

# Renverser le rapport de force économique du FCPA<sup>1</sup> grâce au droit

par Jean-Baptiste Vila

Les données comparées en 2020 par le cabinet IKARIAN<sup>2</sup> entre les différentes nationalités des entreprises condamnées par les autorités américaines sont tout aussi significatives :

N°	ENTREPRISES	PAYS	DATE	AMENDES USA DOJ + SEC (MILLIONS)
1	ERICSSON	SUÈDE	2019	\$1060
2	MTS	RUSSIE	2019	\$850
3	SIEMENS	ALLEMAGNE	2008	\$800
4	ALSTOM	FRANCE	2014	\$772
5	TELIA	SUÈDE	2017	\$691,6
6	HALLIBURTON / KBR	USA	2009	\$579
7	TEVA PHARMACEUTICAL	ISRAËL	2016	\$519
8	TECHNIP	FRANCE	2010 + 2019	\$420
9	OCH-ZIFF CAPITAL MNGT	USA	2016	\$412
10	BAE SYSTEMS	UK	2010	\$400
11	TOTAL	FRANCE	2013	\$398,2
12	VIMPELCOM	PAYS-BAS	2016	\$397,5
13	ALCOA	USA	2014	\$384
14	ENI / SNAMPROGETTI	ITALIE	2010	\$365
15	AIRBUS SE	PAYS-BAS/FRANCE	2020	\$294,5
16	SOCIETE GENERALE	FRANCE	2018	\$293
17	WALMART	USA	2019	\$282,7
18	PANASONIC	JAPON	2018	\$280
19	JPMORGAN CHASE	USA	2016	\$264
20	ODEBRECHT / BRASKEM	BRÉSIL	2017	\$260
21	SBM OFFSHORE	PAYS-BAS	2017	\$238
22	FRESENIUS MEDICAL	ALLEMAGNE	2019	\$231
23	JGC CORPORATION	JAPON	2011	\$218,8
24	EMBRAER	BRÉSIL	2016	\$205,5
25	DAIMLER	ALLEMAGNE	2010	\$185
26	PETROBRAS	BRÉSIL	2018	\$170,6
27	ROLLS-ROYCE	UK	2017	\$170
28	WEATHERFORD	SUISSE	2013	\$152,6
29	ALCATEL	FRANCE	2010	\$138
30	AVON PRODUCTS	USA	2014	\$135
31	HEWLETT PACKARD	USA	2014	\$108
32	KEPPEL OFFSHORE & MARINE	SINGAPOUR	2017	\$105

USA :	\$2 165 M
AUTRES :	\$1 759 M
EUROPE :	\$7 856 M

Analyse des amendes payées aux autorités américaines au titre du FCPA (> \$100 millions)  
Source : Ikarian

L'auteur de ce document comparatif (valeurs 2020) en tire plusieurs conclusions d'analyse. Il nous semble utile de les rappeler tant elles n'ont pas la résonance

qu'elles méritaient. Il constate, pour les 32 cas où l'amende était supérieure à 100millions USD, que :

- « 78 % des amendes ont concerné des entreprises non américaines (européennes, sud-américaines ou asiatiques) ;
- 66 % des poursuites concernent des entreprises européennes (UE + la Suisse) pour un montant d'amendes cumulé de 7 856 millions USD (il s'agit de condamnations pour corruption et cela n'intègre pas les amendes pour violation d'autres lois américaines à portée extraterritoriale : règles de contrôle des exportations telles que l'International Traffic in Arms Regulations (ITAR) et sanctions économiques en vertu de la loi d'Amato-Kennedy, qui ont donné lieu à d'autres sanctions, pour des montants individuels parfois beaucoup plus élevés).
- 22 % des poursuites concernent des entreprises américaines pour un montant d'amendes cumulé de \$2 165 millions. Dans la majorité de ces cas, les enquêtes sont initiées hors des États-Unis par des autorités judiciaires étrangères, reprises ensuite à leur compte par le DoJ ou la SEC. Cela permet au gouvernement américain de traiter lui-même les cas de ses entreprises nationales et de collecter ainsi leurs amendes au bénéfice du Trésor public américain.

