

Strasbourg, 16 novembre 2022

C198-CdP(2022)8 IN

CONFÉRENCE DES PARTIES

Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE no. 198)

Note interprétative sur l'article 10 de la Convention

INTRODUCTION

1. Lors de sa 13^e réunion plénière qui s'est tenue à Strasbourg les 17 et 18 novembre 2021, la Conférence des Parties à la Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (STCE n° 198) a invité le Bureau à examiner les questions d'interprétation liées à certains aspects de l'article 10 de la Convention, notamment en ce qui concerne la fonction des programmes de conformité dans le contexte de la responsabilité des personnes morales. Lors de cette réunion plénière, la Conférence a adopté l'étude de suivi thématique sur la mise en œuvre de l'article 10 par les Etats parties. Un certain nombre de conclusions/analyses de cette étude ont inspiré la présente Note interprétative. Cette note interprétative a été discutée et adoptée lors de la réunion plénière de la CdP le 16 novembre 2022.

LES INSTRUMENTS INTERNATIONAUX SUR LA RESPONSABILITÉ DES PERSONNES MORALES

2. Des dispositions relatives à la responsabilité des personnes morales sont prévues dans une série d'instruments internationaux. La Convention des Nations Unies contre la criminalité transnationale organisée (UNTOC, 2000) a été le premier instrument des Nations Unies à établir des normes internationales sur la responsabilité des personnes morales pour une série d'infractions en lien avec la criminalité organisée, la corruption et le blanchiment de capitaux. La Convention des Nations Unies contre la corruption (UNCAC, 2005) a suivi le même chemin en élargissant l'éventail des infractions de corruption applicables et le champ d'application respectif de la responsabilité des personnes morales, y compris en matière de blanchiment de capitaux. Ces deux Conventions affirment ainsi l'applicabilité du même mécanisme de responsabilité des personnes morales à diverses infractions.

3. Un champ d'application aussi étendu n'était pas encore présent dans la Convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, qui établissait la responsabilité des personnes morales uniquement pour l'infraction de corruption d'agents publics étrangers, malgré l'existence des dispositions réprimant le blanchiment de capitaux, indépendamment de la responsabilité des personnes morales pour cette infraction. Toutefois, cette lacune représente un écart parmi les conventions modernes, y compris les instruments du Conseil de l'Europe analysés ci-dessous, qui confirment le principe de l'applicabilité de la responsabilité des personnes morales à différentes infractions.

4. Il convient toutefois de noter que la UNTOC, la UNCAC et la Convention de l'OCDE ne développent pas le concept de responsabilité des personnes morales, si ce n'est pour indiquer que cette responsabilité est déclenchée par l'implication d'une personne morale dans la commission de l'infraction en question. Les Conventions du Conseil de l'Europe vont plus loin que leurs homologues des Nations Unies et de l'OCDE dans la définition du champ d'application de la responsabilité des personnes morales.

LES CONVENTIONS DU CONSEIL DE L'EUROPE

5. Les Conventions du Conseil de l'Europe STE 173 (Convention pénale sur la corruption, 1999) et STCE 198 restent les instruments internationaux les plus exhaustifs en ce qui concerne le concept de responsabilité des personnes morales ainsi que les circonstances dans lesquelles cette responsabilité devrait être engagée. Ainsi, cette définition de la responsabilité des personnes morales constitue la base du consensus juridique international en la matière et a

également imprégné la pratique commerciale internationale. Elle est également reprise dans les directives 2018/1673 et (UE) 2017/541 de l'Union européenne.

6. Les articles respectifs de la STE 173 (article 18) et de la STCE 198 (article 10) contiennent une formulation similaire, confirmant une fois de plus l'applicabilité des mêmes normes de responsabilité des personnes morales à des infractions différentes. Les exigences de l'article 10 établissent deux niveaux de circonstances déclenchant la responsabilité des personnes morales:

- Lorsque l'infraction a été commise par une personne physique en position d'autorité, de contrôle ou de représentation légale, y compris dans des circonstances où ces personnes ont agi en tant que complice ou instigateur du comportement criminel (article 10, paragraphe 1) ;
- Lorsque l'infraction a été commise par toute autre personne physique étant sous l'autorité de la personne morale, l'absence de surveillance ou de contrôle par la direction ayant rendu possible la commission des infractions (article 10, paragraphe 2).

