

D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires

*Audition par la Commission des lois du Sénat
« Le droit des entreprises : enjeux d'attractivité internationale, enjeux de souveraineté »
(Palais du Luxembourg, le 11 mars 2015)*

L'année 2014 a été marquée par deux affaires dans lesquelles deux grandes entreprises françaises ont eu à verser des sommes énormes au Ministère américain de la justice (DOJ), au titre d'amendes transactionnelles : la banque BNP-Paribas a dû payer près de 9 milliards de dollars pour avoir enfreint la réglementation américaine interdisant aux entreprises opérant sur le marché américain de faire du commerce avec certains pays. Le 22 décembre 2014, la compagnie française Alstom a signé le plus grand accord de l'histoire entre une société étrangère et le Ministère de la justice américain pour une affaire s'inscrivant dans le cadre du *FCPA*¹ (c'est-à-dire de corruption d'un agent étranger). Après quatre années et demi d'enquête, un accord fut trouvé sur une amende d'un montant de 772 290 000 \$. Il s'agit du plus gros *settlement* avec le DOJ pour une affaire de *FCPA* (et le second si, dans l'accord Siemens, l'on additionne les 450 millions payés au DOJ et les 350 millions négociés avec la SEC). Une telle addition n'était pas à l'ordre du jour dans l'affaire Alstom, parce que la société avait quitté la bourse de New York au mois d'août 2004 et que donc la SEC n'était pas partie au « *deal* de justice ».

Les deux grandes entreprises françaises ont peut-être payé pour leurs fautes mais aussi – voire surtout – pour leur mauvaise compréhension de ce qui se pose comme une nouvelle règle du jeu mondial. La création *ex nihilo* de ce risque juridique, celui de se voir infliger une amende qui peut vous démanteler (c'était la hantise pour Siemens et c'est devenu une réalité pour Alstom quatre ans plus tard en partie parce qu'elle n'a sans doute pas suffisamment anticipé le risque), change la donne.

Plutôt que de maudire l'hégémonie américaine, mieux vaut comprendre le nouveau modèle en train de se mettre en place. Bien que les fondements juridiques diffèrent, ces deux affaires montrent l'apparition d'un nouveau paradigme en droit des affaires, largement inspiré par la culture du droit américain, qu'il est urgent de saisir ne serait-ce que pour y adapter notre droit. Cet enjeu est devenu crucial pour la protection de nos entreprises à l'heure du droit global. Il l'est d'autant plus que le nouveau modèle en construction est en perpétuelle mutation et qu'il faut pouvoir s'adapter rapidement.

¹ *Foreign Corrupt Practices Act*

A cette fin, il faut détailler les enseignements des affaires pour transformer non seulement notre système de justice mais, plus profondément encore, notre culture, afin de la mettre au diapason de notre temps.

I. TIRER LES ENSEIGNEMENTS DES SANCTIONS AMERICAINES CONTRE LES ENTREPRISES FRANÇAISES DE L'ANNÉE 2014

Richard L. Cassin² analyse les causes de l'échec d'Alstom qui sont, pour lui, au nombre de six :

- 1) Alstom n'avait pas de dispositif *effectif* de conformité pour lutter contre la corruption.
- 2) La corruption était érigée en véritable politique commerciale pour Alstom.
- 3) Alstom, de ce fait, était particulièrement exposée à des poursuites.
- 4) Alstom a cherché à tromper les agents fédéraux et n'a pas coopéré franchement.
- 5) En France, les lois anti-corruption ne sont pas (beaucoup) mises en œuvre.
- 6) Lorsque des dirigeants d'une entreprise font l'objet de poursuites pénales, celle-ci a plus de chances d'être condamnée sévèrement.

Le constat, sévère, reflète un point de vue américain sur ces affaires. Il mérite d'être complété par un point de vue français qui en tire les enseignements pour la France.

1. L'urgence de comprendre la nouvelle règle du jeu mondiale : *discovery* versus loi de « blocage »

Les entreprises françaises n'ont pas encore pris l'entière mesure de la puissance de la procédure américaine. Elles ne soupçonnent pas toujours le caractère invasif des techniques de *discovery* consistant schématiquement à demander des éléments de preuve que l'on ne connaît pas à l'avance et notamment de la *e-discovery* qui offre la possibilité de saisir tous les échanges par e-mails. Ces enquêtes d'un nouveau type se montrent autrement plus redoutables que les enquêtes diligentées par la justice ou l'administration françaises ne serait-ce qu'en raison des sanctions radicales auxquelles l'entreprise s'expose en cas de refus de se soumettre à la *discovery*, y compris celle de voir juger établis à son détriment les faits sous-tendant la demande de *discovery*.

Face à ces techniques de *discovery*, la réponse apportée par la loi française 67-678 du 26 juillet 1968 modifiée, dite loi de « blocage » n'est pas suffisamment comprise ni prise au sérieux par les autorités et juges américains. Aux Etats-Unis, son application est presque toujours rejetée depuis l'arrêt de la Cour Suprême des Etats-Unis concernant Aérospatiale du 15 juin 1987 au motif qu'elle n'est pas effective et qu'il n'y a eu qu'une condamnation pénale en trente ans³. Le juge Rakoff a ainsi récemment ordonné la *discovery* de documents localisés en France en dépit de la loi française de « blocage » jugée peu effective au motif que les autorités françaises ne

² FCPA Blog, décembre 2014.

³ Arrêt *Executive Life* de la Cour de cassation de 2007.

poursuivaient ni ne punissaient les personnes qui communiquent les informations protégées par la loi de 1968⁴.

