

fusion électronique systématique de l'information légale ?

Autonomie ou service de la juridiction ?

- Les auteurs du rapport semblent ignorer les termes du Code de commerce. Les greffiers sont membres du tribunal (*C. com.*, art. L. 721-1) et dirigent l'ensemble des services du greffe, sous l'autorité du président du tribunal et la surveillance du ministère public (*C. com.*, art. R. 741-2). Même le

RCS n'est pas détaché du tribunal mais reste tenu par le greffier sous la surveillance du président ou d'un juge commis à cet effet (*C. com.*, art. L. 123-6). Que signifie donc l'idée qu'il faut « intégrer » les greffes à la juridiction ? Les greffiers ne mettent-ils pas leurs moyens au service de la modernisation constante de la justice commerciale ? Les greffes sont informatisés depuis plus de trente ans, ce qui a permis notamment l'accélération du traitement des affaires et

le développement de la détection des difficultés des entreprises. Plus récemment, le développement systématique de l'archivage électronique dans les greffes a ouvert la voie à la dématérialisation de l'ensemble des procédures et formalités.

Les greffiers font corps avec la juridiction dont ils sont membres et qu'ils ont pour finalité de servir. Cette mission est la raison d'être de la délégation du service public qui leur est confiée. ■

JUSTICE NÉGOCIÉE

954

Le *Deferred prosecution agreement* américain

Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale

POINTS-CLÉS → Plusieurs sociétés françaises ont conclu ces dernières années des accords transactionnels (*deferred prosecution agreements*, ou DPA) avec le parquet fédéral américain en matière de corruption d'agents publics étrangers → À la suite de l'analyse critique publiée au sujet de cette technique dans ces colonnes, deux spécialistes proposent de dissiper quelques malentendus franco-américains → Réponse à Astrid Mignon Colombet et François Buthiau

Nous avons lu avec intérêt l'étude publiée dans cette revue par nos confrères Astrid Mignon Colombet et François Buthiau sur la technique américaine du *deferred prosecution agreement* (*Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée*. - Punir, surveiller, prévenir ? : JCP G 2013, doctr. 359). Le point de vue adopté par les auteurs ne nous paraît toutefois pas faire justice à cet instrument efficace de politique pénale, que le Royaume-Uni vient également d'adopter.

Rappelons que le *deferred prosecution agreement* (DPA) est un mode de transac-



Laurent Cohen-Tanugi, avocat aux barreaux de Paris et de New-York, « moniteur » indépendant FCPA

et **Emmanuel Breen**, avocat au barreau de Paris, maître de conférences à l'université Paris-Sorbonne et à Sciences-Po Paris

tion pénale fédéral forgé par la pratique et désormais usuel aux États-Unis en matière de délinquance économique. Il consiste, pour les autorités de poursuite (notamment le *Department of Justice*, ou DOJ), à mettre en mouvement l'action publique et à requérir du tribunal qu'il la suspende immédiatement en considération des engagements pris par l'entreprise mise en cause aux termes de la transaction.

Ces engagements comportent généralement le paiement d'une amende conséquente, une renonciation à se prévaloir de la prescription, la coopération avec le DOJ, l'admission de certains faits à l'ori-

gine des poursuites, et la mise en place au sein de l'entreprise d'un programme de conformité (*compliance program*) visant à prévenir le renouvellement des infractions alléguées. Il peut être prévu en outre qu'un « moniteur » indépendant sera chargé d'accompagner et de contrôler la mise en œuvre du programme de conformité.

Variation de la même technique, le *non prosecution agreement* (NPA) produit des effets similaires, à ceci près qu'à la différence du DPA, il consiste en une transaction préalable à toute mise en mouvement de l'action publique. Il présente, de ce fait, un aspect plus favorable pour l'entreprise mise en cause.

Créés par la pratique des parquets, NPA et DPA se sont imposés dans le paysage du droit pénal américain des affaires depuis une petite dizaine d'années. Depuis 2006, leur nombre s'est stabilisé entre 20 et 40 chaque année – un niveau relativement élevé compte-tenu de la complexité des négociations. Les montants en cause sont également importants : les NPA et DPA signés sur les trois dernières années (2010-2012) mettent à la charge des entreprises concernées des pénalités et autres obligations financières pour un montant total de 16,6 milliards de dollars - dont 9 milliards pour la seule année 2012.

