

Le nouveau droit français de l'anticorruption : le risque est bien là

La convention judiciaire d'intérêt public conclue par la Société Générale avec le procureur de la République financier le 24 mai dernier et validée par le président du TGI de Paris par une ordonnance du 4 juin 2018 montre que le risque encouru par les entreprises pour des faits de corruption a complètement changé de nature. La révolution qu'a connu le droit de l'anticorruption oblige aujourd'hui les entreprises à réviser complètement leur politique en la matière.

PAR HUGUES BOUTHINON-DUMAS

La corruption et les autres manquements à la probité dans la vie des affaires sont sanctionnés par notre droit pénal depuis très longtemps. Mais jusqu'à la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du 9 décembre 2016, dite loi Sapin 2, le risque pesant sur les entreprises n'apparaissait pas très pressant. Le nombre de condamnations pénales pour des faits de corruption était notoirement faible. Les exigences en termes de preuve permettaient souvent aux acteurs économiques corrompus et corrupteurs d'échapper à cette qualification.

On doit également rappeler que la non-déductibilité fiscale des "frais commerciaux exceptionnels" et autres commissions versées à des agents corrompus n'a pas toujours été aussi évidente qu'elle l'est aujourd'hui (article 39 2.bis du CGI suivant la recommandation de l'OCDE du 25 mai 2009). Encore récemment, l'affaire Safran (la société ayant finalement été relaxée en appel le 7 janvier 2015) a démontré que le droit français traditionnel était comme réticent à sanctionner pénalement le recours à la corruption pour obtenir des marchés à l'international. Par contraste, la politique anticorruption de certains États étrangers est

considérée comme plus active. Les États-Unis et le Royaume-Uni se sont dotés de dispositifs anticorruptions ambitieux et puissants. La loi FATCA et le *UK Bribery Act* permettent à ces pays de sanctionner leurs propres entreprises mais aussi, dans une certaine mesure, des entreprises étrangères, parfois très sévèrement (Petrobras, Siemens, Total, Alstom, Panasonic, Crédit Suisse, etc.) (cf. E. Breen, *FCPA*. La France face au droit américain de la lutte anti-corruption, Joly éditions, 2017).

CJIP DE LA SOCIÉTÉ GÉNÉRALE

C'est dans ce contexte que le législateur français a réagi à la fin de l'année 2016. La loi Sapin 2 a institué l'AFA (Agence française anticorruption), a obligé les entreprises d'une certaine taille à mettre en place des politiques internes anticorruption, a prévu un régime protecteur pour les lanceurs d'alerte et a modifié le régime des sanctions encourues. La principale nouveauté consiste dans l'introduction d'un pouvoir (entre les mains du procureur de la République, sous le contrôle du président du TGI) de conclure une transaction, dénommée convention judiciaire d'intérêt public. Cette institution originale dans le paysage juridique et institutionnel français a déjà fait couler beaucoup d'encre.

Les premières CJIP ont commencé à être conclues (cinq sont disponibles sur le site Web de l'AFA). Parmi ces CJIP, celle qui concerne la Société Générale retient particulièrement l'attention et permet de souligner les risques nouveaux auxquels doivent faire face les entreprises aujourd'hui.

Ce qui nous frappe dans cette affaire, c'est le caractère presque banal des faits et la gravité extraordinaire des conséquences pour la Société Générale. À l'origine de l'affaire, on trouve des commissions versées par le groupe Société Générale à un intermédiaire proche de la famille Kadhafi et des personnalités en vue du régime libyen exerçant des responsabilités au sein des diverses institutions publiques et parapubliques gérant une partie des réserves financières de la Libye (Banque centrale de Libye, Libyan Arab Foreign Bank, etc.). Précisons que les faits litigieux ne concernent pas une période où la Libye faisait l'objet de mesures de sanctions internationales. On devine sans peine que la Libye représentait à la fois un marché intéressant pour placer des produits financiers auprès d'investisseurs ayant d'importantes ressources à investir et un "marché particulier" au sens où la vie des affaires était fortement dépendante d'un accès aux cercles dirigeants du pays. Dans un tel

contexte, il n'est nullement surprenant que les équipes en charge de développer ce marché au sein de la banque soient passées par un "intermédiaire". Les faits rappelés dans la CJIP montrent que la banque est toutefois sortie du cadre licite, en accordant des commissions à son intermédiaire dans des conditions critiquables. Les prestations rémunérées ont pu être fictives. L'argent a pu servir à payer d'autres acteurs décisionnaires, ce que certains collaborateurs de la Société Générale savaient certainement. Surtout, il apparaît établi que certains responsables et salariés de la Société Générale ont participé à la conception et à la mise en œuvre de montages visant à dissimuler cette intermédiation problématique (passage par une société de droit panaméen, flux financiers transitant par un compte suisse...). Autre circonstance défavorable : certains services internes du groupe Société Générale, tant en France qu'en Suisse, ont pointé ces pratiques non conformes aux obligations et engagements de la banque, mais ces critiques et alertes ont été ignorées. On a donc affaire à des pratiques certainement irrégulières, mais on serait bien en peine d'affirmer que des pratiques de ce genre n'étaient pas courantes lorsque des entreprises étaient amenées à opérer sur certains marchés délicats.