En réaction, en France, un amendement au projet de loi « Macron » en janvier 2015 ambitionnait ainsi de renforcer l'effectivité de la loi de 1968 en augmentant les peines encourues afin d'« *asseoir sa crédibilité aux yeux des juridictions étrangères qui accepteront ainsi son application* » mais cet amendement a été finalement retiré.

Plus fondamentalement, l'expression loi de « blocage » prête à confusion, laissant entendre que la loi interdit de communiquer des documents à une autorité étrangère là où elle vise en réalité à aiguiller les demandes de *discovery*⁵ vers les procédures prévues par les traités internationaux et comportant le recours à un juge⁶.

Cette approche constructive d'une loi encourageant les entreprises à passer par le canal des conventions internationales en matière d'obtention de preuves doit être encouragée et consolidée par une rédaction mettant en valeur l'esprit de la loi de 1968, gardienne des conventions internationales.

Mais à l'heure actuelle, dans le rapport de force opposant la *discovery* américaine et la loi de blocage française, les entreprises françaises sont contraintes de s'adapter aux techniques de *discovery* très éloignée de notre culture judiciaire et de notre garantie des droits.

Faute d'avoir toujours compris cette efficacité et la possibilité de saisir des masses énormes de documents, les entreprises ont laissé un certain nombre de « *smoking guns* », c'est-à-dire de preuves évidentes, qui sont très difficiles à combattre par la suite devant un juge. Il est donc urgent que tous les acteurs de l'entreprise intègrent ce nouveau « risque pénal » de façon à être plus prudents dans leurs échanges internes. Ne perdons pas de vue que l'objectif est de réduire la corruption et non pas de se prémunir des enquêtes. La meilleure manière de prévenir le risque est de s'organiser pour le détecter et le combattre en interne par un programme de conformité efficace et testé.

2. La nécessité de prendre des mesures concrètes, effectives et efficaces

Le second enseignement concerne donc l'effectivité des programmes de conformité. En France, les programmes de conformité dépendent encore trop de la volonté des dirigeants de l'entreprise. Les programmes annoncés ne sont pas toujours bien appliqués, sans que cela ne préoccupe outre mesure les dirigeants. Les mesures de prévention ne sont encore trop souvent que des « *paper policies* ». O, il ne suffit plus désormais pour les entreprises d'annoncer une politique déterminée, de mettre en place des dispositifs convaincants de *compliance*, il leur faut prouver que ces dispositifs fonctionnent et qu'ils sont adaptés à la réalité de leur secteur

⁴ District Court, Southern District of New York, 22.12.2014

⁵ Noëlle Lenoir, "Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité", RDFA, 2014, page 487 et seq., n°12.

⁶ Convention de La Haye du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale et Règlement (CE) n° 1206/2001 du Conseil du 28 mai 2001.

d'activité. Mieux, ces dispositifs doivent être évolutifs et tirer régulièrement les leçons de leur échec au besoin en mettant en place des évaluations et des retours d'expérience. Il est attendu des entreprises qu'elles éprouvent régulièrement l'efficacité de leurs programmes (*testing*) : le DOJ a reproché à Alstom de n'avoir pas testé ses dispositifs. Même cela ne suffit pas : la bonne foi ne sera accordée aux dirigeants que s'ils ont écouté les alertes envoyées par leurs propres services de conformité et suivi leurs recommandations. Dans l'affaire BNP-Paribas, il a été reproché à l'entreprise de ne pas avoir tenu compte des signalements que ses propres services de *compliance* lui avaient adressés. C'est désormais le résultat qui compte et plus seulement les procédures. L'effectivité est en effet le grand facteur légitimant du droit global.

C'est un investissement utile. En Angleterre, par exemple, depuis l'*Anti-Bribery Act*, un service de conformité fiable et bien doté peut être utilisé comme moyen de *full defence*, c'est-à-dire pour bloquer des poursuites.

3. L'intérêt à vraiment coopérer

Il était reproché à Alstom de n'avoir pas informé spontanément les autorités américaines des faits de corruption dont elle avait eu connaissance depuis des années, et, d'autre part, de n'avoir pas coopéré spontanément et tout de suite (« *promptly* ») à l'enquête diligentée contre certains de ses employés.

Pour comprendre ce grief, il faut revenir au sens du mot *compliance*. Ce terme exprime en anglais deux idées : celle de mise en conformité et celle de se conformer (plus ou moins spontanément). C'est ainsi qu'il s'emploie en matière médicale pour qualifier un patient qui collabore à son traitement. En français, le mot « conformité » ne restitue que la mise en correspondance à une obligation externe : se « mettre en règle » et non le sens d'adhésion. Est *compliant* un patient qui adhère à un protocole thérapeutique, un ingénieur qui s'associe à un projet d'assainissement d'un système défectueux ou le créancier actif dans un apurement de passif, parce qu'à chaque fois ils y « mettent du sien » comme on dit en français. L'entreprise doit donc coopérer, « collaborer » dirait-on si ce terme n'avait pas une connotation très négative en français car c'est ainsi que l'on désigne ceux qui ont travaillé avec les occupants allemands pendant la Seconde guerre mondiale. Cependant, pour saisir l'esprit de cette institution de la conformité, il faut garder ces subtilités étymologiques en tête.

La *compliance* est d'autant plus importante qu'il n'y *a priori* pas de loi commune entre les parties. Aucune norme n'est fixe, à commencer par celle qui détermine l'amende encourue qui est indexée sur les sommes litigieuses. D'où l'importance de la relation et notamment de la qualité de la coopération avec les autorités fédérales américaines ; d'une véritable coopération avec les autorités, qui n'a pas de correspondant dans la culture française qui est plus « confrontationnelle ». En France, on ne négocie pas en général avec le pouvoir.

