

# LA COOPÉRATION : UNE SOLUTION POUR METTRE FIN À L'UTILISATION DES LÉGISLATIONS ANTI-CORRUPTION COMME DES « ARMES JURIDICO-ÉCONOMIQUES MASSIVES » ?



Sophie SCEMLA

Avocat aux Barreaux de Paris et New-York, associée Droit Pénal des Affaires et Compliance, Eversheds Sutherland (France) LLP

De nombreuses législations sanctionnant la corruption internationale ont un champ d'application extraterritorial. Sur le fondement du FCPA, les autorités américaines se sont érigées en gendarmes du monde pour sanctionner très lourdement les entreprises étrangères et utiliser leur législation comme une puissante arme économique.

Faute pour les autorités de poursuites de prendre en compte la compétence concurrente des juridictions étrangères, le risque de double poursuite, voire de double condamnation, est très important car le principe *non bis in idem* a une portée limitée en matière internationale.

Une plus grande coopération internationale et la conclusion d'accords globaux tels que celui conclu dans l'affaire Société Générale avec le Department of Justice américain et le Parquet national financier français pourraient être une solution à ces abus.

Sur fondement du *Foreign Corrupt Practices Act* (ci-après le « FCPA »), les Etats-Unis se sont érigés en gendarmes du monde pour sanctionner la corruption, sans se soucier de la compétence concurrente des juridictions étrangères. Prétextant que leurs homologues ne sont pas suffisamment répressifs, les autorités américaines ont ainsi prononcé (ou plus exactement « négocié ») des sanctions exorbitantes contre de nombreuses entreprises étrangères pour des faits ne présentant pas de lien direct avec les Etats-Unis. L'affaire Alstom dans laquelle Alstom a plaidé coupable de faits

de corruption dans des pays tels que l'Indonésie, l'Arabie Saoudite, l'Egypte ainsi que les Bahamas, et a payé une amende record de 772 millions de dollars en est une parfaite illustration.

Le montant des sanctions prononcées à l'encontre des sociétés étrangères et l'absence de lien direct entre les faits et la protection de l'ordre public américain conduisent à s'interroger sur le but réellement poursuivi par les autorités américaines, que l'on pourrait accuser d'utiliser cette arme juridique pour pénaliser leurs concurrents étrangers.

Avec l'entrée en vigueur du *UK Bribery Act* (ci-après le « UKBA ») doublée de la loi sur les « *Deferred Prosecution Agreement* » (ci-après le « DPA »), les Britanniques pourraient être tentés de s'inspirer du modèle américain.

De même, le droit français a un champ d'application extraterritorial.

Ces condamnations/transactions entraînent des risques importants de double poursuite pour les sociétés concernées car la plupart des juridictions n'appliquent pas le principe *non bis in idem* en matière internationale.

La coopération judiciaire internationale et la négociation d'accords globaux entre les autorités de poursuites tels que l'accord récemment conclu entre la Société Générale, le **Department of Justice** (ci-après le « DoJ ») et le Parquet

national financier français (ci-après le « PNF ») pourraient être un moyen efficace de mettre fin ou, à tout le moins, d'atténuer les effets de ces armes juridico-économiques très dangereuses pour les entreprises.

Est-ce la raison pour laquelle le législateur français, qui réprime la corruption d'agents publics étrangers et le trafic d'influence d'agents étrangers ou de membres d'une organisation internationale publique, a institué la faculté de conclure des conventions judiciaires d'intérêt public dans les affaires de corruption internationale ?

## Les législations anti-corruption ont un champ d'application extraterritorial

### Le FCPA s'applique en dehors des Etats-Unis

Le FCPA qui sanctionne la corruption d'agents publics étrangers s'applique à :

- tout émetteur de titres américains (« *issuer* »), c'est-à-dire à :
  - toute société cotée en bourse aux Etats-Unis ou émettant des titres sur un marché américain ou ;
  - toute société qui émet des titres en vente libre aux Etats-Unis mais qui est tenue de soumettre des rapports périodiques à la SEC, peu importe que la société soit de nationalité américaine, ainsi qu'à tout directeur, salarié ou représentant de l'émetteur ou tout actionnaire agissant au nom de l'émetteur ;
- toute entreprise nationale (« *domestic concerns* »), c'est-à-dire toute personne physique, citoyen, national ou résident des Etats-Unis ou toute personne morale immatriculée aux Etats-Unis ou ayant son principal établissement aux Etats-Unis ou à tout directeur, salarié ou représentant d'une telle entreprise nationale ou tout actionnaire agissant au nom de l'entreprise ;
- toute personne étrangère, qui n'est ni émetteur de titres ni entreprise nationale, qui, directement ou par l'intermédiaire d'une tierce partie, **commet un acte de corruption sur le territoire américain ou à tout directeur, salarié ou représentant d'une telle personne** ou tout actionnaire agissant au nom de cette personne.

