

# COMPTE-RENDU DE LA TABLE RONDE

## NOUVEAUX RAPPORTS DE FORCE ET NOUVEAUX RISQUES : L'ENTREPRISE SEULE FACE AUX POUVOIRS PUBLICS ET AUX CITOYENS ?

TABLE RONDE animée par Philippe LÉGER<sup>1</sup>,  
avec la participation de : Ugo DRAETTA<sup>2</sup>, Anne-José FULGERAS<sup>3</sup>,  
Jean MONVILLE<sup>4</sup>, Jean-Claude NAJAR<sup>5</sup>, Edouard SILVERIO<sup>6</sup>,  
Jean-Yves TROCHON<sup>7</sup>, Jean-Pierre VIDON<sup>8</sup>

Compte rendu rédigé par une équipe de doctorants : Jérémie KOHN, Carlos Alberto MONTENEGRO, Diane NGOUADJE, Stéphanie TORKOMYAN, Alexandre VERMYNCK

Le colloque a permis de mettre en avant les nombreux risques pesant sur l'entreprise mondialisée. Mais l'entreprise n'est pas seule face à ces risques répressifs. Elle dispose en effet de ressources à la fois légales (I) et institutionnelles (II) qui l'aident à déterminer et à sanctionner les comportements à risques. L'entreprise peut aussi intervenir en amont en mettant en place des mesures internes de prévention (III).

### I. LES RESSOURCES DU DROIT

#### A. Le foisonnement de textes répressifs : les risques de dérives

##### 1. La pénalisation de la vie sociale

Paradoxalement, alors que la communauté juridique internationale assiste à un mouvement de

« *super protection* » des droits fondamentaux, les entreprises et leurs dirigeants se sentent de plus en plus menacés par le droit pénal.

La pénalisation de la vie sociale fait en effet peser plus de risques sur un plus grand nombre de personnes. Ce mouvement ne s'effectue pas sans dérives, comme l'atteste l'exemple du rôle de la Commission dans le respect du droit de la concurrence communautaire.

##### 2. Les pouvoirs excessifs de la Commission en matière de droit de la concurrence

Ugo Draetta (*on trouvera en annexe à ce compte-rendu le texte de la Communication écrite par Ugo Draetta*) a souligné que le droit communautaire a créé un espace permettant aux entreprises d'élargir leurs horizons. Mais il ne faut pas cacher un problème important : le pouvoir

---

1. Ancien Avocat Général à la Cour de justice des Communautés européennes, Président de la Commission nationale de déontologie de la sécurité.  
2. Professeur à l'Université catholique de Milan.  
3. Conseiller du Président, Natixis.  
4. Président du Comité internationalisation de l'entreprise du Medef, Président du Groupe Spie.  
5. Directeur juridique & de la conformité, GE Commercial Finance.  
6. Secrétaire général, Club Méditerranée.  
7. Directeur juridique adjoint, Lafarge.  
8. Ambassadeur de France, chargé de la lutte contre la criminalité organisée.

répressif excessif du droit communautaire. En effet, celui-ci règle trop de matières, même celles que les États fédéraux donnent aux communautés fédérées (ainsi le droit des affaires qui n'entre pas dans le domaine de compétence des autorités fédérales des États-Unis mais des « États » qui forment la Fédération).

Deux exemples tirés du droit communautaire de la concurrence permettent de constater cet excès de répression : le droit d'inspection de la Commission et la concentration en ses mains d'un nombre trop important de pouvoirs.

La Cour de justice des Communautés européennes (ci-après CJCE) avait déjà fait prévaloir le droit de la concurrence sur la protection du domicile des personnes morales. Avec le Règlement 1/2003, le législateur communautaire est allé encore plus loin.

En effet, l'article 21 de ce Règlement permet à la Commission de pratiquer des inspections au domicile de personnes privées. Certes, il est possible de contrôler l'inspection. Cependant, les juridictions nationales ne peuvent contrôler que l'arbitraire d'une telle inspection. Elles ne peuvent pas contester l'utilité de celle-ci, ni demander la communication de renseignements relatifs à l'enquête.

La Commission ne s'est-elle pas vu attribuer des pouvoirs trop importants ? Ne franchit-elle pas les limites posées par les Constitutions de certains États-membres ?

La Commission dispose, en plus de pouvoirs d'investigation, du pouvoir de déterminer la conformité des agissements des entreprises au droit de la concurrence.

Cette multiplicité de rôles n'offre pas les garanties d'impartialité et d'indépendance prévues notamment à l'article 6. 1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après CEDH).

