

Prévention et traitement judiciaire de la corruption dans le secteur de la santé : quels enseignements pour les autres secteurs?

15 février 2022, Cercle Montesquieu

Astrid Mignon Colombet
Avocate Associée

Valérie Munoz-Pons
Avocate conseil



AUGUST DEBOUZY

SOMMAIRE

+ Introduction

I. La justice négociée américaine dans le secteur de la santé

II. La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), un DPA « *à la française* »

III. Anticiper la conclusion d'une CJIP

- Adoption le 9 décembre 2016 de la loi sur la transparence, la lutte contre la corruption et la modernisation de la vie économique, dite loi « Sapin II » :
 - Obligation de prévention contre le risque de corruption,
 - Création de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), entrée en vigueur le 30 avril 2017, fortement inspirée des DPA américain et britannique, qui permet aux entreprises poursuivies pour des faits d'atteinte à la probité d'entrer en négociation avec le parquet pour tenter de trouver un accord et d'éviter un procès,
 - Dans son déploiement également les autorités françaises s'inspirent de certaines procédures et exigences américaines.



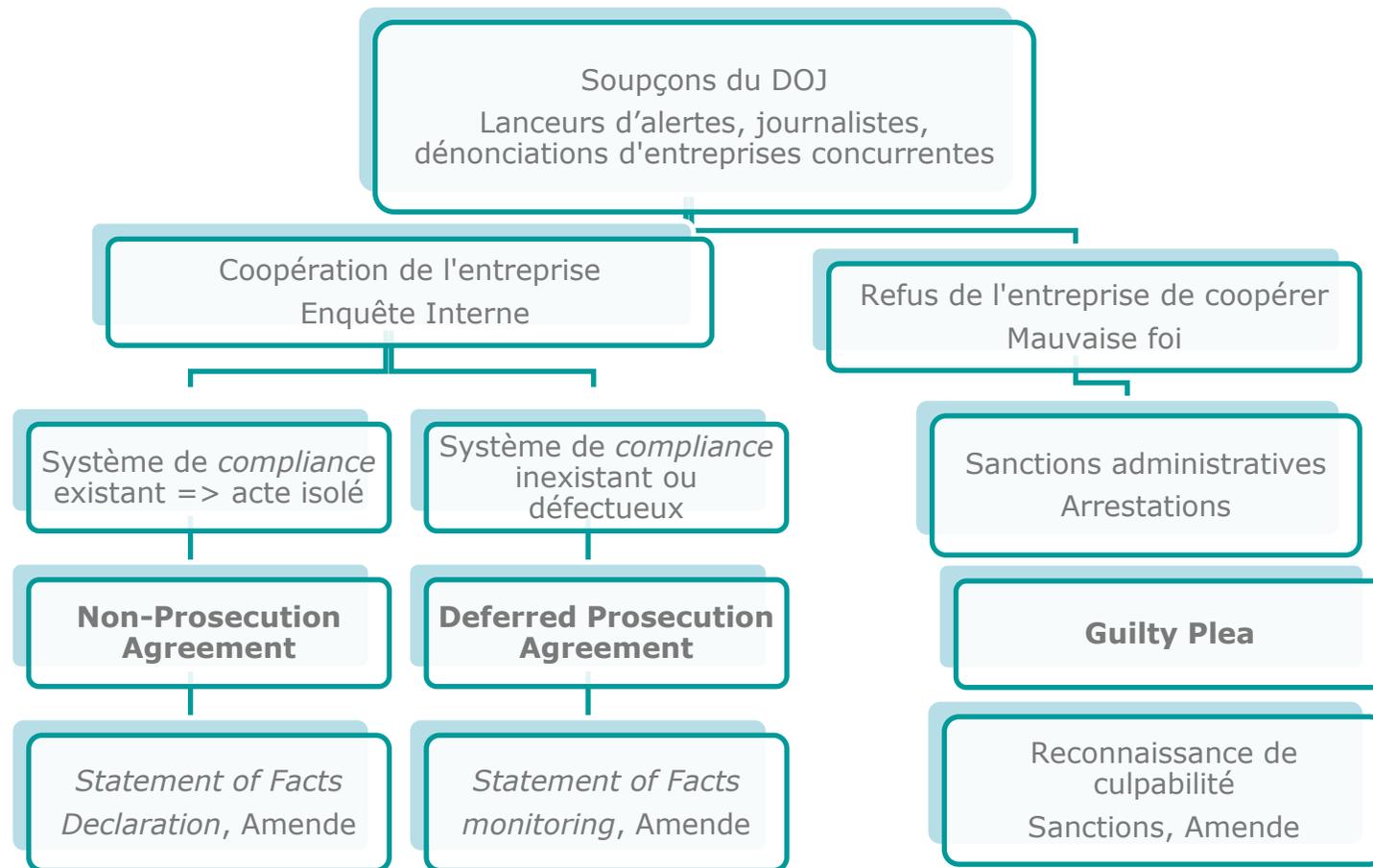
L'analyse des précédents outre-Atlantique est donc très instructive voire prospective