Le DoJ américain a considérablement étendu le champ d'application du FCPA en engageant des poursuites

contre des sociétés étrangères ayant commis des actes de corruption internationale ne présentant quasiment aucun lien avec les Etats-Unis au prétexte que :

- l'infraction a été très partiellement commise aux Etats-Unis en raison, par exemple, de l'existence de discussions concernant le versement d'une somme illicite intervenues aux Etats-Unis, d'un transfert de fonds sur un compte bancaire ouvert aux Etats-Unis, ou encore parce que des données ont été stockées sur des serveurs situés aux Etats-Unis ;
- ces dernières agissaient en qualité d'« agents » ou d'« affiliés », d'« *issuers* » ou de « *domestic concerns* » ;
- elles avaient commis des actes de complicité ou d'incitation à un acte de corruption commis par une société américaine ou une société cotée aux Etats-Unis.

S'agissant des personnes physiques, une décision très récente de la *United States Court of Appeals for the Second Circuit* a rappelé les limites au champ d'application extraterritorial du FCPA.

L'arrêt *United States v. Hoskins* du 24 août 2018<sup>1</sup> a jugé que le **FCPA ne pouvait pas s'appliquer à un ressortissant étranger n'ayant pas de lien avec des entités américaines** du groupe Alstom<sup>2</sup>. Dans cette affaire, le DoJ avait engagé des poursuites contre un salarié d'Alstom UK qui travaillait également pour une filiale française Alstom SA. Ce salarié aurait approuvé le paiement de pots-de-vin en Indonésie mais ne s'était pas rendu aux Etats-Unis au moment de la mise en place du pacte corruptif.

La *Second Circuit* rappelle que si certaines dispositions du FCPA ont un champ d'application extraterritorial, le **FCPA ne permet pas de mettre en cause la responsabilité d'un citoyen étranger n'ayant pas la qualité d'agent, de salarié, de représentant, de dirigeant ou d'actionnaire d'un « issuer » américain ou d'un « domestic concern » s'il n'a pas commis d'infraction sur le territoire américain.** Elle précise, en outre, que le **FCPA n'a pas un champ d'application extraterritorial automatique.**

Il convient d'espérer que cette excellente décision, qui rappelle les limites légales du FCPA, soit appliquée par les autorités américaines et que ces principes soient étendus aux personnes morales. On peut toutefois en douter compte tenu de la politique actuelle du DoJ et du fait que toutes les sociétés mises en cause pour violation du FCPA transigent avec les autorités, sans jamais se défendre devant les tribunaux<sup>3</sup>.

(1) United States Court of Appeals for the Second Circuit, *United States v. Hoskins*, August 24 2018, n° 16-1010 cr

(2) "Legal Alert: Shortening the long arm of the law – the Second Circuit limits the extraterritorial reach of the Foreign Corrupt Practices Act", *Eversheds Sutherland*, 2018: <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/213926/Legal-Alert-Shortening-the-long-arm-of-the-law-the-Second-Circuit-limits-the-extraterritorial-reach-of-the-Foreign-Corrupt-Practices-Act>

(3) "Legal Alert: DOJ Announces Changes to FCPA Corporate Enforcement Policy", *Eversheds Sutherland*, 2018: <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/206662/Legal-Alert-DOJ-Announces-Changes-to-FCP-Corporate-Enforcement-Policy>

Le UKBA s'applique aux sociétés étrangères ayant des activités ou des liens étroits avec le Royaume Uni

Le UKBA est applicable :

- à **tout acte de corruption commis sur le territoire du Royaume-Uni**. Ce critère de rattachement est apprécié de façon très large par les autorités britanniques. Il suffit qu'un des éléments de l'infraction de corruption (tels qu'un paiement transitant par un compte au Royaume-Uni, un paiement intervenu en livres sterling, un email envoyé depuis le Royaume-Uni...) soit commis sur le territoire britannique pour que les autorités britanniques aient compétence pour connaître des faits ;

- à **tout acte de corruption commis par une personne ou entité ayant un lien étroit avec le Royaume-Uni**. Ces personnes recouvrent toutes les entités établies et ayant une activité au Royaume-Uni ainsi que toute personne de nationalité britannique ou résidant au Royaume-Uni.

