 21. | Suisse | 31 mai 2000 |
| 22. | Turquie | 26 juillet 2000 |
| 23. | France | 31 juillet 2000 |
| 24. | Brésil | 24 août 2000 |
| 25. | Danemark | 5 septembre 2000 |
| 26. | Pologne | 8 septembre 2000 |
| 27. | Portugal | 23 novembre 2000 |
| 28. | Italie | 15 décembre 2000 |
| 29. | Pays-Bas | 12 janvier 2001 |
| 30. | Argentine | 8 février 2001 |
| 31. | Luxembourg | 21 mars 2001 |
| 32. | Chili | 18 avril 2001 |
| 33. | Nouvelle-Zélande | 23 juin 2001 |
| 34. | Slovénie ¹ | 6 septembre 2001 |
| 35. | Irlande | 22 septembre 2003 |

* Dans l'ordre de ratification/accesion reçu par le Secrétaire général.

1. La Slovénie en tant que nouveau Participant à part entière au Groupe de travail sur la corruption, a déposé son instrument d'adhésion.

Questionnaire sur la qualité des publications de l'OCDE

Nous voudrions savoir si nos publications répondent à vos souhaits en matière de présentation et de contenu éditorial. Nous souhaiterions recueillir vos réactions et commentaires pour d'éventuelles améliorations. Merci de prendre quelques minutes pour compléter ce questionnaire. Les réponses sont échelonnées de 1 à 5 (1 = médiocre, 5 = excellent).

Faxez ou postez votre réponse avant le 31 décembre 2004 et vous serez inscrit automatiquement sur la liste des gagnants potentiels à l'abonnement d'un an au magazine *L'Observateur de l'OCDE*¹.

A. Présentation et mise en pages

1. Que pensez-vous de la présentation et de la mise en pages du point de vue :

| | Médiocre | | Convenable | | Excellent |
|-----------------------------------|----------|---|------------|---|-----------|
| Lisibilité (caractères, ou fonte) | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Structure du livre | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Tableaux statistiques | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Graphiques | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |

B. Impression et reliure

2. Que pensez-vous de la qualité de l'édition imprimée ?

| | | | | | |
|---|--------------------------|---|---|---|---|
| Qualité de l'impression | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Qualité du papier | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| Type de reliure | 1 | 2 | 3 | 4 | 5 |
| J'utilise surtout la version électronique | <input type="checkbox"/> | | | | |

3. Quel type de support préférez-vous pour les publications en général ?

Livre CD Livre électronique (PDF) via Internet Combinaison de supports

C. Contenu

4. Considérez-vous le contenu de cette publication précis et à jour ? (notez de 1 à 5)

1 2 3 4 5

5. Les titres de chapitres, têtes et sous-titres sont-ils ?

Clairs Oui Non
Significatifs Oui Non

6. Comment évaluez-vous le style de la publication (langue, syntaxe, grammaire) ? (notez de 1 à 5)

1 2 3 4 5

D. En général

7. Avez-vous d'autres commentaires à ajouter sur la publication ?

.....
.....
.....

Dites-nous qui vous êtes :

Nom : E-mail :

Fax :

A quelle catégorie appartenez-vous ?

Organisations intergouvernementales Organisations non gouvernementales Travailleur indépendant
Étudiant Universitaire Fonctionnaire Politicien Secteur privé

Nous vous remercions d'avoir complété le questionnaire. Vous pouvez faxer vos réponses au (33-1) 49 10 42 81 ou les envoyer par courrier à l'adresse suivante :

Questionnaire qualité PAC/PROD, Division des publications de l'OCDE
23, rue du Dôme – 92100 Boulogne-Billancourt – France.

Titre : La mise en œuvre de la Convention anti-corruption de l'OCDE

ISBN : 92-64-10115-2 **Code OCDE (version imprimée) :** 28 2003 01 2 P

¹. *Nota bene* : Cette offre ne concerne pas le personnel de l'OCDE.