➤ Aucune entreprise chinoise ne figure à ce jour dans ce palmarès. Il est vrai qu'à l'inverse des gouvernements européens, le gouvernement chinois applique dans de tels cas, des mesures de rétorsion immédiates (cf. Affaire Huawei mise en cause par le DoJ pour enfreinte à la loi américaine sur les embargos vis-à-vis de l'Iran). Cet état de fait risque d'évoluer car

<sup>1</sup> Foreign Corrupt Practices Act.

<sup>2</sup> Fondé notamment par J-F Pierucci, ancien Directeur des ventes internationales de la Société Alstom qui fut au cœur de l'affaire du même nom.

le DoJ a publié le 1er novembre 2018 le DoJ China Initiative qui donne instruction aux agences américaines de cibler « les entreprises chinoises concurrentes de sociétés américaines pour enfreinte au FCPA ».

De ce qui précède, on peut constater que le FCPA est avant tout une loi qui cible les entreprises européennes (et depuis peu sud-

américaines) avec une focalisation sur des grands groupes concurrents de sociétés américaines dans des secteurs sensibles comme l'énergie, les télécoms, le pétrole, la défense : Siemens, Alstom, Odebrecht, ENI, Technip, Petrobras, BAE Systems, Alcatel, Rolls-Royce, Daimler, Vimpelcom, Telia, etc

Et l'auteur de conclure que la guerre du droit, à des fins d'intelligence économique, est déjà à l'œuvre. L'heure n'est donc plus au bilan. Il a déjà été posé et les pions de cet [échiquier juridique machiavélique](#) sont déjà connus. Il s'agit donc plutôt de se demander maintenant comment la tendance pourrait être inversée. De ce point de vue, les solutions déjà mises en œuvre sur le territoire national militent en faveur d'un changement de doctrine.

### Réaction défensive trop limitée

Pendant une courte période, les réponses juridiques nationales étaient quasi-inexistantes. La convention OCDE s'appliquait et seul ce texte était opposable. Bien évidemment, l'affaire la plus emblématique fut celle du [rachat de la branche énergie d'Alstom](#). Ainsi est né [le décret permettant à l'Etat de s'opposer à la cession à une entité étrangère d'une personne morale française ayant une activité stratégique pour la France](#). On l'aura compris, au vu des données précédentes, ce texte aura eu des effets relatifs ([GE ayant pu acquérir la branche énergie d'Alstom](#) avant d'être racheté par EDF). Sont apparus en revanche d'autres textes ou décisions des pouvoirs publics français.

S'agissant d'abord des réponses juridiques, [la loi Sapin 2](#) est bien connue pour être une réponse qui se voudrait optimale pour ne plus tomber dans les lacunes passées (Technip ou Alstom). Ce texte conduit globalement à deux résultats : 1) permettre aux autorités d'enquête et de poursuite françaises (au premier rang desquelles se trouve le Parquet national financier) de pouvoir être associées aux procédures menées par le DoJ ; 2) instaurer les [CIJP](#)<sup>3</sup>.

S'agissant ensuite des décisions ou initiatives qui ne trouvent pas nécessairement une traduction juridique dans un texte ou un cadre normatif, on constate que les pouvoirs publics français incitent à la mise en place d'une relation tripartite (Etat français, autorités américaines, entité cible) à divers niveaux : 1) enquête ; 2) poursuite ; 3) coopération avec les autorités américaines ; 4) négociations avec ces mêmes autorités. A ce titre, le [décret du 18 février 2022 est une étape supplémentaire](#), et significative, dans la réponse à la passivité jusque-là constatée face à l'extraterritorialité du droit américain. Ce qui demeure toutefois curieux c'est que [la communication](#) qui entoure ce nouveau texte est largement relayée par des cabinets anglo-saxons et très peu par les pouvoirs publics français.