UNE ADDITION SALÉE

Ce qui est remarquable, ce sont moins les faits eux-mêmes, que la réaction des pouvoirs publics à leur égard et le coût finalement assumé par la banque. En acceptant de conclure avec les autorités de poursuite des transactions, la Société Générale échappe à une sanction pénale pour corruption, mais le prix à payer est très élevé. La CJIP comprend en effet plusieurs obligations à la charge de l'entreprise. En l'occurrence, la Société Générale doit verser une amende. Soulignons que les montants maximums sont bien plus élevés que les amendes pénales qu'un tribunal correctionnel peut généralement infliger en droit pénal des affaires : pour la corruption, l'amende maximale prévue par l'article 433-1 du code pénal était de 150 000 € puis 1 M€, portée au quintuple pour les personnes morales.

L'article 41-1-2 du Code pénal issu de l'article 22 de la loi Sapin 2 prévoit que le montant de l'amende est "fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus". Appliquée au groupe Société Générale, l'amende était donc plafonnée à 7,49 Mds€ ! L'amende effectivement infligée est loin d'atteindre ce plafond, mais elle est tout de même considérable : plus de 500 M€, ce qui représente environ 150 % des profits réalisés à l'occasion des transactions avec la Libye. Il faut ajouter que dans le cadre d'une procédure en indemnisation devant une juridiction britannique, la Société Générale a dû verser pas moins de 963 M€. Les obligations imposées à la Société Générale comportent en outre une obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité, sous le contrôle de l'AFA et des experts et autorités qualifiées qu'elle désignera, le tout aux frais de la banque. C'est la raison pour laquelle celle-ci doit provisionner et consigner 3 M€. Au total, l'addition est donc sévère : 1,46 Mds€.

En matière de lutte contre la corruption, le dispositif français suit la voie tracée par certains systèmes juridiques étrangers, comme les États Unis (plus de 220 affaires depuis 1977 et des amendes pouvant atteindre plus de 1,7 Md\$, selon le site de l'université de Stanford consacré au FCPA) et aussi d'autres branches du droit (concurrence, RGPD...). Les montants encourus et appliqués sont très élevés. Le dispositif répressif est conçu pour favoriser l'identification des manquements (lanceurs d'alerte...), la coopération des entreprises mises en cause (puisque cette coopération est prise en compte comme un élément favorable au moment de la détermination de l'amende) et des procédures censées être plus rapides et plus vigoureuses que les procédures pénales.

LE JEU N'EN VAUT PAS LA CHANDELLE

Dans cette affaire, se dévoile aussi une sorte de surenchère entre les systèmes répressifs nationaux. À côté de la

procédure civile menée en Grande-Bretagne, des enquêtes à visée répressive ont été ouvertes, d'abord aux États-Unis, puis en France. Les autorités des deux pays ont collaboré et ont convenu de se partager le produit de l'amende. On peut penser que les appétits rivaux des différentes autorités nationales ont tendance, en pratique, à accroître la probabilité que l'enquête aboutisse et peut-être aussi à majorer le montant de l'amende qui devra être partagée.

Dans un contexte où les dispositifs anticorruption des grands pays ont gagné en puissance, en sophistication et rivalisent entre eux, les entreprises sont aujourd'hui beaucoup plus exposées au risque de se voir imposer de lourdes sanctions, notamment dans le cadre de procédures "négociées". Ce que montre l'affaire ayant impliqué la Société Générale, c'est qu'aujourd'hui plus qu'hier, le jeu n'en vaut pas la chandelle. C'est finalement ce risque démultiplié et ce dispositif dissuasif qui crédibilisent fondamentalement l'obligation pour les entreprises de mettre en œuvre des politiques visant à lutter de façon effective contre la corruption. Au regard des effets dommageables de la corruption sur le développement économique des pays et sur l'équité de la concurrence entre les entreprises, une politique anticorruption plus effective est une bonne nouvelle, du moins si sa mise en œuvre reste équilibrée et non biaisée. ■

à propos de

HUGUES
BOUTHINON-DUMAS



Hugues Bouthinon-Dumas est professeur associé du département Droit et Environnement de l'entreprise au sein de l'ESSEC Business School.