La coopération sera jugée sur trois plans : tout d'abord, sur la volonté manifeste d'aller au devant des autorités à partir de la découverte des irrégularités. Il faut réagir de manière constructive dès que l'on a connaissance de faits suspects (tout est dans le « dès que »).

En l'espèce, il fut reproché à la direction d'Alstom de n'avoir réagi qu'aux *subpœnas*, c'est-à-dire aux injonctions officielles de la justice américaine. Le fait de devancer l'action de l'administration étrangère est, encore une fois, contraire à la culture française où il n'est jamais demandé au délinquant de faire preuve de zèle à l'égard de l'accusation. Mais dans ce nouveau contexte, la seule revendication de ses droits peut lui être reprochée. Peut-être que les dirigeants d'Alstom ont attendu l'action de la justice en préparant leur défense sans avoir compris que, désormais, c'est par la coopération que l'on se défend.

La deuxième attitude concerne la coopération une fois que l'on a été pris dans les rets des agences américaines : il faut coopérer franchement et jusqu'au bout et surtout, ne pas faire semblant ou ne le faire qu'à moitié. Cela semble avoir été le cas dans l'affaire BNP-Paribas où les dirigeants n'ont pas pris au sérieux les avertissements délivrés par l'administration américaine. Une fois prise la décision de coopérer, il faut le faire jusqu'au bout : ce fut le bon choix effectué par Siemens. Enfin, la volonté de coopérer doit se marquer également après la conclusion de l'accord, dans la détermination à se doter de moyens tels que ces faits-là ne se reproduisent plus.

Le degré de coopération est apprécié par comparaison, notamment avec l'affaire Siemens qui a été conclue exactement quatre années plus tôt.

La coopération « exemplaire » est récompensée : plus l'entreprise coopère tôt et totalement, plus elle augmente ses chances de diminuer le montant de la sanction financière encourue, voire d'obtenir l'abandon des poursuites à son encontre.

4. Le montant d'amendes à l'échelle de la mondialisation économique

Une des faiblesses perçues de la justice française est que lorsqu'elle condamne, ce qui est rare, les condamnations ne sont pas à l'échelle⁷. Cela contraste avec les sanctions américaines qui sont comparativement très élevées et qui font véritablement mal.

L'explication en est qu'en France, l'intervention des autorités reste souvent sur le plan symbolique. Le but en France est en effet généralement de marquer une réprobation alors que, dans la culture américaine, l'amende a pour fonction de corriger le calcul économique des entreprises. Le montant de l'amende doit donner de la *réalité à la loi* et obliger à la prendre au sérieux. En France, l'écart demeure grand entre la loi et son application : « *une règle rigide, une pratique molle* »⁸ disait Tocqueville des habitudes françaises d'Ancien régime qui n'ont pas totalement disparues.

⁷ La plus grosse amende fut de 500 000€ dans l'affaire Safran qui a été annulée en appel. La Cour d'appel, dans son arrêt du 7 janvier 2015, a estimé que les éléments constitutifs du délit de corruption d'agent public étranger n'étaient pas réunis.

⁸ Alexis de Tocqueville, *L'Ancien Régime et la Révolution*.

Dans le système des « *deals de justice* », l'amende ne résulte plus d'une grille des peines fixée à l'avance comme dans le droit classique : elle est désormais fixée en fonction des profits illicites, indexée aux gains illégitimes. La peine est directement fixée en fonction du système et non plus d'une loi *a priori*. On est loin des peines fixes chères à Beccaria.

La logique même des « *deals de justice* » repose sur le montant impressionnant des amendes. Cela est justifié par le souci d'*enforcement* mais plus profondément encore par le constat pragmatique que dans un monde globalisé dans lequel il n'y a plus de lois de référence (car toute loi est liée à un système de préférences jugé irrationnel), c'est dans la conséquence de son acte qu'il faut chercher sa rationalité : le bon deal rapporte beaucoup d'argent et c'est ce succès qui le légitime. C'est vrai aussi négativement : le risque est sanctionné par des pertes. En d'autres termes, ce n'est plus la loi qui contraint mais la réalité économique de l'amende. Cela parle d'autant plus aux entreprises qui sont par nature pragmatiques. C'est une forme de *gouvernement par le réel*, qui ne légifère plus mais agit directement sur la réalité.

L'écart entre les logiques française et américaine pourrait toutefois se réduire. La loi du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière a ainsi significativement augmenté les peines d'amende. Ainsi en matière de corruption d'agent public étranger, l'amende encourue par les personnes morales, auparavant d'un montant de 750 000 euros, est désormais de 5 millions d'euros. Surtout, les peines d'amende peuvent être désormais fixées au double du produit tiré de l'infraction. La volonté répressive des juges d'instruction français est, semble-t-il, en marche, comme en témoignent les poursuites à l'encontre des établissements suisses UBS et HSBC pour des faits de blanchiment aggravé de fraude fiscale.

Parallèlement, aux Etats-Unis, certains s'interrogent à la suite de l'affaire Alstom de 2014 sur le niveau très élevé des sanctions financières par rapport à l'affaire Siemens réglée en 2008, niveau qui ne s'explique pas par des critères objectifs ou même lisibles⁹.

Plus généralement, les juges américains ne se satisfont plus de leur rôle de juge tampon (« rubberstamp ») dans la mise en œuvre des sanctions négociées avec le procureur. Ainsi, dans l'affaire *Fokker Services*, le juge Léon a refusé d'approuver un *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) qualifiant une sanction de 21 millions de dollars d'« anémique » au motif qu'elle ne représentait « que » le montant du profit illicite et qu'elle était gravement disproportionnée à la gravité des faits.