Pour les sociétés cotées, la *Securities and Exchange Commission* (SEC) dispose d'instruments transactionnels similaires sur le terrain civil, généralement utilisés en parallèle de ceux du DOJ.

S'inspirant assez largement du modèle américain, le Royaume-Uni vient d'introduire le principe du DPA dans sa législation, pour des infractions telles que la fraude, la corruption et le blanchiment (*Crime and Courts Act 2013, Section 45 et Annexe 17, Parties 1, 2 et 3*). Cette initiative anglaise ouvre potentiellement la voie à des règlements transactionnels communs aux autorités de poursuite américaines et britanniques, pour des infractions qui, compte tenu de leur caractère transfrontière, entreraient dans le champ d'application des deux législations.

Tout en reconnaissant l'efficacité de ces formes de transaction pénale, Astrid Mignon Colombet et François Buthiau en critiquent vivement le principe, au nom

de la garantie des droits de la défense et de la liberté de gestion des entreprises. Selon eux, l'entreprise objet d'une enquête pénale aux États-Unis subirait une pression induite de la part des autorités de poursuite et n'aurait « pas d'autre choix que de signer une transaction ».

Les termes de celle-ci ne seraient pas soumis à un contrôle adéquat de l'autorité judiciaire, laquelle se contenterait en pratique d'avaliser systématiquement les transactions négociées par l'autorité de poursuite.

Une fois signée, la transaction pénale autoriserait, en outre, le DOJ à s'immiscer de manière induite dans la vie de l'entreprise, « au détriment de sa liberté de gestion », au moyen du programme de conformité et du

« Au-delà du procès traditionnel de l'extraterritorialité du droit américain, en filigrane dans la critique de nos confrères, c'est bien la culture même de la *compliance* que semblent viser les auteurs. »

moniteur indépendant chargé d'en contrôler la mise en œuvre.

Le DPA serait ainsi, pour les entreprises françaises susceptibles d'y être soumises, « un moyen coercitif de déterminer leur conduite d'autant moins facilement accepté, qu'imposé de l'extérieur, il s'écarterait du cadre juridique protecteur du droit français ».

La critique porte donc sur la technique même du DPA, mais elle reflète surtout un point de vue spécifiquement français, et revient en substance à reprocher à la justice et à la politique pénale américaines d'être plus interventionnistes et moins protectrices des droits de la défense que le droit français.

Au-delà du procès traditionnel de l'extraterritorialité du droit américain, en filigrane dans la critique de nos confrères, c'est bien la culture même de la *compliance* que semblent viser les auteurs. Or, cette culture a démontré son efficacité, tant du point de vue des objectifs de politique pénale poursuivis par le législateur américain, que de celui des entreprises – américaines ou étrangères – appelées à s'y conformer.

Il importe dès lors de bien faire le départ – ce que ne fait pas suffisamment l'étude de nos confrères – entre la critique intrinsèque de cette technique et de la philosophie de la *compliance* qui la sous-tend (1) et les problèmes spécifiques que pose aux entreprises françaises la technique du DPA (2).

1. Les vertus du DPA

Du fait de leurs liens avec les États-Unis, les entreprises non-américaines sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application territorial ou personnel du droit pénal américain. On entend souvent dire, à cet égard, que la législation américaine aurait

un champ d'application particulièrement extensif et se caractériserait par des formes d'extraterritorialité renforcée. Cependant, si l'on reste sur le terrain pénal, l'exemple du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) (1977), qui réprime la corruption d'agents publics étrangers, montre plutôt que l'exceptionnalité de la législation américaine ne tient pas tant dans l'ampleur de son extraterritorialité que dans la sévérité et l'efficacité particulières avec lesquelles elle est appliquée *erga omnes* (V. not. la synthèse de B. L. Garrett, *Globalized Corporate Prosecutions: Virginia Law Review*, Vol. 97, No. 8 (December 2011), pp. 1775-1875).

Un choix de politique pénale. - Cette sévérité constitue un choix de politique pénale du gouvernement fédéral américain qui n'est nullement critiquable en soi, et qui contraste avec la faible intensité de la lutte anti-corruption dans d'autres États signataires de la Convention OCDE, dont la France (V. le *Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, 23 oct. 2012 : JCP G 2012, act. 1190, *Aperçu ra-*



© ERCS PHOTOGRAPHY - ISTOCKPHOTO

pide C. Cutajar). Les entreprises étrangères doivent prendre ceci en compte dans leur analyse de risques lorsqu'elles décident de se faire coter sur un marché boursier américain ou d'intervenir sur le territoire des États-Unis.