Cependant, malgré ces possibles dérives, les entreprises n'apparaissent pas seules face aux risques que fait peser sur elles la pénalisation du

droit de l'entreprise. Elles disposent d'abord des traditionnelles garanties des droits fondamentaux. Elles disposent ensuite d'exonérations de responsabilité sous l'empire de certains droits nationaux.

## **B. Les garanties des droits fondamentaux**

### **1. Les principes traditionnels**

Selon Ugo Draetta, l'entreprise est quand même protégée par les principes de la Charte de Nice et de la Convention des droits de l'homme, en particulier le principe de légalité des crimes et des délits, des droits de la défense, de la précision des incriminations et du principe de proportionnalité entre l'acte et la sanction. Ces principes sont accompagnés de remèdes, notamment le recours à la Cour européenne des droits de l'homme contre l'État concerné et à la Cour de justice des Communautés européennes pour les actes communautaires qui violent ces principes.

### **2. La CJCE face à la Commission en matière de droit de la concurrence**

Dans l'arrêt *Schneider*, la CJCE conclut que les droits de la défense ont été à plusieurs égards méconnus par la Commission. De telles illustrations jurisprudentielles sont fréquentes.

La CJCE n'hésite donc pas à sanctionner la méconnaissance de la part de la Commission de certains droits fondamentaux.

Au-delà de ces garanties traditionnelles, certains législateurs ont décidé de protéger les entreprises sous certaines conditions.

## **C. Les exemptions de responsabilité de certains droits nationaux**

### **1. Présentation du mécanisme : l'exemple italien**

En Italie, depuis 2001, la responsabilité pénale d'une personne morale est exclue si celle-ci adopte un code de bonne conduite et le met en œuvre. Ce mécanisme, adapté à la Convention

OCDE sur la corruption, incite à la bonne gouvernance et pourrait concourir efficacement à l'assainissement de la vie de l'entreprise.

La France ne s'est pourtant toujours pas dotée de cet outil législatif.

### 2. Où en est la France ?

Pour le moment, la France en reste aux dispositions de l'article 121-2 du Code pénal, lequel ne prévoit pas la possibilité de limitation ou d'exonération de responsabilité en cas d'adoption et de respect d'un code de *compliance*.

Jean Monville et le comité d'internationalisation de l'entreprise essaient de rendre le territoire français plus attrayant d'un point de vue juridique en négociant continuellement avec le pouvoir politique en place. Cette action est rendue nécessaire par la pratique du « *law shopping* » mise en œuvre par les entreprises et qui consiste à choisir une implantation géographique en fonction de son attrait juridique.

Cependant, le Medef n'est pas parvenu à obtenir une réforme du Code pénal et la France reste sur ce point de vue en retard par rapport à certains de ses voisins européens.

D'un point de vue plus international les entreprises mondialisées bénéficient des ressources institutionnelles.

## II. LES RESSOURCES INSTITUTIONNELLES FACE A LA CORRUPTION

### A. L'EITI (The Extractive Industries Transparency Initiative)

Pour Jean-Pierre Vidon, Ambassadeur chargé de la lutte contre la criminalité organisée, l'accent doit être mis sur les initiatives qui associent entreprises et pouvoirs publics en lien avec les organisations de la société civile. L'EITI fournit un bon exemple du support que les institutions peuvent apporter aux entreprises face au problème de la corruption.

Cette Initiative, proposée par le Premier Ministre britannique Tony Blair à l'occasion du Sommet mondial sur le développement durable (Johannesburg, septembre 2002), regroupe une variété d'acteurs (États, entreprises, organisations internationales, ONG...) qui souhaitent promouvoir une meilleure gouvernance dans les pays exportateurs de ressources minières ou d'hydrocarbures. Le principe est d'accroître la transparence en encourageant d'une part la publication par les États producteurs des revenus tirés de l'exploitation des ressources pétrolières, gazières et minières et, d'autre part, la publication par les entreprises concernées des versements effectués aux États. La connaissance des revenus donnera ainsi les moyens aux citoyens et aux institutions de demander des comptes aux gouvernements. Ce mécanisme qui repose sur le volontariat vise à encourager une meilleure allocation des ressources pour le développement.

L'Initiative doit en outre contribuer à améliorer l'environnement des affaires. Par ce mécanisme, les pouvoirs publics permettent de limiter les risques des entreprises liés à leurs investissements. La corruption crée en effet l'instabilité politique, ce qui menace à son tour les investissements qui sont à long terme.