Aux Etats-Unis, une réflexion est même en cours pour légiférer sur les *deals de justice* afin de formaliser les critères de recours à ces outils et renforcer le contrôle judiciaire de l'équilibre des accords négociés, à l'instar de la réforme britannique sur les *DPA* entrée en vigueur il y a un an. Cette réflexion ne semble être qu'à ses débuts, tant est elle peut sembler *a priori* contraire à la logique des *deals de justice* qui concilie pragmatisme, rapidité, efficacité dans l'administration

⁹ FCPA blog Professor, "Have FCPA Settlement Amounts Increased...Just because ?", 17 février 2015 : « *It is only a matter of time before an FCPA settlement amount starts with a « b » in billion* ».

de la sanction. Mais elle doit être soulignée tant elle est emblématique de la capacité de métamorphose de ce dispositif en prise directe avec un réel en perpétuelle mutation.

5. L'absence d'issue politique à des litiges commerciaux

Devant des difficultés avec les autorités étrangères, le réflexe d'une entreprise française est de chercher secours du côté de son gouvernement. C'est ce qui s'est passé dans les deux cas qui nous intéressent. Mais lorsque le président Hollande est intervenu auprès du président Obama à propos de l'affaire BNP Paribas, ce dernier a prétendu ne pas pouvoir intervenir alors qu'il ne le voulait pas! Les Français doivent apprendre à faire confiance au droit et aux institutions, ce à quoi leur anti-juridisme ne les prédispose pas. Ils doivent comprendre que tous les pays n'ont pas la même culture et que dans d'autres pays, comme aux Etats-Unis, le respect du droit est extrêmement valorisé. C'est ce que l'on appelle la « *rule of law* ».

II. SE DOTER D'UNE JUSTICE CRÉDIBLE

La seule manière d'échapper à l'emprise de la justice américaine, désormais, est de construire une justice nationale crédible. La crédibilité devient une notion centrale dans ce nouveau contexte. Mais que recouvre ce terme ? La crédibilité est un mélange de transparence, de raison et de croyance. Cette crédibilité peut se décliner concernant le temps, les juges et leur jugement.

1. Crédibilité dans le temps de la justice

La lenteur de la justice, inhérente à ce type d'affaires très complexes, s'avère néfaste pour tous, aussi bien pour la justice qui perd toute emprise sur la réalité que pour l'entreprise qui n'est pas protégée vis-à-vis des ouvertures d'enquêtes à l'étranger. Comment pourra-t-elle réclamer le bénéfice de la règle *non bis in idem* ou de *double jeopardy* ? Les étrangers, et notamment les autorités américaines, se fieront aux résultats. Il ne suffit pas qu'un dossier soit ouvert dans un cabinet d'instruction, il faut qu'une décision intervienne. Et vite.

Se pose une autre difficulté liée à la connaissance d'éventuels faits délictueux. La plupart du temps, les faits commis à l'étranger par des grandes entreprises françaises ne peuvent être connus par les autorités de répression nationales, autrement que par les enquêtes internes effectuées par les entreprises elles-mêmes. Ce qui bouleverse le rapport institutionnel habituel entre le parquet et les justiciables. En l'espèce, l'autorité de poursuite n'a plus les moyens de constater les infractions qui ne peuvent être révélées que par les infracteurs, qui ne le feront que par souci d'échapper aux poursuites par des autorités judiciaires étrangères (principalement américaines). La nouvelle justice négociée et adaptée à la fois au type d'infractions et à ce contexte inédit suppose donc un degré de confiance et de coopération entre autorités de poursuite et acteurs économiques qui n'a jamais existé dans notre pays (pas plus à vrai dire que dans n'importe quel autre). On mesure à quel point la nouvelle configuration du droit global oblige à faire évoluer sa culture.

La célérité du procureur « local » pourrait devenir l'une des conditions de l'abandon des poursuites américaines. Cela étant, cette course à celui qui poursuit le premier devra être davantage encadrée pour déterminer l'Etat le mieux compétent pour poursuivre les faits en cause. Les Etats-parties à la Convention OCDE sur la lutte contre la corruption internationale ont déjà la possibilité, très en amont des poursuites, de se concerter pour déterminer celui qui est le mieux à même d'exercer des poursuites, indépendamment des poursuites déjà engagées. Mais il est vrai que la décision d'abandonner les poursuites est sans doute plus facilement prise quand le DOJ américain estime que le procureur « local » a déjà sanctionné l'entreprise dans des conditions estimées satisfaisantes. La société néerlandaise SBM Offshore a ainsi annoncé dans un communiqué du 12 novembre 2014 qu'elle avait accepté de payer 240 millions de dollars au procureur néerlandais pour des faits de corruption d'agent public étranger et, en conséquence, que le DOJ renonçait à poursuivre et refermait le dossier.

Une des leçons des affaires Siemens et Alstom est le nouveau sens que prend le temps pour la justice. A l'heure actuelle, le préjudice que la lenteur porte au crédit public d'un système de justice n'est pas intégré par les juges judiciaires. Pour être crédible, la justice doit désormais rendre ses décisions dans un temps économique pertinent. Il s'agit là encore d'une petite révolution pour des juges débordés dans des dossiers par définition complexes comportant des éléments d'extranéité. Mais il le faut.