Dès lors que la loi pénale américaine s'applique à une entreprise étrangère, celle-ci est nécessairement conduite à envisager des formes de transaction avec les autorités pénales de nature essentiellement accusatoire comme l'est le système américain, l'action publique n'est en effet pas indisponible et la négociation avec les autorités de poursuite est un mode normal de résolution des affaires.

Cette approche nous est assez étrangère, compte tenu de la nature largement inquisitoire de la procédure pénale française. On se souvient à cet égard des difficultés constitutionnelles que le législateur français a rencontrées dans ses tentatives pour créer des modes de transaction pénale :

l'« injonction pénale » fut censurée par le Conseil constitutionnel en 1995 au nom des droits de la défense et de la séparation des autorités de poursuite et de jugement, et la « composition pénale », nouvelle version de la défunte injonction, ne fut, en 1999, pas soumise au contrôle de constitutionnalité (V. *Cons. const.*, *déc.* 2 févr. 1995, n° 95-360 DC ; L. n° 99-515, 23 juin 1999. - V. aussi plus récemment, *Cons. const.*, *déc.* 2 mars 2004, n° 2004-492 DC, *consid.* 106 et 107).

Pourtant, c'est au regard des exigences constitutionnelles américaines, et non françaises, que la question de la validité des DPA se pose en premier lieu. Or la Cour suprême des États-Unis a pris acte de l'importance de la transaction en droit pénal américain et n'en conteste pas le principe. Elle a ainsi remarqué récemment à propos du « plaider coupable » (*plea bargaining*) que « la justice pénale américaine aujourd'hui consiste pour la plus grande part en un ensemble de transactions et non en

un ensemble de procès » (*criminal justice today is for the most part a system of pleas, not a system of trials* : *Lafler v. Cooper*, mars 2012, 566 U.S.).

Admettre qu'une entreprise étrangère assujettie à la loi pénale américaine peut légitimement se voir appliquer les techniques pénales en vigueur outre-Atlantique n'interdit certes pas de porter un regard critique sur ces techniques elles-mêmes. Mais c'est là que le regard porté par nos deux auteurs sur l'instrument du DPA nous paraît excessivement sévère.

Un moyen terme utile entre poursuites pénales et impunité. - Loin d'être l'objet d'un *diktat* ou au contraire d'être à la portée de toutes les entreprises mises en causes, le DPA est tout d'abord le résultat d'une négociation entre l'autorité de poursuite et l'entreprise, moyen terme entre le tout-ou-rien du procès pénal et de l'impunité.

Certes, l'autorité de poursuite peut se trouver en position de force dans cette négociation, qui s'engage à son initiative, mais elle

n'a pas nécessairement toutes les cartes en main, car la délinquance économique internationale est difficile à prouver, les procès sont longs, et les ressources publiques sont limitées. Pour l'entreprise, au-delà du bénéfice d'une amende réduite, le DPA évite les risques et les coûts considérables que comportent, aux États-Unis, les poursuites pénales.

S'agissant de la question de la culpabilité, une distinction doit être faite. Dans la mesure, d'abord, où les poursuites ne sont pas engagées (dans le cas du NPA), ou sont engagées mais immédiatement suspendues (dans le cas du DPA), l'affaire se résout, si l'entreprise respecte les conditions posées par le NPA ou le DPA, sans jugement de condamnation. L'entreprise n'est donc pas formellement déclarée coupable et elle évite les effets qui peuvent s'attacher en droit américain à une telle déclaration (en particulier, l'exclusion des marchés publics, ou *debarment*). En revanche, dans le cadre de la transaction, l'entreprise reconnaît certains faits, et s'interdit de les contester par la suite, ce qui constitue, en quelque sorte, une reconnaissance de culpabilité virtuelle.

« Au terme d'une négociation serrée, la transaction peut alors trouver son équilibre, et pas plus que le procureur, l'entreprise ne souhaite alors qu'un juge vienne la remettre en cause. »

Dans ces conditions, c'est à l'entreprise mise en cause d'évaluer sa position juridique et d'effectuer l'arbitrage nécessaire entre DPA et poursuites pénales.

Au terme d'une négociation serrée, la transaction peut alors trouver son équilibre, et pas plus que le procureur, l'entreprise ne souhaite alors qu'un juge vienne la remettre en cause.