### Des réponses opérationnelles insuffisantes

[Coopération, négociation, convention tripartite...](#) autant de solutions qui ont permis de reprendre en partie la main, mais qui sont insuffisantes. La tendance visée supra s'est-elle inversée ? Les enquêtes du DoJ sur des opérateurs français sont-elles allées en diminuant ? Pouvons-nous en retirer des éléments d'analyse significatifs ? La réponse est évidente à la

---

<sup>3</sup> Conventions judiciaires d'intérêt public : convention permettant une enquête et, éventuellement, une sanction pécuniaire en France qui est défalquée de la sanction prononcée du côté américain (dans le but que l'entité poursuivie ne soit pas sanctionnée deux fois).

lumière de [la seule affaire Airbus](#) qui, bien que n'étant pas un opérateur exclusivement national, est le seul concurrent des intérêts américains dans le domaine de l'aviation civile.

Il est donc évident que les solutions trouvées jusque-là ne sont pas complètement satisfaisantes. La raison à ce constat est simple : elles sont adoptées dans une posture exclusivement défensive. Ce faisant, elles ne répondent qu'imparfaitement aux enjeux. Elles nécessitent selon nous de repenser la stratégie poursuivie en adoptant ces normes. Pour ce faire, l'analyse de Sun Tzu, dans son célèbre ouvrage sur *L'art de la guerre*, pourrait être utile. Il considérait que : « *L'invincibilité se trouve dans la défense, la possibilité de victoire dans l'attaque. Celui qui se défend montre que sa force est inadéquate, celui qui attaque qu'elle est abondante. L'art de se tenir à propos sur la défensive ne le cède point à celui de combattre avec succès* ». La défense n'est utile que si elle est le

préalable à une contre-offensive puis à une offensive ; les trois aspects étant liés.

Matrice et interconnexions des démarches défensives et offensives :

		Données Internes	
		Forces	Faiblesses
Données Externes		Force 1 : .... Force 2 : .... Force 3 : ....	Faiblesse 1 : .... Faiblesse 2 : .... Faiblesse 3 : ....
	<b>Opportunités</b> O1 : .... O2 : .... O3 : ....	Exploiter une force pour saisir une opportunité <b>(Stratégie offensive)</b>  <i>Exploiter son savoir faire industriel pour entrer dans un nouveau métier porteur</i>	Minimiser l'incidence d'une faiblesse en tirant profit d'une opportunité <b>(Stratégie offensive)</b>
	<b>Menaces</b> M1 : .... M2 : .... M3 : ....	Exploiter ses forces pour contrer une menace <b>(Stratégie défensive)</b>	Minimiser l'incidence d'une faiblesse et éviter une menace. <b>(Stratégie défensive)</b>

### Reprendre la main... oui, mais comment ?

A titre liminaire, nous devons noter que, si le droit (en l'occurrence américain) est à l'origine de la situation dénoncée supra, les process économiques (internalisés dans la gestion de l'entreprise) ne seront d'aucun secours pour créer les conditions d'un nouveau rapport de force permettant de « reprendre la main ». En effet, ils ne sont qu'une conséquence. Seul le droit (qui est la cause ici) le peut. Confronter le sujet à cette seconde démarche s'impose donc. Qu'elles sont les options juridiques (plus ou moins opérationnelles comme nous le verrons) qui sont sur la table ?

La première pourrait consister en une renégociation du texte en vue de le modifier. Une telle modification, si les négociations devaient aboutir, ne concernerait pas le FCPA américain. La France, tout comme ses autres partenaires, n'a aucune compétence juridique sur le territoire américain et les textes adoptés par ces pouvoirs publics. La souveraineté l'en empêche. Il en va en revanche différemment pour la convention de l'OCDE de 1997. Chaque partie signataire dispose de la faculté d'introduire une phase de discussions autour de ce texte. Le principal avantage serait la souplesse du processus et sa portée car la convention initiale ne serait pas remise en cause. Elle serait amendée. Si nous devons tenter une comparaison, nous serions tentés de rapprocher cette solution de l'avenant à un contrat. Toute partie signataire du contrat initial dispose de la faculté de solliciter des autres parties une nouvelle discussion pour éventuellement l'amender, le corriger. La solution nous paraît toutefois difficile à mettre en œuvre. En effet, elle suppose l'accord des autres parties pour modifier la version initiale du texte. Là aussi le principe est simple : sur un plan juridique,

l'accord des autres parties est nécessaire dès lors qu'elles en sont les signataires. Or, négocier une telle modification suppose un risque d'échec des négociations, voire d'obtenir un résultat inverse de celui qui était escompté (renforcement des sanctions, des procédures...). Espérer un résultat probant et favorable nécessiterait de mettre en place une stratégie d'influence au sein de l'OCDE pour convaincre en amont les pays partenaires.