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

• Les deals de justice aux Etats-Unis

+ depuis 2016 : les **declinations** (renonciation officielle à poursuivre l'entreprise qui s'autodénonce et coopère)

- Rendue publique,
- Inclut des termes et conditions négociées,
- L'entreprise n'est pas tenue de reconnaître les faits.



I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Focus sur l'accord de poursuite différé (DPA)**

- Mesure alternative aux poursuites permettant d'éviter une mise en accusation formelle (et *in fine* une condamnation pénale) grâce à un accord avec les autorités américaines aux termes duquel la société accepte :

1. de s'acquitter de sanctions financières,
2. de reconnaître des éléments de fait et
3. de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures.

- **Conditions du DPA :**

- Coopérer avec les enquêteurs,
- Reconnaître les faits,
- Payer une sanction financière,
- Coopérer aux poursuites futures,
- Réparer les dommages causés.

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Focus sur l'accord de poursuite différé (DPA)**

- Le DPA contraint l'entreprise à adopter des **mesures de mise en conformité et de vigilance** :
 - Mettre un terme aux relations commerciales problématiques avec des tiers, cesser ses activités dans certains pays...
 - Améliorer son programme de conformité,
 - Mettre en place des contrôles internes rigoureux,
 - Retenir les services d'un contrôleur de conformité (mesure dite de *monitorship*).
- Le *monitorship* :
 - Dépend de différents critères (gravité de l'infraction, comportement adopté depuis la révélation des faits, préexistence de mesures de compliance),
 - Pas obligatoire (ordonnée dans 1 DPA sur 3, quasi systématique lorsque la société en cause est étrangère), le procureur peut aussi laisser la société libre ou la placer sous une mesure dite d'autosurveillance,
 - La mission du moniteur ne consiste pas à enquêter sur les faits mais porte sur l'évaluation de l'efficacité du programme de compliance de la société,
 - Le moniteur est tenu de révéler au procureur toute infraction (que la société l'ait commise antérieurement ou au cours du monitorship).

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Focus sur la *declination***

= **Renonciation officielle à poursuivre un mis en cause**

- Le programme de *declinations*, inauguré par le DOJ en avril 2016, s'applique dans les dossiers qui auraient pu faire l'objet de poursuites pénales, mais dans lesquels le DOJ décide de ne pas poursuivre car l'entreprise mise en cause a particulièrement bien coopéré.
- Une mesure de *declination* n'est pas une **reconnaissance de culpabilité**, sous réserve de la coopération et de la réparation du préjudice subi par la société.
- Conditions :
 - Divulgence volontaire,
 - Pleine coopération,
 - Paiements de réparations et de restitutions et/ou de confiscations (« *disgorgement of profits* »),

A noter : pas d'obligation de reconnaître officiellement les faits

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Un exemple dans le secteur de la santé : le DPA TEVA**
 - Entreprise pharmaceutique israélienne spécialisée dans les médicaments génériques et les composants actifs. A partir de 2012, Teva a fait l'objet d'investigations par les autorités américaines pour des allégations de violation du FCPA .
 - **Diversité des pratiques mises en cause**
 - L'intervention de distributeurs proches de personnes politiquement exposées :
 - En Russie, un haut fonctionnaire aurait été corrompu afin d'augmenter les ventes lors des enchères annuelles d'achat de médicaments organisées par le ministère de la Santé. La **société de reconditionnement et de distribution appartenant à ce fonctionnaire** aurait réalisé environ 65 millions de dollars de profits grâce à des marges bénéficiaires gonflées.
 - Le recours à des « consultants » :
 - En Ukraine, un haut fonctionnaire du ministère de la Santé aurait été payé pour influencer l'approbation par le gouvernement de médicaments. Ce fonctionnaire aurait été engagé en tant que **consultant**, il aurait bénéficié d'honoraires mensuels, de voyages et d'autres objets de valeur pour environ 200 000 dollars.
 - Le versement allégué de commissions à des médecins du service public :
 - Au Mexique, la société n'aurait pas mis en place un système adéquat de contrôles comptables internes et elle n'aurait pas fait appliquer les contrôles qu'elle avait mis en place dans sa filiale mexicaine, ce qui aurait permis que des commissions soient versés à des médecins employés par le gouvernement mexicain pour qu'ils prescrivent les produits du groupe.