Une supervision judiciaire croissante des DPA. - L'autorité de poursuite ne dispose en effet pas d'un pouvoir discrétionnaire absolu : son action est encadrée par les textes et, dès lors qu'elle fait le choix du DPA, placée, de plus en plus, sous le contrôle du juge.

Si, dans les premières années d'utilisation du DPA, le contrôle du juge est resté très superficiel, la multiplication des DPA a peu à peu conduit les juridictions américaines à intensifier leur contrôle. Ainsi, récemment, dans un cas où le DOJ comme l'entreprise mise en cause soutenaient que le juge était incompétent pour contrôler leur DPA, le juge a au contraire fait valoir son droit général de supervision sur les affaires enregistrées à son rôle (opinion du Judge Gleeson, *U.S. v. HSBC Bank USA, N.A. et al.*, 12 CR 763 — JG (E.D.N.Y. July 1, 2013)).

Dans d'autres espèces récentes, le juge a clairement indiqué qu'à son avis le risque, en matière de DPA, n'était pas la rupture d'impartialité au profit des autorités de poursuite, mais au contraire celui que la transaction pénale négociée entre les parties soit trop favorable à l'entreprise (*United States of America v. WakeMed, United States District Court for the Eastern District of North Carolina, Western Division*, déc. 2012).

Dans les deux affaires précitées le juge a subordonné son approbation du DPA à la remise à la Cour de rapports d'étapes réguliers sur l'application du DPA, afin de

lui permettre d'assurer un contrôle dans la durée.

Il n'en reste pas moins qu'un certain flou juridique entoure encore, en droit américain, les pouvoirs du juge en matière de DPA. Par contraste, le régime britannique en cours d'élaboration insère le DPA dans un cadre judiciaire strictement défini par les textes.

Un vecteur efficace pour la *compliance*. - Resituer la technique du DPA dans son environnement, c'est également insister sur l'importance de la coopération dans la culture judiciaire américaine. Là où la nôtre est prompte à ne voir qu'auto-incrimination forcée, naïveté ou délation,

les États-Unis encouragent et valorisent, sous différentes formes, la réforme de la personne mise en cause ou condamnée et la contribution du « lanceur d'alertes » (*whistleblower*).

C'est de ce point de vue qu'il faut comprendre les programmes de conformité (*compliance programs*), qui sont aujourd'hui l'instrument indispensable de la prévention dans les grandes sociétés. Lorsqu'un tel programme, ou son amélioration, sont imposés par un DPA, il ne s'agit nullement d'une atteinte arbitraire à la liberté de gestion mais d'une seconde chance donnée à une entreprise qui n'a pu éviter d'admettre des faits graves.

Aux États-Unis, la délinquance économique, comme tous les manquements à la probité, est jugée avec sévérité, et la sanction encourue par l'entreprise peut être telle que celle-ci soit conduite à la faillite ou à la dissolution, comme ce fut en particulier le cas d'Arthur Andersen dans le sillage de l'affaire *Enron*. Dans ce contexte, le DPA apparaît comme un instrument qui peut permettre, dès lors qu'elle s'engage véritablement à changer de comportement, de sauvegarder l'entreprise défaillante et les emplois associés (V. not. *United States Government Accountability Office Report to Congressional Requesters, "Corporate Crime: DOJ Has Taken Steps to Better Track Its Use of Deferred and Non-Prosecution Agreements, but Should Evaluate Effectiveness"*, déc. 2009).

Dans ce contexte, le moniteur indépendant, dont l'intervention peut être prévue par le DPA pour superviser la mise en œuvre du programme de conformité, n'est pas le bras armé des autorités de poursuite décrit par nos deux auteurs, mais s'apparente plutôt à un tiers de confiance, dont le rôle est de faciliter le respect des engagements et la réalisation des objectifs du DPA et d'accompagner le changement dans l'entreprise.

Le moniteur ne peut ainsi réussir sa mission, fondée sur le dialogue, qu'à la condition d'être doublement indépendant :

- vis à vis des autorités de poursuite, qui valident son programme de travail, mais dont il ne reçoit pas d'instructions ;
- vis-à-vis de l'entreprise, à laquelle il peut adresser des recommandations contrai-

gnantes, sans pour autant prendre aucune part à sa gestion.

(V. not. *US DOJ, Office of the Deputy Attorney General, Craig S. Morford, Selection and Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non Prosecution Agreements with Corporations, March 7, 2008*).