L'originalité et la force de l'EITI repose sur l'engagement de toutes les parties prenantes. Parmi la cinquantaine de pays producteurs à travers le monde, vingt-trois ont adhéré à l'Initiative jusqu'à présent, mais les pays « donateurs » d'où sont originaires les entreprises productrices s'impliquent également. Ainsi, la France est engagée activement au plan politique aussi bien que financier, puisqu'elle participe au Conseil de direction et qu'elle a versé 500 000 euros au budget de l'EITI.

En agissant ainsi la France favorise la transparence dans ces pays, ce qui montre une logique de soutien aux entreprises qui opèrent dans ce secteur. La France plaide également pour que les opérateurs économiques des pays en développement et les autorités nationales s'impliquent dans l'initiative. L'objectif final est de parvenir au respect des mêmes règles par tous et d'inscrire

les principes et critères de cette Initiative au rang de norme internationale en matière de corruption et de transparence. Les interventions françaises dans les autres enceintes internationales vont d'ailleurs dans le même sens, notamment au sein de l'OCDE.

L'entreprise n'est donc pas seule face aux pouvoirs publics et aux citoyens. Pour Jean-Pierre Vidon, lorsque la France appelle ses partenaires à ratifier la Convention des Nations Unies contre la corruption (dite Convention de Mérida), c'est pour que les États en respectent les dispositions vis-à-vis des entreprises françaises.

## B. La Convention des Nations Unies contre la corruption (Convention de Mérida)

La Convention des Nations Unies a été préparée à l'initiative des États-membres à la suite de la Convention de Palerme sur la criminalité transnationale organisée. Pour appuyer cette avancée, le Secrétaire Général des Nations Unies a pris de nombreuses initiatives afin de donner corps à un mécanisme de suivi efficace.

Poursuivant le même but la France avait proposé lors de la négociation un mécanisme ambitieux, articulé autour d'un groupe d'experts indépendants, élus par la Conférence des parties. Cette proposition a malheureusement été rejetée par la majorité des États. Il n'en demeure pas moins que l'objectif reste de développer des standards internationaux élevés en matière de lutte contre la corruption au niveau international.

Comme l'affirme un participant au colloque, l'insécurité pour les entreprises n'est pas liée à la multiplication des textes répressifs, mais au fait que la règle du jeu n'est pas bien établie et est difficile à connaître. Il est donc effectivement important de clarifier les standards internationaux, comme cette Convention vise à le faire. L'interdiction de la corruption de fonctionnaires étrangers a été clairement établie par les Conventions de l'OCDE et des Nations Unies. Les entreprises avaient bien intégré cette donnée mais la position adoptée par le Gouvernement britannique,

abandonnant en décembre 2006 des poursuites en présence d'indices de corruption, démontre qu'il y a des ambiguïtés dans le soutien que les institutions nationales peuvent apporter à une politique d'intégrité.

## C. Le soutien des États aux entreprises

La décision prise par les Autorités britanniques de ne pas poursuivre l'enquête sur les allégations de corruption récemment révélées constitue certes une forme de soutien aux entreprises concernées, mais ce comportement risque d'avoir un effet mortel sur la dynamique engagée. Un participant constate ainsi que la tâche des *compliance officers* dans les entreprises exportatrices va être encore plus difficile, une telle position officielle ne leur laissant plus aucune crédibilité.

Ugo Draetta ajoute que, selon une étude réalisée à Yale par Suzanne Rose-Ackerman (étude promue par Transparency International), la position anglaise est indéniablement contraire au droit international. Il n'existe en effet aucune exception à l'obligation prévue par l'article 5 de la Convention de l'OCDE contre la corruption. L'attitude de l'Angleterre risque donc de tuer cette Convention. Ugo Draetta s'interroge en effet sur la possibilité de poursuivre à l'OCDE l'examen par les pairs lorsqu'un État aussi important que l'Angleterre adopte une telle position. Cette forme de soutien apporté par un État à ses entreprises provoque une véritable crise à l'OCDE qui se trouve aujourd'hui au milieu du gué.

Un participant au colloque relève que cette attitude contraste avec la naïveté et l'angélisme qui prédominent en France sur cette question, notamment vis-à-vis des entreprises qui concluent des marchés en Afrique. Jean-Pierre Vidon rejette cette accusation d'angélisme et rappelle que la France a exprimé avec force la difficulté majeure que constituait la position anglaise. Il faut que les règles soient les mêmes pour tous et la France est très attachée à la poursuite des travaux de l'OCDE dans ce domaine. Concernant le rôle de l'État, il souligne que les ambassades sont à

l'écoute de la communauté des affaires. Celles-ci doivent être informées au plus haut niveau (et pas uniquement au niveau des missions économiques). Selon les circonstances, lorsque les sollicitations interviennent alors que l'État étranger a contracté avec des entreprises françaises, il peut en effet y avoir une intervention de l'Ambassade auprès des autorités politiques afin que l'État respecte ses engagements.