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Les carences du plan de conformité retenues contre l'entreprise**

- Réaction trop lente face à des risques connus en matière de FCPA :

- La société aurait été informée des faits commis au Mexique en 2007 mais n'y aurait pas déployé de politique anticorruption avant 2009 et n'aurait instauré une politique mondiale qu'en 2010.

- Défaut de contrôle de la société mère :

- Les cadres basés en Israël, responsables du développement du programme de conformité anti-corruption de l'entreprise en 2009, auraient été informés de la corruption des médecins mexicains ; ils auraient approuvé des procédures dont ils savaient qu'elles n'étaient pas suffisantes pour répondre aux risques et qu'elles ne permettaient pas de prévenir ou de détecter les paiements à des fonctionnaires étrangers.
- Les dirigeants auraient nommé des responsables conformité qui n'étaient pas en mesure ou ne souhaitaient pas faire appliquer les politiques anticorruption.

- Contrôles comptables internes défaillants :

- Les contrôles comptables n'auraient pas permis d'empêcher les paiements illégaux ou de détecter les signaux d'alarme qui auraient dû alerter les employés (autorisation des paiements avec peu de pièces justificatives, création de faux livres et registres pour dissimuler les paiements illégaux).

- Absence de mesures raisonnables pour faire appliquer le code de conduite institué en 2006.

- Employés non familiers avec les interdictions du code et non formés sur le FCPA.

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **La possibilité d'une solution transactionnelle**

Le 22 décembre 2016, Teva accepte de régler 520 millions de dollars aux Etats-Unis pour mettre un terme à la procédure,

- **DPA** dans le volet pénal du dossier : amende de 283 millions de dollars + engagement de continuer à coopérer à l'enquête + engagement d'améliorer son programme de conformité, de mettre en place des contrôles internes rigoureux et d'être suivie par un moniteur indépendant pendant trois ans.
- **Guilty plea** afin de mettre un terme à la procédure visant Teva Russia.
- **Cease and desist order** dans le cadre des poursuites engagées par la SEC aux termes de laquelle Teva a accepté de payer environ 236 millions de dollars à la SEC.

Raisons qui ont permis à TEVA d'obtenir un DPA :

- Malgré l'absence de divulgation volontaire, Teva a coopéré à l'enquête du DoJ après que la SEC lui a signifié une assignation à comparaître ;
- Teva a bénéficié d'une réduction de 20 % par rapport au minimum prévu pour l'amende car (i) elle a coopéré et (ii) elle a mis en place des mesures correctives. Teva n'a cependant pas bénéficié d'un crédit de coopération complet en raison de retards dans les premières étapes de l'enquête. Il lui était notamment reproché de ne pas avoir produit tous les documents demandés en temps voulu.

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Autres affaires récentes ayant donné lieu à un DPA dans le secteur de la santé**

- **Novartis** (25 juin 2020) : poursuivi pour avoir payé des prestataires de soins de santé publics et privés en **Grèce**, au **Vietnam** et en **Corée du Sud** afin qu'ils utilisent des produits pharmaceutiques du groupe entre 2012 et 2016. Dans le cadre d'un DPA, le groupe a payé plus de **345 millions de dollars**.
- **Olympus Corporation of the Americas** (1^{er} mars 2016) : la filiale latino-américaine d'Olympus (plus grand distributeur d'endoscopes et d'équipements médicaux aux États-Unis qui vend des appareils dans le monde entier) a accepté de payer **22,8 millions de dollars** pour résoudre des allégations de violation du FCPA. Olympus Latin America a fourni « *des espèces, des transferts d'argent, des voyages personnels ou de formation médicale à des tiers, des équipements gratuits ou fortement réduits et d'autres objets de valeur* » aux médecins travaillant dans les hôpitaux et cliniques publics. Entre 2006 et 2011, les paiements illicites auraient atteint environ 3 millions de dollars pour des bénéfices de plus de 7,5 millions de dollars au **Brésil**, en **Bolivie**, au **Chili**, en **Colombie**, en **Argentine**, au **Mexique** et au **Costa Rica**.
- **Herbalife** (28 août 2020) : mise en cause pour corruption de fonctionnaires chinois sur une période de 10 ans afin de promouvoir et développer les activités d'Herbalife en **Chine**. Herbalife a accepté de payer des pénalités combinées de plus de **123 millions de dollars**.