2. Problèmes spécifiques que pose l'interaction du DPA avec le droit français

La principale critique mise en avant par les auteurs sur ce terrain-là concerne la

« Force est donc de constater que, dans ce domaine, la France – chantre traditionnel de la « régulation des marchés » – n'a pas choisi le camp de la modernité. »

reconnaissance des faits contenus dans le DPA et l'interdiction de les contredire publiquement, notamment dans une procédure subséquente française ou étrangère, constitutive à leurs yeux d'une « limitation inédite des droits de la défense ».

Cette préoccupation est légitime dans un domaine où les incriminations sont généralement transfrontières, donnent lieu à des procédures dans une pluralité de juridictions aux systèmes juridiques et judiciaires différents, et parfois sans le bénéfice de procédures de coopération judiciaire internationale.

Mais si le problème est réel, n'est-il pas imputable au défaut d'harmonisation et de coordination internationales plutôt qu'au système de transaction pénale américain lui-même ? En l'état actuel, la négociation serrée de l'énoncé des faits reconnus par l'entreprise dans le cadre du DPA et la portée limitée – selon les auteurs – qu'accorderait le juge français à de tels « aveux contraints » servent de tempéraments.

Le problème se trouve cependant aggravé par le conflit entre la culture de la *compliance* américaine, qui encourage, récompense, voire suppose dans le cadre d'un DPA, la révélation spontanée des infractions par l'entreprise, et le système inquisitoire français, qui fait de l'aveu spontané le moyen de preuve privilégié de la culpabilité.

Cette contradiction est particulièrement problématique en cas de procédures américaine et française parallèles, comme récemment dans le cas du récent DPA signé par *Total*. À propos de cette affaire, le DOJ saluait « la première action coordonnée des parquets français et américain dans une affaire de corruption majeure » (*Acting Assistant Attorney General Raman,*

communiqué du DOJ, 23 mai 2013 : <http://www.justice.gov/opa/pr/2013/May/13-crm-613.html>). Pourtant, faute d'instrument transactionnel efficace en droit pénal français des affaires, la coordination transatlantique, sans doute réelle dans cette affaire au stade de l'enquête, n'accouche en fait en termes de poursuites que de la juxtaposition d'une transaction aux États-Unis et, en France, de l'annonce d'un procès à l'issue sans doute assez lointaine. Force est donc de constater que, dans ce domaine, la France – chantre traditionnel de la « régulation des marchés » – n'a pas choisi le camp de la modernité.

Enfin, une troisième difficulté habituelle dans ce type de procédures tient dans l'obstacle que peut constituer la loi de blocage française. Cette loi, qui interdit la communication aux autorités publiques étrangères de documents ou d'informations mettant en cause notamment les intérêts économiques essentiels de la France, peut constituer un frein sérieux à la coo-

pération judiciaire internationale. En matière de DPA, cette difficulté a cependant pu être élégamment surmontée dans deux affaires récentes par une coopération intergouvernementale franco-américaine inédite faisant intervenir le Service central de prévention de la corruption comme conseil (*Technip*), puis comme gardien du respect de la loi française (*Alcatel-Lucent*).

*
* *

La lecture de l'étude approfondie d'Astrid Mignon Colombet et François Buthiau conduit ainsi à deux types de réflexions.

Sur la *compliance*, s'opposent fondamentalement deux philosophies : d'un côté, celle, plus latine, d'une neutralité morale de la loi et d'une certaine méfiance à l'égard des formes de justice négociée ; de l'autre, une approche anglo-américaine à la fois plus moraliste et plus pragmatique visant à inciter à la mise en conformité « volontaire », sinon spontanée, des comportements des acteurs économiques avec les buts poursuivis par le législateur.

Or aujourd'hui, l'efficacité comparée de ces deux philosophies se passe de longs commentaires, comme le montre la comparaison franco-américaine en matière de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. Les décisions de justice françaises en la matière sont en effet rares, tardives, et nullement dissuasives, laissant ainsi en quelque sorte le champ libre à la justice américaine. L'absence de valorisation juridique des comportements vertueux et l'indisponibilité des instruments souples de politique pénale en vigueur aux États-Unis et dans d'autres pays européens singularisent la France, font obstacle à la coopération internationale, et finissent par pénaliser nos entreprises, exposées à des contraintes juridiques contradictoires, et par faire ombrage à notre souveraineté pénale.

N'est-il pas grand temps de mettre le droit pénal des affaires français au diapason de celui des grandes économies du marché ? ■