Cette « révolution culturelle » est d'ores et déjà encouragée par le Président du Tribunal de Grande Instance de Paris. Dans son discours du 19 janvier 2015, à l'occasion de l'audience solennelle, il a indiqué qu'existait un accord des magistrats du siège et du parquet pour promouvoir le recours à la procédure de « plaider coupable » (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ou CRPC) dans les affaires de délinquance économique et financière à l'issue de l'information judiciaire. L'une des raisons majeures de recourir à cette procédure, jusqu'à présent limitée aux dossiers les plus simples, est la volonté d'accélérer le traitement des dossiers en matière économique et financière à la suite du rapport de l'OCDE de 2012. La loi prévoit ainsi que la CRPC doit intervenir dans un délai de trois mois après l'ordonnance rendue par le juge d'instruction (article 180-1 du CPP).

Quoi qu'il en soit, l'objectif de célérité ne peut pas devenir l'unique motif de recours à la procédure de CRPC qui présente l'inconvénient majeur d'obliger l'entreprise à plaider coupable avec toutes les conséquences associées telles que, notamment, l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction de soumissionner à un appel d'offres.

2. Crédibilité dans la capacité de la justice à traiter des contentieux vivants

Le souci d'un temps viable qui fasse sens pour les affaires va de pair avec une autre préoccupation plus profonde : celle de prétendre intervenir de manière effective dans des contentieux vivants. Auparavant, les juges se bornaient généralement à prendre des décisions

formelles, à appliquer la jurisprudence mais sans véritablement se soucier de la réalité de l'impact de leurs décisions sur le réel. Le positivisme formel avait dressé une muraille de papier entre les juges et la réalité sociale et économique, et toutes leurs décisions n'avaient d'autre ambition que de rappeler le droit, de le préciser et d'en assurer la cohérence ; mais pas de considérer son effectivité.

Désormais, dans un contexte global, il ne suffit plus pour la justice de dire le droit de manière abstraite ; celle-ci doit s'assurer de l'emprise sur le réel de ses décisions. Les juges doivent prendre des sanctions qui se montrent *effectives*. Le juge judiciaire doit conquérir sa légitimité au prix de se confronter à cette réalité qui l'intimide et qu'il ne connaît pas véritablement. C'est à ce prix qu'il trouvera sa crédibilité, aux yeux de ses concitoyens et aux yeux des autres nations. Ceci est un autre enseignement de l'affaire Alstom qui bouleverse notre culture positiviste, mais la mondialisation ne nous laisse d'autre choix que de le regarder de face.

La mondialisation invite à développer une culture judiciaire « positive » de la prévention de la corruption à l'aide des outils de justice négociée. Selon le rapport de OCDE de décembre 2014, 69% des affaires de corruption transnationale sont résolues par la voie de règlements négociés. Cette voie doit être développée en France pour créer les conditions d'une discussion constructive entre entreprises et magistrats et surtout d'un dialogue possible avec les autres Etats-membres sur le non-cumul des poursuites (principe *non bis in idem*). Pour cela, il est nécessaire de repenser les outils de discussion avec le procureur. Dans cette optique, le plaider coupable (CRPC) présente des intérêts mais surtout l'inconvénient d'aboutir à une condamnation pénale de l'entreprise susceptible d'entraîner son exclusion des marchés publics, soit une sanction radicale pour l'entreprise.

Or le DPA ne présente pas cet inconvénient-là dès lors qu'il ne comporte aucune reconnaissance de culpabilité, le DPA contenant un exposé des faits (*Statement of Facts*) que l'entreprise reconnaît expressément. Transparency International, dans son document de consultation du 25 février 2015, est ainsi favorable au développement de cette justice négociée pour lutter contre la corruption. Le DPA devrait bien entendu être adapté à notre culture judiciaire française, notamment en impliquant un magistrat du siège à chaque phase de la procédure, à l'instar du DPA britannique récemment créé (*Crimes and Court Act 2013*).

Seul un cadre négocié rend possible le développement d'une culture judiciaire positive de la prévention qui valorise les programmes de conformité ou *compliance* adoptés par les entreprises, y compris en cas de poursuites. Concrètement, une telle approche suppose de s'inspirer des *guidance* américaines ou britanniques plus adaptées à la nature des prescriptions que le cadre figé de la loi. Une première étape consiste donc à formaliser les recommandations de conformité françaises, démarche actuellement poursuivie par le Service Central de Prévention de la Corruption, afin que les entreprises françaises puissent connaître les normes de référence applicables en France. Surtout, il faut encourager la mise en place dans les entreprises d'une culture de la conformité, en définissant les effets atténuateurs que pourrait avoir un programme de conformité sur la responsabilité pénale encourue par l'entreprise tant,

en amont, sur les modalités de la poursuite, qu'en aval, pour atténuer la peine encourue par l'entreprise.

3. Crédibilité des juges

Pour envoyer un message clair aux entreprises, les juges doivent avoir confiance dans leur jugement, et doivent donc être compétents en matière économique. Cependant, pour l'heure, toute leur formation, leur carrière, leur socialisation les tiennent éloignés de la vie des entreprises. Les juges ne pourront accomplir la mutation nécessaire sans y être aidés par les entreprises elles-mêmes. Jusqu'à présent, les juges judiciaires français étaient volontiers disqualifiés par les élites politiques et économiques qui n'acceptaient pas la juridiction de techniciens du droit. Ainsi, les juges judiciaires étaient « provincialisés » c'est-à-dire tenus éloignés des centres du pouvoir (à la différence des juges administratifs et du Conseil d'État qui demeurent le gouvernement technique de la France et qui sont issus de l'École Nationale d'Administration (ENA). En France, les juges judiciaires n'appartiennent pas aux élites qui sont sortis des « grandes écoles », c'est-à-dire les énarques et les polytechniciens qui, pour leur part, ne rencontrent pas le droit dans leur cursus de formation.