Un participant au colloque soutient qu'au regard du droit en vigueur (initiative du parquet pour l'ouverture des poursuites), une situation similaire à celle de l'Angleterre pourrait fort bien se produire en France.

Un représentant de l'OCDE rappelle que le Groupe de travail sur la corruption est solidaire dans son attitude envers la Grande Bretagne et fait pression pour que ce pays respecte les principes essentiels de la Convention. Par ailleurs, les pays membres de l'OCDE sont parfaitement conscients de la nécessité de parvenir à une adhésion des États « BRICS » (Brésil, Russie, Inde, Chine, Afrique du Sud) à la Convention contre la corruption. L'Afrique du Sud devrait d'ailleurs le faire très bientôt et un travail étroit est engagé avec la Chine dont les représentants ont récemment assisté pour la première fois à une réunion de suivi. Enfin, l'OCDE travaille activement pour l'élaboration d'un mécanisme de suivi de la Convention des Nations Unies.

### D. Les lobbies pro-entreprises (Medef)

Jean Monville rappelle les trois missions que le Medef tente de remplir au service des entreprises :

- Rendre attractif le territoire français sur le plan juridique tout en respectant les spécificités nationales. Il s'agit par exemple de lutter contre les *class actions* « à la française » ou de mener une réflexion sur l'adaptation du *whistleblowing* dans les entreprises françaises ;
- Collaborer avec les organisations internationales dans la lutte contre la corruption. Le

Medef rappelle fréquemment sa condamnation sans fard de la corruption mais s'inquiète du fait que ce problème n'est pas suffisamment pris en compte par les PME. Dans ce domaine en tout cas, le Medef est partisan de l'autorégulation comme règle fondamentale ;

- Participer au dialogue international : un travail important a ainsi été mené sur les textes relatifs aux garanties à l'exportation, en introduisant le niveau de pragmatisme nécessaire.

Dans la poursuite de ses missions le Medef doit composer avec une administration française qui, selon Jean Monville, est plutôt orientée vers des « textes durs à application molle » que vers une démarche pragmatique. De plus, le Service central de prévention de la corruption est victime d'un conflit d'intérêts fondamental qui l'empêche de mener à bien sa mission. En effet, ce service, censé être l'interlocuteur des entreprises confrontées à la corruption est astreint à une obligation de dénonciation au Parquet de toutes les infractions portées à sa connaissance. Enfin si le Medef partage la volonté des autorités françaises d'aller vers plus d'éthique dans les affaires, il s'attache à ce que la France n'avance pas plus vite que ses partenaires étrangers afin que les entreprises françaises ne soient pas pénalisées.

En matière de concurrence le Medef sera également attentif aux sanctions qui arriveront en application des dernières lois afin que les entreprises ne soient pas sanctionnées avec une lourdeur excessive, ce qui est à craindre lorsque l'on observe l'augmentation du montant des amendes imposées par les autorités communautaires.

En ce qui concerne le droit communautaire, Jean Monville voit en effet poindre une philosophie derrière le droit, celle de l'ouverture à tous crins. Les autres pays ont plus d'outils pour défendre leurs entreprises, ce qui rend extrêmement nécessaire le travail de lobbying auprès des autorités communautaires. On constate malheureusement que la simple évocation de normes à Bruxelles expose à une accusation d'entrave à la concurrence.

A propos des actions internationales Jean Monville et Jean-Pierre Vidon expriment quelques réserves sur l'efficacité du *Global Compact* initié par le Secrétaire Général des Nations Unies pour réunir des entreprises sur une base volontaire. Les entreprises françaises se sont impliquées avec enthousiasme, représentant à une certaine période jusqu'à 20 % des membres, mais sans que cela ne débouche sur des actions concrètes. En effet, des principes concernant la lutte contre la corruption n'ont été adoptés qu'en juillet 2004 et la seule sanction des entreprises qui ne respectent pas les engagements du pacte reste l'exclusion.

Cet exemple montre bien que les ressources institutionnelles, quelles qu'elles soient, ne peuvent être suffisantes pour protéger les entreprises du risque répressif. Fort heureusement, celles-ci peuvent également compter sur leurs ressources internes.