I. LA JUSTICE NÉGOCIÉE AMÉRICAINE DANS LE SECTEUR DE LA SANTÉ

- **Exemple de déclarations dans le secteur de la santé**

- **Sanofi** (4 septembre 2018)

- **Declination du DOJ** : enquête ouverte en 2014 par le DOJ qui portait sur d'éventuels paiements illégaux aux Moyen-Orient et en Afrique de 2007 à 2012.
- L'entreprise avait elle-même signalé les allégations au DOJ et à la SEC à la suite d'allégations d'un lanceur d'alerte anonyme.
- **Cease and Desist de la SEC** : le 4 septembre 2018, Sanofi a accepté de **payer à la SEC un total de 25 millions** de dollars de sanctions civiles, restitution et intérêts avant jugement (5 millions de dollars en « civil penalties », 17,5 millions en « disgorgement », et 2,7 millions en « prejudgment interest »).

- **Autres déclarations récentes**

- En 2020, 8 *declinations* dont 3 dans le domaine de la santé : CHS Inc. (DOJ), Alexion Pharmaceuticals Inc. (SEC, \$21M), et USANA Health Sciences Inc. (SEC et DOJ)

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- **Fonctionnement de la CJIP**

- Procédure de « *deferred prosecution agreement* » à la française créée par la loi Sapin II et prévue à l'article 42-1-2 du code de procédure pénale,
- Mise en place :
 - Dans le cadre d'une enquête préliminaire => avant la mise en œuvre de l'action publique,
 - Dans l'hypothèse d'une information judiciaire => à tout moment (suppression de la condition de mise en examen préalable, de reconnaissance des faits et d'acceptation de la qualification pénale retenue par la loi du 24 décembre 2020 ayant modifié l'article 180-2 du code de procédure pénale),
- Conditions :
 - Proposition à la demande ou avec l'accord du procureur de la République,
 - Au bénéfice d'une personne morale (exclue pour les personnes physiques) mise en cause pour
 - Des faits de corruption ou de trafic d'influence,
 - Des faits de fraude fiscale ou de blanchiment de ces délits,
 - Des infractions connexes.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- Contenu de l'accord

➤ Le procureur de la République peut proposer :

- Le versement au Trésor public, dans un délai d'un an maximum, d'une **somme proportionnée aux avantages tirés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen** annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements,

Et / Ou

- La mise en œuvre d'un **programme de conformité** sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, pendant une durée maximale de 3 ans,

Et

- La réparation des dommages causés aux victimes, dans un délai d'un an maximum.
 - Le procureur de la République informe les parties civiles de sa décision de proposer la mise en œuvre d'une CJIP.
 - Les parties civiles peuvent alors lui communiquer tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de leurs préjudices.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- **Détermination du montant de l'amende** (souvent supérieure au *quantum* encouru devant une juridiction, contrepartie de l'absence de déclaration de culpabilité et d'inscription au casier judiciaire) :
 - Détermination du plafond :
 - Date du constat des manquements → date à laquelle le parquet propose la convention,
 - Chiffre d'affaires pris en compte → chiffre d'affaires mondial de l'entité (ex. : si la personne morale concernée est une filiale d'un grand groupe, seul sera pris en compte le chiffre d'affaires de cette filiale).
 - Détermination des avantages tirés des manquements constatés :
 - Exemple pour le blanchiment de fraude fiscale → profits retirés par les établissements financiers grâce aux fonds blanchis,
 - Exemple pour la corruption → profit direct et indirect retiré du marché obtenu.
 - Application d'un coefficient multiplicateur :
 - Fonction de la gravité des faits, de la durée du manquement et des éventuels antécédents (en général, coefficient au moins égal à deux),
 - Eventuel coefficient minorant en fonction de l'ancienneté des faits, du caractère volontaire et de la rapidité de la révélation des faits, du degré de coopération et de circonstances propres à la personne morale.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- **Effet de l'accord**

- L'action publique :

- La prescription de l'action publique est suspendue durant l'exécution de la convention,
- **L'exécution des obligations prévues par la convention éteint l'action publique,**
- Elle ne fait cependant pas échec au droit des personnes ayant subi un préjudice du fait des manquements constatés, sauf l'État, de poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile.