7. Dans les deux cas, la responsabilité pénale est engagée lorsque l'infraction est commise pour le compte de la personne morale. Bien que sous l'article 10 paragraphe 1, le lien entre la personne morale et les agissements de son propriétaire, de son dirigeant ou de son représentant est relativement évident, les dispositions de l'article 10 paragraphe 2 ont soulevé des incertitudes lors des discussions de la Conférence des Parties à la STCE 198. Elles sont donc le sujet principal de cette Note interprétative, qui vise spécifiquement les hypothèses où la responsabilité d'une personne morale peut être retenue pour des infractions commises en raison d'un manque de surveillance ou de contrôle.

Critères évalués

PARAGRAPHE 2 (LA RESPONSABILITE DES PERSONNES MORALES EN CAS D'ABSENCE DE SURVEILLANCE OU DE CONTROLE)

Abstraction faite des cas déjà prévus au paragraphe 1, chaque Partie prend les mesures nécessaires pour s'assurer qu'une personne morale puisse être tenue responsable lorsque l'absence de surveillance ou de contrôle par une personne physique visée au paragraphe 1 a rendu possible la commission des infractions mentionnées au paragraphe 1 pour le compte de ladite personne morale par une personne physique soumise à son autorité.

8. Les notions clés de ce paragraphe, sujettes à interprétation, ont trait à la "surveillance ou au contrôle", à savoir les circonstances, le champ d'application et les paramètres dans lesquels cette surveillance ou ce contrôle doivent être menés, ainsi que les formes qu'ils peuvent prendre. Conformément au texte de l'article et aux pratiques internationales établies, les propriétaires et la direction d'une personne morale devraient mener "une surveillance et un contrôle" de nature à contribuer à la prévention des infractions. L'efficacité de ces mesures de "surveillance et contrôle" pourrait être accrue si leur mise en œuvre est effectuée de manière systémique, en privilégiant une approche « par le haut » au sein de l'entité morale. Lorsqu'elles sont transposées dans les processus, procédures et pratiques permanents d'une personne morale, ces mesures systémiques sont souvent désignées par la législation, les normes et les pratiques commerciales internationales comme des "contrôles internes" (également appelés "programmes de conformité"). Les contrôles internes permettent aux dirigeants ou aux propriétaires (par le biais d'un conseil d'administration) de la personne morale d'assurer une "surveillance et un contrôle" exhaustifs de ses activités.

9. L'absence de contrôles internes au sein d'une personne morale, qui fait l'objet d'une procédure pénale, administrative ou civile, peut être considérée par un tribunal comme une démonstration claire de l'absence de surveillance et de contrôle de la part des propriétaires ou des dirigeants de l'entité. Par ailleurs, la *mise en œuvre pratique* des contrôles internes et leur *efficacité réelle* dans la prévention des manquements, plutôt que leur simple existence formelle, devraient être au cœur de l'engagement de la responsabilité des personnes morales.

Exemples tirés de l'étude de suivi thématique de l'article 10.2

10. Un certain nombre de régimes nationaux ont établi des exigences pour les personnes morales conformément à l'article 10 paragraphe 2. Les deux cas spécifiques relevés dans l'étude de suivi thématique, qui font référence aux programmes de conformité, sont ceux de **l'Italie** et de **l'Espagne**. Dans les deux cas, un programme de conformité peut être considéré par un tribunal comme une circonstance atténuante en cas d'infraction commise par la personne morale.