Dans l'absolu (et donc sous réserve de l'argument précédent), un levier pourrait permettre de déclencher une phase de nouvelles discussions autour de ce texte : [la condition de réciprocité](#). Bien connue en droit international, elle dispose que les parties signataires d'un traité international (comme la convention de l'OCDE de 1997) peuvent invoquer le défaut de réciprocité dans l'application du texte par l'une des parties. Quel défaut de réciprocité ? A titre d'exemple il est possible de se référer [l'asymétrie des sanctions dans la lutte contre la corruption par les autorités américaines](#). Mais encore une fois, les chances de succès paraissent ici relatives et le processus long.

La seconde solution pourrait consister à sortir de cette convention de l'OCDE. En droit, cette issue est tout à fait envisageable. Au-delà de ce que prévoit le texte même, la clause de réciprocité précédemment décrite peut permettre d'invoquer un défaut d'application par l'une des parties signataires pour dénoncer le traité international et en sortir. La base légale est là aussi bien connue : la [clause du rebus sic stantibus](#) résultant de la [convention de Vienne de 1969 sur le droit applicable aux traités internationaux](#). Une telle solution serait efficace (une sortie pure et simple du régime de la convention de l'OCDE et par voie d'extension du FCPA américain) et particulièrement rapide (cette solution ne nécessite pas l'accord des autres parties signataires, elle est une décision unilatérale du pays qui quitte le champ d'application de la convention). Mais est-elle seulement possible ? Là aussi certains arguments conduisent à douter de son efficacité. Comment sortir d'un texte international « anti-corruption » sans faire peser une présomption sur l'Etat et les entreprises nationales qu'ils ne sont pas plus corrupteurs que par le passé ? L'encerclement cognitif paraît ici particulièrement efficace car une telle sortie entraînerait sans aucun doute une dégradation dans l'opinion publique au sein de l'Etat, mais aussi au-delà de ses frontières. Elle pourrait aussi générer des pertes de marchés pour les entreprises. [La polémique qui a longtemps entouré les ventes de Rafales](#) (ou plus exactement les difficultés à vendre ce produit à l'étranger) est là pour le rappeler. La barrière politique paraît indépassable.

### **Quel levier d'action ?**

A court terme, et toujours sur un plan du droit, il nous paraît que seule une solution paraît intéressante à exploiter en ce qu'elle ne conduit pas à toucher à la convention de l'OCDE tout en permettant un levier d'action : l'identification et l'exploitation des failles juridiques dans le texte même du FCPA et, corrélativement, de la convention de l'OCDE. D'aucuns pourraient croire qu'il n'y en a pas. Pourtant, l'analyse de la jurisprudence américaine est ici tout à fait instructive. L'arrêt [United States v. Hoskins du 24 août 2018](#) nous livre quelques enseignements. Le juge américain a ainsi décidé que le FCPA n'avait pas vocation à s'appliquer à un ressortissant étranger n'ayant pas de lien avec les entités américaines du groupe sous monitoring ou sous surveillance des autorités américaines. Nous y voyons là deux critères (géographique et fonctionnel) renvoyant tous deux à l'activité réelle du salarié et sa nature exacte. On se demande encore pourquoi cette affaire n'a-t-elle pas connu une résonance plus importante en France et pourquoi elle ne trouve aucune traduction concrète dans un texte (visant à protéger le salarié et/ou la filiale ou groupe). On s'interroge également sur le peu d'analyses, [exception faite de celles qui émanent encore une fois de cabinets anglo-saxons](#).

