

## Le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) ou la répression de la corruption à l'américaine

Par Maître Loïc Guérin, Avocat au barreau de Paris

mars 2011



Médias traditionnels français ou pages internet en français, même constat : rien ou presque sur le FCPA, ou *Foreign Corrupt Practices Act*. Manque d'information a priori paradoxal s'agissant d'une loi américaine, datant de 1977 et qui est destinée à réprimer la corruption de fonctionnaires et élus étrangers dans le commerce international.

Ce même texte a pourtant conduit à la condamnation de multinationales de premier rang au paiement de montants substantiels. Ainsi, en 2010, le total des 8 principales condamnations se monte à plus d'1,5 milliard \$.

Le peu de littérature sur le sujet, tout au moins en France, s'explique en réalité par la récente redécouverte, par les autorités américaines, de ce texte, se traduisant, en premier lieu, par une multiplication des actions en responsabilité, en deuxième lieu, par une application extensive du texte répressif et enfin, par une augmentation substantielle des montants de condamnation.

La nouveauté du phénomène se traduit là encore dans les chiffres : les dix plus importantes condamnations de toute l'histoire du FCPA ont été prononcées lors des trois dernières années... alors même que ce texte a plus de 30 ans.

### 1. Les dispositions du FCPA

#### Les comportements incriminés

Le FCPA visant à sanctionner la corruption de fonctionnaires ou responsables politiques étrangers, le mécanisme de l'incrimination est, somme toute, assez classique.

La FCPA interdit toute offre, paiement, promesse de paiement ou autorisation de paiement ; tout cadeau, promesse de don ou autorisation de don de toute chose de valeur ; dont l'objet serait d'influer sur une décision ou un acte relevant des compétences d'un fonctionnaire ou membre d'un parti politique étranger.

Ces actes doivent avoir pour objectif final la conclusion ou la conservation d'un marché (*obtaining or retaining business*).

Trois grandes catégories de personnes sont susceptibles de se voir imputer l'incrimination prévue par le FCPA :

Toute société dont les titres sont cotés sur un marché américain (ainsi que les personnes agissant en son nom) ;

Toute personne, physique ou morale, de nationalité américaine, toute personne résident aux Etats-Unis ou dont l'activité principale se situe sur le territoire américains ; et enfin

Toute personne ayant accompli l'un des actes incriminés sur le territoire américain.

Il convient de noter que le texte et son interprétation permettent aux juridictions d'en faire une application extensive et de mettre ainsi en cause des personnes ou des entités n'ayant pas de liens directs avec les Etats-Unis.

#### Les sanctions pouvant être prononcées

Les peines peuvent atteindre, sur le plan pénal, 2 millions \$ pour les personnes morales et 100 000 \$ pour les personnes physiques, ces dernières étant susceptibles de faire l'objet d'une peine d'emprisonnement de 5 années.

Ces mêmes peines sont encore aggravées, selon les cas, lorsque la violation des obligations figurant au FCPA est intentionnelle (*willful violation*).

En réalité, les montants en jeu sont d'une toute autre ampleur : les autorités américaines peuvent condamner tout contrevenant à des montants atteignant jusqu'au double du revenu brut réalisé grâce à l'acte incriminé. Montant lui-même estimé par le *Department of Justice* (DOJ) et donc susceptible de réserver quelques mauvaises surprises pour les personnes mises en cause.

### 2. Les difficultés soulevées par la mise en œuvre du FCPA

Ces difficultés sont multiples et il n'est pas question ici d'en faire une liste exhaustive.

L'une des principales semble être liée à l'instrumentalisation dont ce texte pourrait faire l'objet, celle-ci pouvant d'ailleurs prendre

[http://www.entreprise-et-droit.com/Ing\\_FR\\_srub\\_10\\_iart\\_1529-rss-Le-Foreign-Corru...](http://www.entreprise-et-droit.com/Ing_FR_srub_10_iart_1529-rss-Le-Foreign-Corru...) 07/03/2011

Cette instrumentalisation pourrait tout d'abord consister, pour les autorités américaines, que ce soit consciemment ou non, à faire un usage discriminatoire du FCPA, en favorisant, même involontairement, les sociétés américaines.

Ces dernières étant plus proches, culturellement et géographiquement, des autorités chargées de faire respecter le FCPA, elles ont naturellement un avantage considérable par rapport à d'autres multinationales, concurrentes, relevant de systèmes très différents.

Ce risque inhérent au caractère national d'une loi incriminant des comportements internationaux apparaît d'ailleurs plus que théorique lorsque l'on regarde de près les statistiques.

En effet, sur les dix plus importantes condamnations jamais prononcées au titre du FCPA, huit l'ont été à l'encontre de sociétés étrangères, deux d'entre elles étant d'ailleurs des sociétés françaises.

Mais le risque d'instrumentalisation paraît avant tout prendre une toute autre forme.

Ainsi, force est de constater que les acteurs du monde judiciaire américains ont largement tiré profit de cette renaissance du FCPA.

Du côté des autorités américaines tout d'abord, on constate une explosion des procédures ainsi qu'une augmentation sensible des montants réclamés.

Situation d'autant plus difficile pour les sociétés visées que la procédure judiciaire américaine les contraint bien souvent à conclure avec le Parquet, dans un rapport de force déséquilibré, des *guilty plea*. Conclusion d'autant plus fréquente face à la crainte d'une procédure difficile, coûteuse, en territoire étranger et vouée le plus souvent à être tranchée par un jury populaire local...

Du côté des cabinets d'avocats ensuite. Ces derniers, traditionnellement prompts à s'adapter, ont d'ores et déjà renforcé et développé leur *compliance practice*, avec des départements spécialisés proposant une assistance au stade du contentieux, mais aussi et surtout, activité encore plus rémunératrice et répétitive, en amont, offrant alors de véritables audits de *compliance* visant à s'assurer du respect par leurs clients des exigences du FCPA.

Cette « *businessization* » de la pratique du FCPA est telle que les cabinets accueillent, au prix de confortables émoluments, d'anciens responsables du DOJ, jusqu'ici à la tête des équipes chargées de réprimer les entorses faites au FCPA... Ces transferts, ayant à une occasion au moins conduit un ancien cadre du DOJ un peu plus loin, puisqu'il devait finir par rejoindre l'une des entreprises précédemment sanctionnée par ses propres services. Ce mélange des genres, certes légal, n'en reste pas moins surprenant.

Au-delà de la question du conflit d'intérêt qui peut légitimement se poser, il apparaît paradoxal, voir déplacé, que ceux-là même qui pourfendent le monnayage de leur influence, par des fonctionnaires ou politiques étrangers, puissent ainsi ultérieurement offrir leurs services, contre de confortables émoluments, au profit des entreprises potentiellement mises en cause.

Moralement condamnable, ce genre de pratique conne le sentiment que la machine se nourrit elle-même voir d'elle-même au détriment de justiciables qui ne relèvent bien souvent même pas du droit américain.

---

#### Loïc GUERIN

Avocat à la Cour  
9, rue du Val de Grâce

75005 Paris

Tél. : +33 (0)1 43 29 85 05

Fax : +33 (0)1 77 57 87 00

Contact

[www.cabinetguerini.eu](http://www.cabinetguerini.eu)



Chambre de commerce  
et d'industrie de Paris