La crédibilité que doivent acquérir les juges en matière économique est un véritable défi. Cela suppose qu'ils dépassent sans la renier leur légitimité actuelle, exclusivement technique. Les juges judiciaires sont en général de bons juristes mais n'ont pas de connaissance directe de l'entreprise ni même de la pratique privée, à la différence de leurs collègues anglo-américains. Cette virtuosité technique, malheureusement éloignée de la réalité pratique des affaires, ne suffit plus aujourd'hui et l'on attend désormais d'un juge qu'il ait une connaissance de la culture de la matière qu'il doit juger. C'est devenu une nécessité que l'on résoudra en accélérant la circulation des élites juridiques qui semble être une condition d'une justice respectée et crédible.

Cette confiance dans la justice s'acquiert en effet aux Etats-Unis par la porosité entre les différentes professions du droit. Tous les juristes ont commencé par étudier une matière quelconque parfois très éloignée du droit. Ils sont devenus *lawyers* puis ont exercé une fonction particulière comme professeur de droit, juriste d'entreprise, fonctionnaire, etc. Dans les affaires qui nous intéressent, les membres des agences, les procureurs, les avocats et les juges circulent d'une profession à l'autre, ce qui donne sa cohérence à l'ensemble du système.

Comparée à cette situation, la balkanisation de notre champ juridique entre avocats, juristes d'entreprise, magistrats judiciaires, juges administratifs et hauts fonctionnaires, est un handicap majeur. Contribuer au rapprochement du juriste d'entreprise et de l'avocat hâterait aussi la constitution d'une grande profession du droit comprenant aussi les juges, les professeurs de droit et les hauts fonctionnaires. Toutes les professions juridiques françaises y gagneraient en puissance et feraient progresser ainsi la place du droit dans l'entreprise et, à plus long terme, dans la société française.

4. Crédibilité des amendes et des condamnations

La pression de la justice américaine ne laisse plus le choix aux intérêts français dans le monde : la protection des entreprises françaises ne consiste plus à leur offrir une certaine immunité *de facto* devant la justice de leur pays comme c'était le cas auparavant. Non, aujourd'hui, c'est au nom même de leur protection que ces entreprises ont intérêt à être jugées selon des standards internationaux mais chez elles, dans leur propre système de justice. Elles ont paradoxalement besoin d'une répression crédible, c'est-à-dire effective, à l'échelle, rationnelle et transparente. Certaines grandes entreprises se sont vues écartées de certains appels d'offre internationaux au motif que la loi française n'apportait pas assez de garanties. Ainsi la dépénalisation « sèche » qui était réclamée par le patronat français (qui voulait que l'on supprime purement et simplement un certain nombre d'infractions pénales sans alternatives civiles) n'est plus envisageable : cela reviendrait à donner carte blanche aux autorités américaines (ou anglaises, allemandes ou de n'importe quelle autre nationalité).

Tel est le dilemme aujourd'hui dans lequel sont prises les entreprises et les juges : ne pas se montrer trop répressif pour ne pas pénaliser nos entreprises (et ce qui va avec à savoir l'emploi, la prospérité collective...), mais condamner suffisamment pour que les décisions deviennent crédibles aux yeux de l'étranger y compris par des peines complémentaires incluant la prévention.

En réalité, c'est moins la condamnation qui compte que l'image d'exemplarité projetée par la condamnation. En témoigne la publication des *deals* de justice le jour de leur signature sur le site du DOJ américain et le communiqué de presse systématique.

C'est la raison pour laquelle la plupart des grandes entreprises exposées à ce risque des « *deals* de justice » poussent pour que la France se dote d'un système de justice négociée. En d'autres termes, elles voudraient pouvoir négocier directement avec le procureur des amendes d'un montant sans doute élevé (en tous les cas supérieures au taux actuel des juridictions françaises) mais qui ne quitteraient pas leur pays (à un moment où la crise budgétaire sévit).

La solution est séduisante mais elle ne pourra marcher qu'à la condition que les entreprises ne cherchent pas à jouer sur les deux tableaux. Les autorités américaines ne leur pardonneraient pas. Elles doivent prendre conscience que dans le monde global d'aujourd'hui, la menace d'une répression est réelle, seulement elle a changé de visage : elle n'est plus nationale mais internationale. Elle existe pleinement car les entreprises françaises ayant une activité à l'étranger savent que des poursuites peuvent être initiées dans plusieurs pays par l'effet des lois extraterritoriales. Le véritable enjeu est désormais d'éviter de les soumettre à de multiples poursuites pour les mêmes faits, ce qui suppose d'adapter la règle *non bis in idem* aux poursuites exercées dans le cadre des conventions internationales de lutte contre la corruption.

III. ADAPTER LES INSTITUTIONS PÉNALES FRANÇAISES

Quelles seraient les conditions pour installer en France une telle justice négociée ? Elle

réclamerait des réformes de procédures, pas si nombreuses en réalité car les instruments sont déjà là, mais des obstacles culturels en bloquent l'utilisation par les praticiens. Dans son discours de rentrée solennelle, le président du Tribunal de Grande Instance de Paris a exhorté les juges d'instruction à proposer dans ce type d'affaires une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) à l'issue de la phase d'instruction. C'est donc une véritable mutation culturelle que la France doit faire si elle veut se prémunir de tels risques. Beaucoup de choses sont à entreprendre mais nous nous bornerons ici à simplement évoquer quelques mesures.