Peu importe, [le dossier atteste de failles juridiques](#) qui nécessiteraient une expertise pour cibler tous les leviers et adopter en conséquence les textes adéquats. Au demeurant, cette solution ne constitue qu'une contre-offensive (c'est-à-dire [une réplique à une offensive adverse](#)). Adopter une posture strictement offensive nécessite de franchir une étape supplémentaire.

### **Définir de nouvelles normes extraterritoriales ?**

La solution immédiate (identifier les failles juridiques à exploiter dans les textes existants) ne doit pas dispenser de réfléchir à une nouvelle stratégie pour l'avenir. Deux axes pourraient venir structurer et renouveler les réflexions : le droit international existant qui est à réformer ; le droit national qui est à repenser.

Le droit international existant repose essentiellement sur la fameuse convention de l'OCDE de 1997 évoquée ci-dessus. Mais à bien y regarder, nous ne trouvons pas d'exemple comparable (c'est-à-dire un texte de droit international rendant applicable un texte de droit national au-delà de ses frontières et permettant une enquête, des poursuites et des condamnations au sein de cet Etat). Aussi, il conviendrait de repenser ce droit international en revenant à ce qu'il est : un ensemble de normes qui dépassent les Etats. Là, les exemples sont légion et nous donnent des renseignements utiles. Revenir à un droit international stricto sensu supposerait de déconnecter la convention de l'OCDE du FCPA. Cela nécessiterait aussi de créer une autorité de contrôle spécifique et supranationale disposant d'un pouvoir d'enquête, de poursuite et de sanctions (sur [le modèle des autorités administratives indépendantes ou des autorités publiques indépendantes](#) que nous connaissons en France et qui serait transposé à l'échelle supranationale). Il pourrait même être prévu que les sanctions financières viennent abonder un fond visant à la mise en place d'actions internationales de lutte contre la corruption. Une condition paraît indispensable pour aboutir à un tel résultat : consacrer et garantir l'indépendance d'une telle autorité.

La seconde solution pourrait consister à repenser le droit national dans le but de prévoir un cadre spécifique dont la finalité serait de le rendre extraterritorial. N'est-ce pas là la démarche qui a animé la bataille des normes amorcée par les autorités américaines ? La réponse est évidente. Dans ce cas, pourquoi ne pas faire de même ? Cela supposerait de rénover le cadre juridique de la lutte contre la corruption pour aller encore plus loin (autorités, mesures, sanctions...). Deux objectifs devraient alors guider cette démarche réformatrice : rendre inapplicable le droit étranger en justifiant de la complétude de nos normes ; entamer une stratégie d'influence pour déplacer notre corpus juridique vers un échelon supranational (OCDE). Certains leviers pourraient être utiles. **La garantie nationale** (garantir à chaque Etat que, en cas de présomption, seules les autorités nationales seront compétentes pour enquêter, poursuivre et, éventuellement, condamner l'opérateur de cet Etat) pourrait être ici une arme juridique particulièrement efficace.

Mais ces premières propositions ne verront pas le jour si une condition préalable n'est pas remplie : mettre en place une communication stratégique et une logique d'influence autour de ces textes à venir, de ces nouvelles normes pour que nos partenaires étrangers s'en saisissent (sur le modèle de la convention de l'OCDE). La clé du succès réside dans ce point essentiel. A nous d'en définir les contours car la démarche est assurément novatrice.

### **L'urgence de réagir**

Ce sont là les premières pistes de réflexion pour inverser réellement la tendance et passer d'une posture défensive à une action plus offensive. Une réponse à un droit américain devenu

extraterritorial avec l'accord de tous, sous surveillance d'exécution par des opérateurs privés américains (à titre d'exemple la [Rand corporation établit périodiquement un tableau de suivi](#) ce qui, en comparant cet office à ses [analyses en matière de capacités militaires françaises susceptibles de se retrouver au Parlement](#), étonne quelque peu...) et portant atteinte aux intérêts stratégiques et économiques français. Quand on sait que [les autorités américaines en sont dorénavant au stade où les « récidivistes » focalisent leur attention](#), il n'est plus temps de s'interroger. Il y a urgence à réformer ce droit en adoptant une logique d'intelligence juridique au service d'une intelligence économique.