- En cas d'instruction en cours :

- L'instruction est suspendue en ce qu'elle concerne la personne morale mise en cause.
- **Elle se poursuit à l'égard des autres parties à la procédure (notamment les personnes physiques).**
- Le procureur de la République transmet la procédure au juge d'instruction, accompagnée des réquisitions aux fins de reprise de l'information si :
 - (i) dans un délai de 3 mois à compter de la transmission de la procédure au procureur, aucun accord n'a été trouvé, ou
 - (ii) le président du tribunal judiciaire refuse de valider la convention, ou
 - (iii) la personne morale décide d'exercer son droit de rétractation, ou
 - (iv) dans le délai prévu par la convention, la personne morale ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations à sa charge.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

17

- **Les conditions à remplir pour obtenir une CJIP**

Position des autorités françaises inspirée de la pratique américaine et britannique. Limite : pas de détails sur la prise en compte de la coopération dans la fixation de la peine (pas de « crédit » à l'américaine).

- **1) La coopération avec les autorités**, condition *sine qua non* pour pouvoir bénéficier d'une CJIP :
 - Initiative prise par la personne morale de s'autodénoncer (dans des délais raisonnables),
 - Révélation spontanée suffisamment détaillée,
 - Si elle ne s'est pas autodénoncée, l'entreprise peut, malgré tout, montrer sa coopération en diligentant une enquête interne menée parallèlement à l'enquête judiciaire,
 - Les investigations internes doivent appréhender les responsabilités individuelles (des représentants légaux de l'entreprise, des salariés ou de tiers).
- **2) Documents à transmettre au parquet :**
 - Confidentialité des négociations :  ne couvre que les documents échangés après la formalisation d'une proposition de CJIP. Les documents communiqués avant peuvent être utilisés par le parquet en cas d'échec de la CJIP.
 - Secret professionnel de l'avocat : la personne morale détermine les documents à ne pas transmettre au parquet parce que couverts par le secret. Réticence des autorités à admettre que ce secret puisse leur être opposé. En cas de refus de la personne morale, le parquet apprécie si cela est justifié. En cas de désaccord, le refus pèse sur l'évaluation du niveau de coopération.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- **Les conditions à remplir pour obtenir une CJIP, la position des autorités**

- **3) La mise en œuvre d'un programme de conformité effectif :**

- Le non-respect de l'obligation de prévention contre le risque de corruption a une influence sur la décision du procureur de proposer une CJIP ou la détermination du montant de l'amende,
- La mise en œuvre d'un tel programme par les personnes morales non soumises à cette obligation est de nature à jouer en faveur du bénéfice d'une CJIP.

- **4) L'indemnisation spontanée des victimes :**

- Le fait pour l'entreprise d'indemniser à son initiative le préjudice des victimes avant même que l'offre de la CJIP ne lui soit faite est un indicateur d'une bonne coopération.

II. LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC (CJIP), UN DPA A LA FRANCAISE

- **Bilan : 16 CJIP signées à ce jour dont 9 par le PNF. Aucune dans le secteur pharmaceutique.**
 - **HSBC Private Bank**, 30 octobre 2017 (300 millions d'euros) : démarchage bancaire et financier illicite et blanchiment aggravé de fraude fiscale.
 - **Société Générale**, 24 mai 2018 (250 millions d'euros + programme de mise en conformité de 2 ans) : corruption d'agents publics étrangers (APE). **Première CJIP signée en accord avec le DOJ américain.**
 - **Carmignac Gestion SA**, 20 juin 2019 (30 millions d'euros) : fraude fiscale et fraude fiscale aggravée (montage avec 2 sociétés au Luxembourg).
 - **Google France Sarl et Google Ireland Ltd**, 3 septembre 2019 (500 millions d'euros) : fraude fiscale et complicité.
 - **Egis Avia**, 10 décembre 2019 (2,6 millions d'euros) : corruption d'APE.
 - **Airbus**, 29 janvier 2020 (2,08 milliards d'euros + programme de suivi de conformité de 3 ans) : corruption d'APE, ABS, abus de confiance, escroquerie en BO, blanchiment, faux et usage de faux. **Première CJIP signée en accord avec le DoJ américain et le SFO britannique.**
 - **Bolloré et Financière de l'Odet SE**, 9 février 2021 (12 millions d'euros + programme de mise en conformité de 2 ans) : corruption d'APE, complicité d'abus de confiance. **CRPC négociée parallèlement pour les personnes physiques que le président du TJ de Paris a refusé d'homologuer**
 - **JP Morgan Chase**, 26 août 2021, (25 millions d'euros) : complicité de fraude fiscale
 - **LVMH**, 17 décembre 2021 (10 millions d'euros): trafic d'influence