1. Un nouveau statut pour le procureur

La première mesure consisterait à valoriser le pouvoir de transaction du procureur qu'il a déjà mais avec lequel il n'est pas très à l'aise. En effet, cela change le statut du procureur qui n'est plus seulement celui qui doit défendre la loi mais aussi celui qui exerce un véritable magistère sur l'économie ; il ne se borne plus à mettre en œuvre l'action publique mais, par la biais de la transaction, il l'utilise comme une arme pour agir pour la cité. Il n'est plus uniquement le garant de l'ordre public national mais aussi le représentant de l'intérêt public mondial en poursuivant des affaires de corruption commises à l'étranger. Ce qui suppose qu'il ait une vision stratégique pour atteindre un but ultime par des voies différentes, qui peuvent être le droit mais pas uniquement.

Non seulement, il agit mais il interagit avec des entreprises de taille mondiale, ce qui change tout. Ses interlocuteurs ne sont plus les malfrats mais aussi les délinquants en col blanc. Son succès à occuper une telle place dépendra également du respect que lui porteront des acteurs sociaux infiniment plus puissants socialement et économiquement que lui, comme des chefs d'entreprise ou des cabinets d'avocats américains.

On peut qualifier une telle innovation comme l'émergence d'un modèle de justice *civique*. Le civisme se caractérise par un certain rapport au réel, en visant le résultat concret de ses actions qui contraste avec l'attitude actuelle de la justice qui vise surtout à maintenir la présence symbolique de la loi, sans se soucier toujours de ce qui se passe en réalité. Le procureur n'est plus soumis à un ordre transcendant à lui-même dont il n'a pas la disposition mais au contraire, se sert de celui-ci pour atteindre des objectifs immanents. Le procureur exercerait ainsi un magistère direct sur la société qui ne passerait plus par le siège, sauf à demander à celui-ci une homologation.

Une autre difficulté de taille qu'il faudra résoudre est celle de l'information qui lui permettra d'agir. Dans l'affaire Siemens par exemple, les informations sur lesquelles s'est fondé le DOJ sont d'abord venues de la presse. Il fallait une certaine audace, et aussi la puissance du marché américain, pour entreprendre sans plus d'éléments une action contre l'un des géants mondiaux de la technologie. Le procureur français ne dispose pas des mêmes ressources, ni du même crédit. Ce n'est pas la police judiciaire qui lui fournira sa matière à elle seule. Il risque de se sentir frustré à moins que les entreprises ne viennent spontanément solliciter son intervention avant toute action, ce qui requiert un statut particulier pour les entreprises qui se dénoncent

elles-mêmes.

2. Apporter des garanties à l'entreprise qui se dénonce elle-même

Ce qui caractérise la nouvelle pratique des « *deals* de justice », c'est une dynamique relationnelle qui commence par la révélation de ses turpitudes par l'entreprise elle-même. Mais lorsque le dirigeant prend la décision d'une révélation volontaire, il a l'initiative de la relation qui n'est attractive qu'à la condition qu'il puisse continuer de jouir d'une certaine liberté ensuite. On ne peut lui demander de mettre sa tête sur le billot ! Cela n'est envisageable qu'à la condition d'avoir quelque chose à négocier avec le procureur et de ne pas se condamner *ipso facto*.

La question est très concrète : lorsque ses comptables ou ses auditeurs informent le dirigeant d'une irrégularité, le seul fait de le savoir le rend complice de l'infraction. Ce n'est pas tenable. Il doit pouvoir être encouragé à aller voir le procureur pour prendre devant lui un engagement d'apurement de la situation sans être inquiété.

La présomption d'innocence doit ainsi être comprise dans le temps et non plus de manière instantanée : on ne peut cibler celui qui ne savait pas et que le seul savoir rend complice donc coupable. Coupable d'avoir vu ; cela risque de pousser à ne pas avoir envie de voir. On ne punit plus celui qui a fauté mais celui qui persiste dans l'erreur et qui a continué à frauder. C'est l'une des conclusions de l'affaire Alstom et BNP-Paribas. Il faut donc imaginer une justice de la seconde chance, d'où l'importance de la prévention. Cette justice de la seconde chance supposerait de réfléchir à un mécanisme inspiré de celui des repentis de nature à permettre dans certains cas de « cantonner » le fait révélé de manière précoce, voire en envisageant, si certaines conditions sont réunies, l'abandon des poursuites à l'encontre de l'entreprise qui s'auto-dénonce.

3. Se doter d'un nouveau statut d'avocat en entreprise

Il y a en France un phénomène qui ne manque pas d'interroger : les directeurs juridiques de grandes entreprises françaises sont de moins en moins souvent français mais allemands, anglais, italiens, espagnols, néerlandais ou américains. Et les juristes français de se demander ce que ces derniers ont de plus. Pourquoi la France n'arrive-t-elle pas à former des juristes de classe internationale ? Cela n'aurait-il pas quelque chose à voir avec le statut du directeur juridique ainsi qu'avec la culture française ?

C'est entre autres pour cette raison qu'il y a un débat lancinant en France sur la création d'un statut d'avocat en entreprise. Cette création est en quelque sorte un test pour la capacité de la France à relever le défi de la mondialisation, et à rattraper un certain retard accumulé dans ce domaine. L'entreprise en France, comme partout dans le monde, tend à internaliser des nouvelles fonctions autrefois qualifiées de « régaliennes » (collecter l'impôt, lutter contre la corruption, le crime, le financement du terrorisme, etc.) mais également à mettre en place une responsabilité à l'égard de la société. C'est cette transformation profonde qui explique la

nouvelle place du directeur juridique et des juristes internes dans l'entreprise globale, et qui justifie qu'ils jouissent de nouvelles garanties et notamment de la confidentialité.

