

Tribune de Pierre Laporte, Fondateur et Associé de Governances

ENCORE BEAUCOUP À FAIRE POUR SÉCURISER LES PRATIQUES DU RECOURS AUX INTERMÉDIAIRES COMMERCIAUX

Dans la lignée des affaires Siemens et Alstom, des affaires récentes viennent utilement rappeler les exigences à respecter afin de sécuriser le recours à des intermédiaires commerciaux, conformément aux différentes législations et réglementations de prévention et de lutte contre la corruption.

La question des intermédiaires commerciaux et du risque de corruption qu'ils peuvent potentiellement faire courir aux entreprises qui y ont recours a connu depuis fin 2019 un regain d'actualité. En particulier, avec les décisions du Parquet national financier (PNF), du *Serious Fraud Office* (SFO) anglais et du *Department of Justice* (DoJ) américain à l'encontre du groupe Airbus, ainsi que celle du DoJ à l'encontre du groupe suédois Ericsson. Pour rappel, l'année dernière, le géant suédois des télécommunications a accepté de payer plus d'un milliard de dollars pour régler une affaire de corruption transnationale concernant sa campagne de 16 ans dénommée « *cash for contracts* » affectant la Chine, Djibouti, le Koweït, l'Indonésie et le Vietnam.

CE QUE REQUIERT LA LOI SAPIN 2

L'article 17 de la loi Sapin 2 dispose que les entreprises qui y sont assujetties doivent mettre en place « *des procédures d'évaluation de la situation des clients, fournisseurs de premier rang et intermédiaires au regard de la cartographie des risques* ».

L'Agence française anticorruption (AFA), dans ses recommandations de décembre 2017, a exposé ce qu'elle considère comme nécessaire en termes de procédure d'évaluation des tiers. À l'occasion de ses contrôles, elle vérifie l'existence et le caractère effectif des procédures d'évaluation des tiers, comprenant notamment les intermédiaires commerciaux. L'AFA avait par exemple initialement fait grief à la société Sonepar de ne pas s'être dotée d'une procédure d'évaluation des tiers en application de l'article 17 de cette loi et considérait de surcroît que le déploiement de cette procédure d'évaluation des tiers ne semblait pas encore effectif au moment du contrôle. La Commission des Sanctions de l'AFA infirma a posteriori ce grief.

DES PROCÉDURES CONTOURNÉES

Dans l'affaire Airbus, l'enquête du PNF et du SFO a démontré que dans un certain nombre de cas « *les processus internes et les principes dont ils étaient censés garantir l'application n'ont pas été respectés ou ont été sciemment contournés* » par les équipes mêmes d'Airbus – selon les termes exacts de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) signée entre le Procureur de la République Financier et Airbus.

La lecture de cette CJIP et de la décision du SFO décrivent l'existence de procédures très complètes, sophistiquées même, faisant intervenir plusieurs fonctions internes à l'entreprise (audit interne, direction juridique et direction commerciale spécialisée dans la sélection des intermédiaires commerciaux) et dont tout laissait penser que l'entreprise avait des pratiques commerciales conformes aux exigences des lois anticorruption.

Alors, que s'est-il passé ? Ce que révèlent les affaires Airbus – et qu'on retrouve dans l'affaire Ericsson – est l'existence dans ces très grandes entreprises multinationales de procédures et d'organisations dédiées à la sélection des intermédiaires commerciaux qui s'avèrent non seulement impuissantes à jouer le rôle pour lequel elles ont été conçues – assurer un contrôle effectif du risque de corruption – mais détournées.

Comme l'indique le SFO dans son *Deferred Prosecution Agreement* avec Airbus, « *Airbus avait mis en place des politiques et des procédures de prévention de la corruption(...). Cependant, (...) ces politiques et procédures ont été facilement contournées ou violées et il existait une culture d'entreprise qui a permis à la corruption par les partenaires commerciaux et/ou les employés d'Airbus d'être pratiquée dans le monde entier. Dans le cas d'Airbus, l'acte répréhensible impliquait un certain*

nombre de dirigeants d'Airbus, de cadres supérieurs et d'autres employés, y compris des employés ayant des responsabilités en matière de conformité » (traduction libre).