III. L'ENQUÊTE INTERNE

- **Si l'entreprise souhaite négocier une CJIP, se posera rapidement la question de l'enquête interne (1/2)**
 - D'après les lignes directrices AFA/PNF,
 - L'entreprise doit révéler spontanément les faits dans un délai raisonnable (conduite de l'enquête avant la révélation aux autorités ou parallèlement à celle-ci),
 - « (...) des échanges réguliers entre le parquet et les conseils de la personne morale doivent permettre d'assurer une bonne coordination » de l'enquête pénale et de l'enquête interne,
 - Les investigations internes ne doivent pas perturber l'enquête judiciaire,
 - L'enquête interne doit aboutir à l'établissement d'un rapport présenté au parquet exposant les faits avec la plus grande précision :
 - les principaux témoins doivent être identifiés,
 - les documents pertinents doivent être communiqués,
 - les conclusions de l'enquête interne doivent être transmises « dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire »,
 - La coopération est décisive pour l'abandon des poursuites et la possibilité de conclure une CJIP + elle constitue un « facteur minorant » pour déterminer l'amende d'intérêt public.

Si la société est soumise au FCPA, cotée aux USA ou réalise certaines transactions en dollars, se poseront d'autres questions (nécessité d'une *voluntary disclosure* auprès du DoJ et de la SEC par exemple).

- **Si l'entreprise souhaite négocier une CJIP, se posera rapidement la question de l'enquête interne (2/2)**

➤ S'agissant de l'enquête interne, l'AFA recommande :

- D'intégrer dans le dispositif des dispositions pour **garantir la confidentialité** (la violation de la confidentialité doit être susceptible d'entraîner des sanctions disciplinaires),
- De faire preuve de **vigilance dans la collecte des preuves et des documents**, les modalités d'accès au dispositif et d'échange des informations avec l'auteur de l'alerte, le cas échéant, ou encore la possibilité de lancer une alerte de manière anonyme,
- De faire réaliser l'enquête par des personnes « *qualifiées, désignées par l'instance dirigeante de l'entreprise* » et soumises « à de strictes obligations de confidentialité »,
- **D'établir un rapport formel** destiné à « *consigner l'ensemble des faits et preuves recueillies, à charge et à décharge, de nature à établir ou à lever le soupçon, ainsi que la méthode suivie. Le rapport d'enquête interne conclut sur la suite à donner au signalement* »,
- **D'informer l'instance dirigeante** « *lorsque les soupçons apparaissent suffisamment étayés* ».

A noter : la Proposition de loi Gauvain suggère d'encadrer légalement l'enquête interne en imposant (i) une obligation de notification au parquet, (ii) la rédaction de procès-verbaux d'audition, (iii) une consultation du dossier par les personnes soupçonnées et (iv) une information de la clôture de l'enquête.

III. L'ENQUÊTE INTERNE

- **Les étapes classiques de l'enquête interne**

- 1) Définir le cadre générale de l'enquête dès le départ,
- 2) Identifier les personnes d'intérêt (« Custodians »),
- 3) Préserver et collecter les données,
- 4) Traiter les données,
- 5) Conduire les entretiens (pas systématique),
- 6) Rédiger le rapport d'enquête :

- **Attention à ce que l'on écrit** et à la transmission de projets non définitifs,
- **Le contenu du rapport (oral ou écrit) peut varier. Il doit généralement mentionner :**
 - Le contexte,
 - Les documents revus et les personnes entendues (joindre uniquement les documents pertinents),
 - Les éléments clés mis au jour,
 - Les conclusions,
 - Les actions correctrices recommandées,
- Possibilité de préparer des comptes rendus écrits distincts : d'un côté un rapport se limitant aux faits sans les qualifier juridiquement, de l'autre des analyses thématiques (sur la qualification des faits, l'analyse des risques, les mesures correctives à déployer).

Le champ de l'enquête interne peut évoluer en fonction des découvertes en cours d'investigation

Attention - l'entreprise qui a connaissance de faits mentionnés dans un rapport interne mais ne prend aucun décision encourt un risque



AD

in   

www.august-debouzy.com