S'agissant de l'infraction spécifique de « *failure to prevent bribery* »<sup>4</sup> par des « *associated persons* »<sup>5</sup> définie à la section 7 du UKBA, le champ d'application extraterritorial est beaucoup plus large. Les autorités britanniques pourront poursuivre toute « *relevant commercial organisation* »<sup>6</sup>.

Les « *associated persons* » sont tous les salariés, agents, courtiers ou intermédiaires qui agissent pour le compte d'une société, et peuvent engager la responsabilité de cette dernière, que la société soit ou non informée des faits allégués de corruption. Il s'agit d'une responsabilité pénale stricte.

### L'extraterritorialité de la loi française

Les textes français sanctionnant la corruption d'agents publics étrangers<sup>7</sup> et le trafic d'influence d'agents publics étrangers ou de membres d'une organisation internationale publique<sup>8</sup> ont également un champ d'application extraterritorial.

En effet, la loi française est applicable dans certaines conditions<sup>9</sup> lorsque :

- la victime est française ;
- l'infraction a été commise, même partiellement, en France, c'est-à-dire que :

- le paiement des commissions a été effectué ou a été viré de France ou
- le pacte corruptif a été conclu en France ;

- l'auteur de l'infraction est une personne physique ou une société française.

Compte tenu du champ d'application extraterritorial de ces législations anti-corruption, il existe un risque important de poursuites multiples, voire de condamnations multiples.

## Le risque de double poursuite et double condamnation

Les entreprises qui concluent des accords négociés avec des autorités étrangères encourent le risque d'être condamnées une deuxième fois sur le fondement des mêmes faits dans d'autres juridictions car le principe *non bis in idem* a une portée très limitée en matière internationale.

Ce principe, qui consacre le droit à ne pas être puni deux fois pour les mêmes faits, n'est pas appliqué lorsque les sanctions sont prononcées dans deux Etats étrangers.

L'arrêt rendu par la Cour de cassation le 14 mars 2018<sup>10</sup> dans l'affaire « *Pétrole contre Nourriture* » est une illustration concrète de cette problématique dans les affaires de corruption internationale<sup>11</sup>.

Dans cette affaire, il était reproché à plusieurs personnes physiques et morales d'avoir participé à un système de paiements et de commissions occultes sous forme de « surcharges » à l'Etat irakien, en contournant les règles du programme « *Pétrole contre Nourriture* », ce qui constituait une violation à l'embargo édicté par les Nations Unies contre le régime de Saddam Hussein.

La découverte de ce système de « surcharges » a donné lieu à l'ouverture de plusieurs enquêtes dans différents pays, dont les Etats-Unis. Mises en cause du chef de corruption d'agents publics étrangers, plusieurs entreprises ont conclu des accords transactionnels et payé de très lourdes amendes aux Etats-Unis. Elles ont, par la suite, été poursuivies en France sur le fondement des mêmes faits. Une des sociétés a alors été condamnée une deuxième fois en France sur le fondement des mêmes faits.

(4) Défaut de prévention de la corruption

(5) Personnes associées

(6) Organisations commerciales concernées. La section 7(5) du UKBA ainsi que les lignes directrices (« *Guidance* ») publiées le 30 mars 2011 par le Ministry of Justice britannique précisent que peuvent être considérées comme de telles « *relevant commercial organisations* » : (i) une entité constituée en vertu du droit du Royaume-Uni ou immatriculée au Royaume-Uni, peu important l'endroit où la société exerce ses activités, ou (ii) une entité exerçant ses activités en tout ou partie sur le territoire britannique, peu important son lieu d'immatriculation ou d'établissement. Cette notion de « *relevant commercial organisation* » exerçant en tout ou partie ses activités sur le territoire britannique est interprétée largement et souverainement par les autorités britanniques en fonction des circonstances propres à chaque espèce.

(7) Articles 435-1 et 435-3 du Code pénal

(8) Articles 435-2 et 435-4 du Code pénal

(9) Articles 113-2, 113-6 et 113-7 du Code pénal

(10) Crim. 14 mars 2018, n° 16-82.117

(11) SCEMLA (S.), 2018, « Double jeopardy in corporate crime cases », Corporate Crime Reporters, Volume 32 n° 32, p. 1-4 et 14-16 <https://www.corporatecrimereporter.com/news/200/eversheds-sutherland-partner-sophie-scemla-double-jeopardy-defense-corporate-crime-cases/>

En effet, la Cour de cassation a considéré, à tort, que les dispositions des articles 4 du protocole n°7 à la Convention européenne des droits de l'homme et 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques<sup>12</sup> qui énoncent le principe *non bis in idem*, ne s'appliquent pas lorsque les deux procédures ont été engagées sur le territoire du même Etat.