Italie

" L'Italie a également introduit des " exemptions " de responsabilité à l'art. 6 du Décret-loi. Cet instrument permet à une personne morale d'éviter toute responsabilité lorsqu'elle aurait adopté et appliqué efficacement un programme de conformité visant à prévenir le type d'infraction qu'une personne physique a néanmoins commis en contournant frauduleusement ledit programme. Pour s'exonérer de sa responsabilité, l'entité doit également avoir confié la tâche d'assurer la mise en œuvre et le contrôle de l'application du programme à une unité dotée de pouvoirs autonomes d'initiative et de contrôle. En outre, l'article 6 précité énumère les exigences minimales du programme de conformité pénale qui comprennent l'identification du risque, les méthodes de gestion des ressources financières, l'obligation de communiquer sur le fonctionnement du modèle de conformité, les mesures disciplinaires en cas de non-conformité et le programme de lancement d'alerte. Le "modèle de conformité" nécessite une vérification périodique et une éventuelle modification en cas de violations graves. En présence de soupçons/enquêtes à l'encontre d'une personne morale pour une infraction qu'elle aurait commise, l'implémentation d'un programme de conformité n'aboutira pas automatiquement à l'exonération de sa responsabilité, puisque le tribunal est libre d'apprécier les preuves et de décider souverainement dans chaque cas. Ainsi, les dispositions de l'article 6 du Décret-loi ne limitent pas la portée des exigences de la Convention."

Espagne

" La réforme de 2015 de la responsabilité pénale des personnes morales en Espagne a introduit une " exemption " de responsabilité. L'art. 31 bis, paragraphes 2 à 5, du Code pénal confère une possibilité aux personnes morales de bénéficier d'une " défense ", si elles sont en mesure de prouver que, avant la commission d'une infraction, elles avaient établi et mis en œuvre un modèle d'organisation et de gestion propice à la prévention des infractions pénales ou à la réduction significative de leur nombre. Cette disposition énumère les exigences minimales d'un programme de conformité digne de ce nom, lesquelles comprennent une analyse des risques par domaine d'activité potentiellement vulnérable, des modèles de gestion adéquate des actifs financiers, une obligation de notification des risques éventuels et des cas de non-conformité, des mesures disciplinaires en cas de non-conformité et des audits périodiques. Le "modèle de conformité" doit être contrôlé de manière adéquate et indépendante par un organe de gestion doté d'un pouvoir de contrôle suffisant ou, directement, par l'organe de gestion s'agissant de personnes morales de taille réduite (article 31 bis, paragraphes 2 et 3). Dans les cas où seule une preuve partielle

du respect des exigences susmentionnées peut être apportée, l'exonération de la responsabilité devient impossible. Les mesures prises peuvent être considérées comme un facteur de réduction de la sanction (article 31 bis, paragraphe 2, point 4). La mise en œuvre d'un "modèle" de conformité non obligatoire n'exonère pas la personne morale de sa responsabilité, mais permet plutôt aux tribunaux de prendre en compte les efforts de la personne morale pour empêcher la commission d'infractions pénales. Par conséquent, les nouvelles dispositions n'impactent pas la conformité de l'art. 31 bis du Code pénal avec les exigences de la Convention. "

11. Dans les deux cas, le programme de conformité avait pour objectif commun de prévenir la commission de divers types d'infractions pénales, y compris le blanchiment de capitaux. Il serait également applicable, par exemple, aux infractions de corruption, qui ont été historiquement l'un des principaux moteurs du développement d'exigences de conformité plus étendues pesant sur les personnes morales, et des normes respectives en matière de responsabilité des personnes morales, y compris en Italie et en Espagne. Les normes de conformité en matière de lutte contre la corruption sont exhaustivement détaillées dans la norme ISO 37001 et continuent d'évoluer.

QUESTION : Quelles sont les mesures nécessaires pour mettre en œuvre une surveillance et un contrôle efficaces au sein d'une personne morale ?

12. La présente Note interprétative ne vise pas à établir une liste exhaustive des mesures à mettre en œuvre par une personne morale pour démontrer une surveillance et un contrôle efficaces. La nature des mesures de contrôle interne variera en fonction du type de personne morale, de la nature de son profil d'activités et du profil de ses homologues d'affaires, de sa taille ainsi que de la portée géographique de ses activités commerciales.

