

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

¹¹¹ La première CJIP conclue avec le Parquet national financier en matière de corruption internationale et en accord avec le *Department of Justice* étasunien



STÉPHANE DE NAVACELLE,
avocat aux barreaux de Paris et New York, associé,
cabinet d'avocats Navacelle,
membre du Conseil de l'Ordre

SANDRINE DOS SANTOS,
avocat au barreau de Paris, counsel,
cabinet d'avocats Navacelle

The Sapin 2 Law created a French equivalent to the Deferred Prosecution Agreement ("DPA"), the *convention judiciaire d'intérêt public* ("CJIP") to give French authorities a tool to be on par with their US counterparts and allow them to fend off foreign prosecutions targeting the soundness of French corporations.

The initial CJIP agreed to by HSBC Private Bank Suisse (HSBC) provided the first opportunity to compare the DNA of US and French DPAs. In February 2018, the second and third CJIPs, agreed to by SAS Set Environnement and SAS Kaefer Wanner, dealt with allegations of corruption and casted additional light on the application of relevant Sapin 2 provisions.

The Société Générale CJIP approved by the *Tribunal de Grande Instance* of Paris on June 4, 2018 was the first one to address allegations of international corruption and negotiated hand in hand between the national financial prosecutor's office (PNF) and the US *Department of Justice* ("DoJ").

Convention judiciaire d'intérêt public conclue entre le procureur de la République financier près le tribunal de grande instance de Paris et la Société Générale SA, 24 mai 2018

1. Les prémices de l'affaire : corruption d'un agent public étranger

L'affaire a débuté à Londres en 2014 au civil à la suite d'une action engagée par le fonds souverain Lybian Investment Authority ("LIA") contre la Société Générale au motif que la banque aurait réalisé de mauvais placements et que des faits de corruption lui seraient imputables.

La LIA estime que la banque aurait payé un total de 58 millions de dollars à la société panaméenne de Walid Giahmi, intervenant comme intermédiaire pour ses services de conseil, qui se serait avéré être un proche d'un fils de Mouammar Kadhafi. Ce dernier aurait ensuite reversé des sommes à des proches du régime et de la LIA pour convaincre les dirigeants du fonds souverain d'opter pour des produits financiers de la Société Générale. Le fonds souverain estime avoir investi 2,1 milliards de dollars dans des obligations émises par la banque dont 1,5 milliards ont été perdus.

Le DoJ s'est tenu informé du déroulement de l'affaire à Londres et des déclarations de salariés dans le cadre de cette procédure. La conclusion d'un DPA avait été évoquée.

Après plusieurs années de procédure et de *disclosure*, au matin de l'ouverture du procès à Londres, la Société Générale a accepté de verser à titre transactionnel à la LIA la somme de 963 millions d'euros et a annoncé que « Société Générale présente ses excuses à la LIA et espère que la Libye pourra rapidement surmonter les difficultés auxquelles elle fait face actuellement » et a exprimé « ses regrets quant au manque de prudence observé par certains de ses collaborateurs ».

Alors que la transaction fait les gros titres de la presse, et à la suite des déclarations de la Société Générale, le PNF a souhaité connaître l'ensemble des faits objet de cette transaction. Ce dernier a alors demandé au *Serious Fraud Office* la communication de l'ensemble des pièces échangées dans le cadre de la procédure londonienne.

Le PNF a donc étudié l'ensemble des emails, retranscriptions de conversations ou encore les attestations des salariés pour parvenir à une proposition de CJIP.

2. La première CJIP conclue d'un commun accord entre le PNF et le DoJ

La CJIP entre la Société Générale et le PNF a fait l'objet de discussions parallèles avec le DoJ qui avait suivi l'ensemble du procès londonien, ainsi que les démarches internes ayant permis de recueillir les témoignages des salariés. Il est certain que le DoJ n'était pas décidé à abandonner les poursuites et la sanction de la banque au profit du PNF.

Si en effet le principe *non bis in idem* interdit de poursuivre une personne pour les mêmes faits deux fois dans le même pays, rien n'empêche de la poursuivre dans deux pays différents pour les mêmes faits. La Convention de l'OCDE de 1997 encourage néanmoins les pays membres vers une coopération interétatique qui permettrait un certain respect du principe du *non bis in idem*¹.

Eliane Houlette, procureure national financier, indiquait à l'audience d'homologation de la CJIP que le PNF et le DoJ avaient travaillé main dans la main pour parvenir à une solution raisonnable pour la banque qui répondait aux lois répressives des deux pays.

En effet, après plusieurs semaines de discussions avec le DoJ, il a été convenu que la Société Générale verserait une somme égale aux trésors publics français et américain.

Ainsi, dans le cadre de la CJIP signée avec le PNF et homologuée par le tribunal de grande instance de Paris, la Société Générale s'engageait à payer au Trésor public français la somme de 250 150 755 euros et à faire évaluer par l'AFA, pendant deux années, la qualité et l'effectivité des mesures de prévention de la corruption qu'elle a mises en œuvre depuis 2014². Dans le cadre du DPA avec le DoJ validé par un juge fédéral, la banque s'engageait à payer la somme de 292,8 millions de dollars.