Cette décision est contestable car :

- d'une part l'article 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politique n'opère pas de distinction selon que les poursuites sont exercées dans un Etat ou un autre et ne pose donc pas comme condition d'application du principe *non bis in idem* que les faits soient poursuivis dans un même Etat, et
- d'autre part, cette approche est contraire à l'article 4§3 de la Convention OCDE<sup>13</sup> qui énonce que lorsque plusieurs juridictions ont compétence, les autorités des différents Etats « *se concertent, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites* ».

Une plus grande coopération et une concertation réelle entre les autorités de poursuite pourraient limiter ce risque de double condamnation.

## Une plus grande coopération internationale indispensable

La transaction globale conclue récemment dans l'affaire Société Générale avec le DoJ et le PNF marque une grande avancée car elle est la démonstration de cette collaboration entre les autorités de poursuites qui est indispensable en matière de corruption internationale<sup>14</sup>.

Dans cette affaire, la Société Générale faisait l'objet d'une enquête en France et aux Etats-Unis du chef de corruption d'agents publics étrangers pour avoir versé des commissions à un intermédiaire proche de la famille Kadhafi afin d'obtenir des marchés auprès de la *Libyan Investment Authority* entre 2007 et 2010.

Les autorités américaines ont, toutefois, pour la première fois, pris en compte la souveraineté et la compétence des autorités françaises pour poursuivre ces faits susceptibles d'être qualifiés de corruption commis par cette société française en Libye<sup>15</sup>.

Le PNF et le DoJ ont en effet coordonné leurs enquêtes<sup>16</sup> et leurs actions afin de parvenir à la conclusion simultanée d'accords mettant fin aux poursuites :

- un DPA aux Etats-Unis dans le cadre duquel Société Générale SA a payé l'équivalent de 250 150 755 euros au Trésor public ;
- une convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») en France dans le cadre de laquelle la société a payé la même somme en France.

Cette décision constitue donc une avancée en matière de lutte contre la corruption internationale car les autorités de poursuites de plusieurs Etats se sont concertées pour sanctionner conjointement des faits de corruption. Ce type de coopération devrait permettre de limiter les poursuites multiples et de sanctionner plus efficacement la corruption internationale.

La CJIP, d'inspiration anglo-saxonne et introduite par la Loi Sapin II<sup>17</sup>, est ainsi un outil efficace pour parvenir à la conclusion d'accords globaux dans le cadre d'une réelle coopération internationale. On peut cependant regretter que la CJIP ne s'applique pas aux personnes physiques<sup>18</sup>.

Il convient d'espérer que les autorités de différentes juridictions continueront à se concerter pour parvenir plus souvent à la conclusion de ce type d'accords globaux, qui devraient être étendus aux personnes physiques ■

(12) Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966

(13) Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, entrée en vigueur en France le 29 septembre 2000

(14) SCEMLA (S.) ET SORRELS (S.), 2018, "Cross interview regarding the differences between the FCPA and Sapin 2 Law", Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 39, p. 8-9

(15) SCEMLA (S.), 2018, "International : les décisions conjointes entre les Etats-Unis et la France ouvrent-elles un nouveau chapitre en matière de collaboration internationale entre juridictions ?", Option Droit & Affaires n°406, p. 10-11

(16) GREENBERG (O.), SCEMLA (S.), ZDROJESKI (R-W.), WILLIAMS-WASS (Y-M.) KOGAN (L-G.), "Legal alert: In a first coordinated resolution, US and French authorities announce agreement to settle criminal charges with Paris-based Société Générale S.A", *Eversheds Sutherland*, 2018 <https://us.eversheds-sutherland.com/NewsCommentary/Legal-Alerts/212324/Legal-Alert-In-a-first-coordinated-resolution-US-and-French-authorities-announce-agreement-to-settle-criminal-charges-with-Paris-based-Socit-Gnrle-SA>

(17) SCEMLA (S.), 2018, « Avec l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2, quels enseignements tirer des recommandations publiées par l'US DoJ sur l'évaluation des programmes de conformité ? », Revue Internationale de la Compliance et de l'Ethique des Affaires, supplément à la Semaine Juridique Entreprise et Affaires n° 40, p. 34-36

(18) SCEMLA (S.), 2018, « La défense de l'AFA des intérêts des entreprises françaises à l'étranger », Relais d'Opinion <https://www.lopinion.fr/blog/relais-d-opinion/defense-l-afa-interets-entreprises-francaises-a-l-etranger-152117>