13. En termes généraux, les contrôles internes peuvent inclure des piliers principaux, tels que les suivants, en fonction également de la taille de la personne morale:

- a) *L'engagement des membres de la haute direction* à l'égard d'une politique globale de contrôle interne adoptée à un haut niveau par la direction, comprenant la désignation d'un cadre supérieur responsable de la fonction de contrôle interne et de l'affectation de personnel et de ressources suffisantes à cette fonction.
- b) *Une politique de contrôle interne* pourrait être élaborée, décrivant l'objectif du programme de contrôle interne, ses principales composantes, ainsi que les rôles du personnel impliqué et impacté par cette politique. Elle pourrait énoncer clairement les orientations et les interdictions en matière de comportement à adopter, ainsi que la politique de conservation des documents pour l'organisation. Les contrôles internes doivent être adaptés et conformes au cadre législatif du pays d'enregistrement et d'exploitation de ladite société.
- c) *L'évaluation des risques* est désormais largement considérée comme une composante essentielle dans l'élaboration de tout système de contrôle interne efficace. Le risque peut être défini comme la probabilité que des infractions soient commises par les dirigeants, le personnel sous leur surveillance et l'entité elle-même. Il s'agit de déterminer quelles sont les menaces (ou les aléas) pesant sur la personne morale, c'est-à-dire les types d'infractions susceptibles de se produire et les types d'acteurs pouvant être impliqués, ainsi que les éventuelles vulnérabilités systémiques de ses mécanismes de contrôle (à remédier dès leur identification). L'évaluation des risques prend généralement en considération le profil de d'activités, les homologues d'affaires, les facteurs géographiques et d'autres facteurs liés aux activités de l'entreprise.

- d) *La sélection et la formation des employés* est une composante majeure des contrôles internes, notamment pour les fonctions clés (prise de décision exécutive et financière, gestion des relations commerciales externes et des sous-traitants, etc.)
- e) *Les tiers et les homologues d'affaires* peuvent être évalués et sélectionnés en fonction de leur sensibilité potentielle au risque de commission d'une infraction, qui devrait être strictement encadré par des clauses contractuelles et, si nécessaire, par la mise en œuvre de vérifications ou contrôles ciblés à l'égard de ces parties concernées.
- f) *Les contrôles et l'audit* peuvent être adaptés aux risques et scénarii potentiels de commission d'une infraction, et se voir allouer des ressources suffisantes. Un audit interne ou indépendant, y compris en ce qui concerne la fonction de conformité elle-même, doit être mené périodiquement.
- g) *Les alertes professionnelles, les enquêtes internes et la résolution des conflits d'intérêts* constituent l'élément d'exécution d'un système de conformité. Des procédures et des mécanismes spécifiques pour les alertes professionnelles doivent être établis. Des procédures d'enquête doivent être prévues pour les rapports des lanceurs d'alerte. Une politique disciplinaire bien calibrée pour les infractions identifiées doit être appliquée. Il convient de mettre en place un canal spécial pour la transmission des faits constitutifs des infractions pénales aux autorités de poursuite pénale, si cela est nécessaire conformément à la législation nationale.

14. En termes de *champ d'application*, le programme de conformité peut être appliqué pour prévenir la commission de différents types d'infractions, au minimum celles requises par la législation internationale et nationale, et notamment les infractions de blanchiment de capitaux, de financement du terrorisme et de corruption.

15. L'*externalisation* des composantes du contrôle interne n'est pas encouragée et, en tout état de cause, elle ne peut être envisagée que pour certains éléments isolés, tels que la sélection des employés, l'audit et les contrôles des tiers et des homologues d'affaires. Globalement, la responsabilité en matière de "surveillance et de contrôle" devrait demeurer sur les cadres supérieurs/propriétaires et être implémentée efficacement pour toutes les composantes du programme de contrôle interne, y compris les éléments externalisés.

QUESTION : Quel est le lien entre les dispositions de l'article 10 et les exigences en matière de LBC/FT pour les "entités assujetties" ?

16. Dans un souci de clarté réglementaire, il est important d'expliquer comment les dispositions de l'article 10 et son concept de "surveillance et contrôle" s'articulent avec les exigences de contrôle interne pesant sur les "entités assujetties" soumises à la législation relative à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (LBC/FT).

17. Les entités assujetties devraient être soumises aux dispositions de l'article 10, comme toutes les autres personnes morales. En vertu de la législation nationale en matière de LBC/FT, les entités assujetties sont tenues de mettre en œuvre des contrôles internes et des programmes de conformité, dont l'un des objectifs distincts est de surveiller les activités des clients et de déclarer les opérations suspectes. Les Recommandations du GAFI exigent des entités assujetties qu'elles disposent de procédures de sélection garantissant le recrutement des employés selon des critères exigeants et d'une fonction d'audit interne pour tester les contrôles LBC/FT.