1 V. Conv. OCDE, 1997, art. 4 § 3.

2 V. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/Communique_CJIP_SG_LIA_-_4_juin_2018.pdf.

En définitive, la coopération entre le PNF et le DoJ a permis au premier de récupérer la moitié de la recette devant revenir au Trésor public américain. Espérons que ce premier pas mène à terme à une poursuite unique par le procureur français.

3. L'incidence de la coopération sur le montant de l'amende

Dans le cadre des DPAs, la coopération de la personne morale avec le procureur est non seulement une condition pour se voir proposer un DPA, mais constitue également un levier pour voir baisser le montant de l'amende.

Le revers de cette prise en compte est, selon certains auteurs, que les droits de la défense sont amoindris, voire anéantis, par un système de négociation qui met le procureur sur un piédestal, contre lequel la personne ne peut pas résister au risque d'être considérée comme non « fully cooperative » et donc de se voir proposer une peine d'amende plus élevée³.

La loi Sapin 2 a laissé quelques zones à préciser parmi lesquelles la question de la prise en compte, dans la fixation du montant de l'amende, de la coopération avec les autorités judiciaires, de la révélation spontanée des faits ou encore de la mise en place de mesures de remédiation.

La circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et à la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi Sapin 2 a prévu que la CJIP ne pouvait être proposée que dans les cas où la personne morale poursuivie avait démontré une certaine coopération ou avait elle-même révélé les faits. La circulaire a également clairement indiqué que les mesures de remédiation ne permettaient pas de réduire le montant de l'amende, mais de réduire le coût du programme de compliance devant être mis en place dans le cadre des sanctions prévues par la CJIP⁴.

La question de savoir si la coopération de la personne morale avec le procureur permettait une réduction de l'amende restait donc entière.

Lors du 4^e Congrès européen Éthique et Gouvernance organisé à l'OCDE, le directeur de l'Agence Française Anticorruption, Charles Duchaine, a affirmé que la coopération était tout de même importante, et Eliane Houlette a ajouté que cette coopération était prise en compte dans le calcul du montant conclu avec la personne morale au sein de la CJIP.

Lors de la CJIP HSBC, le procureur a indiqué que « PBRS, qui n'a pas révélé les faits aux autorités judiciaires françaises ni reconnu sa responsabilité pénale durant l'information judiciaire, a apporté une coopération minimale aux investigations. Toutefois, il convient de retenir qu'à la date d'ouverture de l'enquête et jusqu'en décembre 2016, il n'existait

3 V. N. Richard Janis, *Deputizing Company Counsel as Agents of the Federal Government : How Our Adversary System of Justice Is Being Destroyed*, *Washington Law*, Mar. 2005: <http://www.dcbbar.org/bar-resources/publications/washington-lawyer/articles/march-2005-taking-the-stand.cfm>.

4 V. Circ. n° JUSD1802971C, 31 janv. 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : BOMJ n° 2018-02, 28 févr. 2018 ; *Rev. int. Compliance* 2018, comm. 68, par Ch. Dargham.

pas en France de dispositif légal encourageant une pleine coopération »⁵.

Il est donc possible d'en déduire que le PNF considère que la loi Sapin 2 du 9 décembre 2016 a créé un « dispositif légal encourageant une pleine coopération » en ce qu'il permettrait une diminution de la peine.

Lors de l'audience d'homologation de la CJIP Société Générale, le PNF a indiqué que l'enquête préliminaire n'avait duré que 18 mois grâce à une complète coopération de la Société Générale et de ses salariés qui ont accepté que leurs témoignages, produits dans le cadre de la procédure londonienne, soient transmis au PNF. Sans indiquer clairement que ce comportement avait été pris en compte lors de l'évaluation de la peine d'amende, le PNF sous-entend que la coopération de la Société Générale a joué dans la négociation.

4. L'action publique éteinte qu'à l'égard de la Société Générale, les personnes physiques ne pouvant pas pour l'instant convenir d'une CJIP

La loi Sapin 2 a prévu que la CJIP ne pouvait bénéficier qu'aux personnes morales. Ainsi, les personnes physiques impliquées dans les faits

reprochés ne peuvent bénéficier de cette sanction négociée et sont susceptibles d'être poursuivies individuellement.

Lors de l'audience d'homologation, Eliane Houlette n'a pas manqué de rappeler que seule la Société Générale bénéficiait de la CJIP et que le PNF se réservait la possibilité de poursuivre toute personne physique ayant participé aux faits de corruption internationale objet de la CJIP.

Ainsi, les salariés de la Société Générale ayant été impliqués dans les placements du LIA pourront être poursuivis, notamment sur la base des témoignages qui ont été communiqués dans le cadre de la CJIP par la Société Générale.

On peut aisément comprendre la prudence politique qui a conduit le législateur à exclure les personnes physiques des CJIP ; il s'agissait peu ou prou de créer un outil de diplomatie judiciaire. L'injustice née du déséquilibre créé entre personne physique et personne morale doit être corrigée. Cela d'autant plus que dans la plupart des affaires de corruption internationale, de nombreux individus agissent pour le compte de la personne morale sans intérêt personnel. Dans ce cas de figure, la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité n'offre qu'un bien maigre compromis puisqu'elle est compromission.

5 V. https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/afa/CJIP_HSBC.pdf, p. 8, § 44.