De même, les récentes décisions du PNF, du SFO et du DoJ révèlent les montages sophistiqués utilisés par les différentes entreprises pour recruter des intermédiaires – le plus souvent choisis en raison de leur proximité avec les décideurs dans les différents pays et les différents clients publics et/ou privés – pour parfois simuler des *due diligences* nécessaires au processus de sélection, la mise en place d'une ingénierie juridique et financière complexe pour pouvoir leur verser des commissions illégales.

DES ORGANISATIONS COMPLIANCE JUGÉES INEFFECTIVES ET DE FAÇADE

À l'instar du groupe Alstom pendant la période avant la sanction du DoJ de 2015, qui avait construit une organisation compliance de pure « façade » pour la sélection et l'utilisation de ses intermédiaires commerciaux, il en résulte une incapacité des fonctions de contrôle internes (audit interne, juridique et compliance) à jouer un rôle effectif, voire chez certaines entreprises, une connivence des dirigeants et des fonctions de contrôle dans le détournement des procédures.

Non seulement les autorités de lutte contre la corruption exigent qu'il existe au sein des entreprises des principes et des procédures de sélections des tiers et donc des intermédiaires commerciaux, mais elles exigent que ces procédures soient appliquées de façon effective. À défaut, les entreprises sont sanctionnées très lourdement par des amendes dont les montants sont records, et se voient aussi imposer la mise en place d'un programme de compliance, ainsi que la présence d'un moniteur, pour s'assurer de son application effective. L'AFA continuera de vérifier le programme de compliance d'Airbus et de ses filiales durant 3 ans dont les frais (de l'AFA et des experts qui interviendront) seront à la charge d'Airbus.

QU'EN EST-IL DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES PHYSIQUES ?

On ne manquera pas de noter que le SFO a indiqué dans son communiqué de presse que « l'enquête est toujours en cours et que sa position à l'égard [des poursuites contre les] personnes physiques est actuellement considérée ».

Si l'accord passé avec le PNF ne concerne que l'entreprise Airbus, des cadres d'Airbus ont été entendus par l'Office central de lutte contre les infractions fiscales et financières (OCLCIFI), le service de police mandaté par le PNF. Le Procureur de la



République Financière, a ainsi récemment déclaré que « pour Airbus, le volet personne morale est à présent clos, mais reste le sort de certaines personnes physiques pour qui l'enquête est toujours en cours ». Certains dirigeants d'Airbus pourraient donc se retrouver mis en examen et appelés à comparaître devant un tribunal correctionnel, pour corruption.

Quant aux autorités suédoises, elles ont indiqué peu après la sanction du DoJ contre Ericsson qu'une enquête allait être ouverte en Suède pour ces faits de corruption. Mieux vaut tard que jamais. À suivre donc.

UNE ÉVOLUTION DE LA DYNAMIQUE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION SUR LE PLAN INTERNATIONAL

Si l'affaire Airbus est exceptionnelle, c'est qu'elle s'est traduite par une coopération internationale entre le PNF et le SFO d'une part et entre le PNF et le DoJ d'autre part et qu'elle a abouti à ce que l'amende principale (plus de 2 milliards d'euro) soit prononcée par le PNF. Cette coopération est une avancée, puisque les faits répréhensibles relèvent de plusieurs juridictions. Le précédent de l'affaire Société Générale condamnée pour des faits de corruption auprès d'agents du fonds souverain libyen avait été une première.

Les États européens semblent avoir des difficultés à se résoudre à sanctionner la corruption pratiquée par leurs champions nationaux. Une nouvelle dynamique se serait-elle enclenchée ? L'avenir nous le dira. //