Cependant, ces mesures ne sont pas adaptées à la prévention de la commission des infractions au sein de l'entité obligée et par celle-ci, au sens de l'article 10. Les éléments clés du contrôle interne selon l'article 10 (par exemple, un dispositif de lancement d'alerte qui soit interne ou externe) ne sont actuellement pas prévus dans les Recommandations du GAFI.

18. Indirectement, l'existence ou l'absence de contrôles internes efficaces en matière de LBC/FT a servi de facteur dans les cas d'un manquement reproché à l'entité assujettie elle-même. Par exemple, récemment, les poursuites à grande échelle entamées contre des institutions financières ont été fondées sur la preuve d'un manquement commis par la personne morale (par exemple, la facilitation du blanchiment de capitaux et de l'évasion fiscale) en se basant largement sur les constatations des dysfonctionnements au niveau des contrôles internes LBC/FT, et sur la négligence délibérée prouvée (dans certains cas, même la résistance) des dirigeants de l'entreprise à remédier aux lacunes liées à ces contrôles.

19. En résumé, les contrôles ciblés en matière de LBC/FT pourraient et devraient aider une personne morale à identifier ses manquements, mais ils ne suffisent pas à démontrer l'existence "d'une surveillance et d'un contrôle" effectifs en vue de l'exonération de sa responsabilité au sens de l'article 10. Des contrôles efficaces additionnels, spécifiquement liés à la prévention des manquements par les personnes morales, seraient nécessaires pour obtenir une exonération.

QUESTION : Comment mettre en œuvre une "défense de conformité" dans le processus judiciaire ?

20. L'existence formelle de contrôles internes au sein d'une personne morale ne devrait jamais servir de garantie d'exonération de responsabilité. Toutefois, la législation nationale devrait prévoir la possibilité d'une exonération *conditionnelle* de la responsabilité d'une personne morale si celle-ci est en mesure de démontrer l'existence de tous les éléments d'un programme de conformité *efficace*. Ces éléments devraient être prévus dans la législation nationale ou dans les orientations émises par les autorités compétentes, et ensuite considérés comme un point de référence par le procureur et devant un tribunal. Un expert évaluateur indépendant peut être sollicité par le procureur afin d'évaluer le programme de conformité de ladite personne morale et, si nécessaire, de présenter ses conclusions devant le tribunal.

21. S'il s'avère que les contrôles de conformité mis en place par une personne morale sont insuffisants, le tribunal peut lui ordonner, à titre de mesure corrective, d'améliorer sa mise en conformité, ce qui peut se cumuler avec d'autres mesures. De même, un accord conditionnel extrajudiciaire peut être négocié. Dans certaines juridictions, il s'agit d'un accord de poursuites différées (APD), par lequel la personne morale s'engage à créer ou améliorer ses contrôles de conformité sous la surveillance d'un contrôleur spécialisé nommé par l'autorité judiciaire. Si le contrôleur estime que toutes les conditions sont remplies, la procédure pénale prendra fin. Si la personne morale ne parvient pas à apporter les améliorations nécessaires, l'affaire est portée devant les tribunaux. La possibilité de conclure des APD peut être légalement prévue, dans le cadre d'une procédure pénale ou administrative, lorsque la responsabilité des personnes morales est mise en œuvre par des moyens administratifs.

22. Les exigences du contrôle interne peuvent être mises en œuvre en tenant compte de la taille de la personne morale et de la proportionnalité des fautes commises. A l'instar de la loi française n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 " relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique ", un seuil d'application est prévu en termes de taille des entités selon leur chiffre d'affaires et leurs effectifs. Seules les entités dépassant ce seuil sont soumises à des exigences strictes de conformité.

23. L'application d'un certain nombre d'exigences en matière de contrôle interne et de conformité à les personnes morales peut également alléger la charge procédurale qui pèse sur les autorités lors de l'application des sanctions, en particulier en ce qui concerne les sociétés dites "écrans" opérant sans but économique spécifique et souvent utilisées comme outil dans le blanchiment de capitaux. L'absence de contrôles de conformité appropriés au sein de ces entités peut être utilisée par le tribunal pour décider de leur sanction appropriée.