### III. LES RESSOURCES INTERNES

#### A. Les règlements internes

L'entreprise « mondialisée » peut faire face seule à certains risques répressifs par le recours à des énergies propres, produits d'une politique d'autorégulation. Ces instruments dits de *soft law* aux appellations diverses (codes d'éthique, programmes de conformité, principes d'action...) envisagent principalement des risques de droit pénal économique, le risque anti-trust, le risque lié à l'environnement et la question des conflits d'intérêts au sein de l'entreprise. Le *modus operandi* de ces outils a été analysé à travers la mise en perspective croisée des solutions développées au sein des groupes de sociétés General Electric (ci-après GE) et Club Méditerranée (*On trouvera en annexe à ce compte-rendu le texte de la Communication écrite par Edouard Silverio.*). Au-delà des points communs à ces groupes : caractère transnational et nécessaire prise en considération des règles locales parfois impératives des États d'implantation ainsi que des entités

qui les composent, une différence transparait cependant à travers une autonomie relative des modèles d'autorégulation adoptés. Alors que l'un d'eux (celui du Club Méditerranée) repose essentiellement sur l'établissement d'un système de délégation de pouvoir exercé à la base, *i.e* au niveau de chacun des chefs de « village », comme outil de sensibilisation et de responsabilisation, le modèle retenu par GE consiste en un diptyque faisant apparaître, d'une part, un outil interne (la « Charte ») et, d'autre part, la référence à des normes édictées par des institutions internationales à caractère privé (le plus récent étant le rapport Baker Mc Kenzie de novembre 2006). La « Charte » se décline en quatorze règles regroupées autour de quatre thèmes (collaboration entre entreprises et fournisseurs, relation avec les gouvernements, droit de la concurrence, protection des actifs de GE), tandis que le rapport Baker Mc Kenzie développe autour de cinq « R » (risque, renouveau, réglementation, relation avec les gouvernements et les différents éléments de la société, réputation) un véritable programme induit par la volonté de transformer des tendances *a priori* désavantageuses pour l'entreprise en avantages compétitifs. Le véritable défi résidant dans l'articulation raisonnée de ces normes afin de trouver une réponse adaptée aux risques pesant sur l'entreprise.

#### B. L'alerte éthique (*whistleblowing*)

L'alerte éthique (*whistleblowing*) réduit la survenance de certains risques encourus par l'entreprise. En effet, le contrôle en amont des risques permet d'éviter des sanctions qui résultent de la réalisation de ces risques. L'alerte éthique s'inscrit aujourd'hui dans les impératifs de *compliance* de l'entreprise. Le *whistleblowing* a été consacré aux États-Unis par la Loi Sarbanes-Oxley qui rend obligatoire la dénonciation des actes délictueux commis au sein de l'entreprise. Cette procédure imposée par les autorités américaines est d'ailleurs encouragée par les médias avec la désignation du « *whistleblower* de l'année ». Tout système d'alerte doit s'accompagner d'une protection du donneur d'alerte désintéressé et de bonne foi.

Mais la France – comme l'Italie ou l'Espagne – est traditionnellement hostile à toute forme de délation. La procédure de dénonciation sera donc encadrée en France par la CNIL qui veillera à l'application d'une « délation organisée ». Pour certains, il serait souhaitable de tenir compte des spécificités nationales et de mettre en place un *whistleblowing* « à la française ». Il ne s'agirait alors que d'une simple « procédure de signalement » permettant aux salariés de dénoncer les comportements risqués, et ce, dans leur propre intérêt et à leur discrétion. La non-dénonciation ne doit pas être sanctionnée (à la différence de ce qui existe en Angleterre). En effet, il faut bien distinguer les droits des individus et les objectifs de l'entreprise ; les salariés n'ont aucune obligation de signaler des comportements dangereux au nom de l'entreprise. Instituer une simple faculté de dénonciation permet ainsi de protéger les

salariés dans leur action de dénonciation sans pour autant faire peser une nouvelle obligation à leur charge. Il s'agit alors de simplement rappeler aux salariés leur droit de dénoncer des comportements dangereux puisqu'un risque qui pèse sur l'entreprise est un risque qui pèse sur tous les salariés.

Ainsi, malgré une finalité acceptée par tous – celle de la *compliance* des entreprises aux valeurs internationalement reconnues –, le « *cultural gap* » entre les pays empêche une acception et une articulation identiques de ces valeurs. Ce constat révèle deux conceptions antagonistes : celle de l'adaptation des institutions aux différentes cultures et celle de l'acculturation des valeurs pour une meilleure efficacité de celles-ci au niveau mondial.