Cette tâche ne peut être confiée aux seuls avocats externes de l'entreprise pour plusieurs raisons. Tout d'abord, on ne peut demander à des avocats de faire tout ce travail ; le coût pour l'entreprise serait prohibitif. En outre, ces derniers connaissent nécessairement moins bien l'organisation et le fonctionnement du groupe que les juristes internes. Il n'est enfin pas souhaitable que l'entreprise se décharge de ses devoirs de conformité sur des professionnels qui lui sont extérieurs, quelles que soient leurs compétences.

La mondialisation rapproche l'avocat et le directeur juridique dans une même fonction structurellement duale. Cette fonction de pivot d'articulation entre les intérêts privés et les intérêts publics est inscrite depuis toujours dans la culture de *common law*, ce qui donne une place éminente au *General Counsel* américain. Le but est de s'en rapprocher, pas de s'en éloigner, si l'on souhaite préserver la place de notre droit continental. Or aujourd'hui, le droit français les prive de la nécessaire confidentialité qui doit présider aux échanges entre l'entreprise et son conseil. L'intérêt de tous – des entreprises, des juristes mais aussi de l'État – est de sécuriser ces fonctions nouvelles par une protection accrue de leur statut. D'ailleurs presque tous les voisins de la France, alliés et concurrents dans ce nouveau contexte que l'on appelle improprement « guerre économique », l'ont bien compris en admettant que le juriste d'entreprise puisse bénéficier de la même confidentialité dans ses échanges avec l'entreprise qui l'emploie que l'avocat extérieur à celle-ci.

CONCLUSION

Beaucoup, en France, voient dans cette nouvelle pratique des « *deals de justice* » une américanisation et dénoncent l'hégémonie américaine. Certes, ce nouveau mode de règlement des conflits sert les intérêts de la politique extérieure des Etats-Unis (comme dans le cas de l'OFAC). Mais ils ont partiellement tort car, en dépit de toutes ses imperfections, ce nouveau procédé a aussi des effets bénéfiques. Tout d'abord, nous l'avons déjà dit, il revient à déléguer à l'entreprise des fonctions que les États ne peuvent plus assumer seuls, comme la lutte contre la corruption. L'intervention brutale et crédible (jugeons-en au montant des amendes) valorise la fonction juridique interne et accentue une séparation des pouvoirs interne à l'entreprise qui pivote autour de ces impératifs extra-économiques censés être partagés par tous. Les amendes transforment les enjeux moraux et politiques en enjeux économiques, les seuls que peut appréhender une entreprise. Ces sanctions l'obligent à intégrer à sa source des « informations qualitatives externes susceptibles de modifier le système à son origine ».

Ces « *deals de justice* » font de l'entreprise un relais du pouvoir des États par le truchement et sous l'impulsion du plus puissant d'entre eux. Cela n'est possible qu'à la condition d'utiliser le plus intelligemment possible la puissance de son marché. Il s'agit d'un pouvoir indirect mais qui

est partiellement orienté vers la construction d'un nouvel ordre mondial. Ce nouvel ordre juridique global n'est plus un ordre dans lequel l'État était séparé de la société civile et des entreprises, avec lesquelles il ne communiquait que par les formes juridiques, comme la loi, qui réclamaient une obéissance passive. Aujourd'hui, c'est par l'intermédiaire du marché et sous la forme de pressions – aussi bien positives que négatives - qu'il communique avec des entités économiques gigantesques, dans la perspective de les contraindre à honorer des objectifs de justice, extra-économiques donc.

Dans la logique de cette pratique des « *deals* de justice », les acteurs de ce nouvel ordre juridique global mutent. Ne sont plus au cœur du dispositif les acteurs classiques du « temps long », Etats, institutions, professeurs de droit mais plutôt les acteurs du « temps court », Entreprises, Directeurs juridiques, Juges (Rakoff, Leon) et Cabinets d'avocats (*law firms*), ces derniers prenant la place de la doctrine avec leurs sites Internet présentant quasiment en temps réel les évolutions de doctrine des procureurs et les derniers *deals* de justice qui deviennent la nouvelle « jurisprudence ».

Dans cette « guerre » notre pays possède des atouts qu'elle ne pourra exploiter qu'à la condition d'avoir bien établi la carte de ce nouveau champ de bataille et de ne pas se battre avec des armes périmées et des stratégies obsolètes. Ainsi, la France, si fière à juste titre de son droit, abandonne-t-elle la bataille pour la compétitivité du droit au profit de ses concurrents en campant sur des positions d'un autre siècle.

La guerre, nous rappellent les auteurs, est toujours un combat pour définir la règle de l'engagement ; sous cet aspect, le sort des armes a déjà parlé et les règles du jeu ne sont plus à notre disposition car elles sont définies par le droit global. Ce n'est pas du défaitisme que de le reconnaître, tout au contraire : c'est en les intégrant que nous pourrions nous concentrer sur l'essentiel, à savoir le souci que la place de Paris et la France jouent pleinement leur rôle dans ce nouveau contexte, y compris en développant à leur tour des instruments de droit global qui tiennent compte des spécificités de notre système judiciaire.

A l'heure où les entreprises françaises doivent faire face à la pression de plus en plus forte des autorités américaines pour se conformer à leur vue du monde, les priver d'un des instruments les plus utiles pour y répondre semble incompréhensible, voire irresponsable.

Antoine Garapon,
Magistrat,

Secrétaire général de
l'Institut des hautes études sur la justice (IHEJ)

Astrid Mignon Colombet,
Avocate associée
Cabinet Soulez Larivière & Associés