

346

Les atteintes à la probité

Dossier

## LA DÉFENSE DES ENTREPRISES À L'HEURE DU DROIT GLOBAL

par Astrid Mignon Colombet

Avocat au barreau de Paris, associé Soulez Larivière & Associés



Retrouvez en ligne  
le UK Bribery Act de 2010

La défense des entreprises est en train de muter. Les outils de défense de droit commun ne sont plus adaptés à une entreprise qui fait l'objet de poursuites transnationales en matière de délinquance économique. Habituellement en effet, en France du moins, une défense considérée comme bonne consiste à user de tous les moyens procéduraux et substantiels légalement admis pour combattre une accusation portée et étayée par un procureur ou un juge d'instruction, pourvu que la poursuite soit, sinon annulée, du moins disqualifiée et *in fine* abandonnée. La défense est résistance ou n'est pas. Ce modèle est à dépasser ; une nouvelle défense est à construire, axée sur la coopération, l'anticipation et la concertation.

### ■ De la « défense-résistance » à la « défense-coopération »

Dans un contexte international, non seulement la « défense-résistance » n'est pas la meilleure stratégie mais elle peut s'avérer radicalement contre-productive. Ainsi, deux « plaider-coupable » (*guilty plea*) ont été signés par BNP Paribas et Alstom SA avec le Département de la Justice américain (DOJ) en 2014 pour des montants de 8,9 milliards et 772 millions de dollars pour mettre fin respectivement à des poursuites pour violation des mesures d'embargo adoptées par les États-Unis et pour violation de la loi sur la corruption d'agents publics étrangers (*Foreign Corrupt Practices Act*) FCPA<sup>1</sup>. Ces deux *guilty plea* montrent que toute résistance perçue dans la coopération pleine et entière avec les autorités peut alourdir les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises poursuivies<sup>2</sup>. Dans cette logique de poursuite, paradoxalement, bien loin d'être le meilleur moyen d'éviter ou de minimiser les sanctions encourues, chercher à résister est une faute dont l'entreprise devra répondre. À l'inverse, plus elle se dénonce tôt, plus elle coopère vite, plus elle augmente ses chances d'éviter une condamnation radicale, voire d'être poursuivie. L'exemple récent de l'abandon des poursuites du DOJ contre une entreprise de services pétroliers située aux îles Vierges, PetroTiger, pour des allégations de corruption en Colombie l'illustre bien. Le DOJ a ainsi annoncé le 16 juin 2015 qu'il renonçait à poursuivre cette société qui avait dénoncé spontanément les faits (*voluntary disclosure*) et qui avait entièrement coopéré avec les autorités (*full cooperation*) ; seul l'ancien président de l'entreprise a plaidé coupable sur des charges de conspiration de violation du FCPA<sup>3</sup>. Pour l'heure, il faut souligner que c'est la seconde fois après l'affaire *Morgan Stanley* en 2012 que le DOJ annonce publiquement un abandon des poursuites (*declination*) contre une entreprise, les décisions de ne pas poursuivre étant habituellement laissées dans l'ombre, aux États-Unis comme ailleurs<sup>4</sup>. La publicité donnée à l'événement par les autorités américaines laisse penser que désormais les abandons de poursuite seront portés à la connaissance du public comme l'étaient déjà les condamnations. La récompense semble alors constituer un vecteur d'incitation à respecter la loi aussi fort que la dissuasion par la condamnation. De proche en proche, deux profils d'affaires sont en train d'émerger de la politique pénale américaine : celles dans lesquelles la coopération exemplaire de l'entreprise à l'enquête est largement récompensée (*declination*) et celles dans lesquelles la résistance est sévèrement sanctionnée (*guilty plea*), fût-elle motivée par des différences culturelles importantes,

ainsi lorsqu'il s'agit de demander aux entreprises françaises de s'adapter à un système juridique fondé sur d'autres valeurs.

Ces exemples récents montrent que le temps est venu de repenser la défense des entreprises exposées à des poursuites transnationales non plus uniquement comme une « défense-résistance » mais également comme une « défense-coopération »<sup>5</sup>. Or cette nouvelle défense-coopération repose pour le moment encore très largement sur les épaules des entreprises<sup>6</sup>. Plus encore, la métamorphose du concept de défense n'est pas seulement la conséquence inéluctable d'une application extraterritoriale du droit anglo-saxon, elle est la résultante d'un droit global en construction (même si celui-ci s'inspire largement du droit américain). Or le droit global est d'abord élaboré par des acteurs transnationaux tels que les grandes entreprises et se caractérise par sa déterritorialisation ; c'est ainsi que l'analyse M. Jean-Marc Sauvé, vice-président du Conseil d'État, en précisant que « ce droit tend à désarticuler (déshomogénéiser) l'espace et à brouiller la distinction entre les ordres juridiques nationaux, aussi bien qu'entre ceux-ci et le droit international classique »<sup>7</sup>.

Adapter la défense des entreprises à l'heure du droit global est d'autant plus subtil que ce droit est en perpétuelle mutation, étant en prise directe avec l'évolution des pratiques des entreprises. Deux traits principaux permettent toutefois de définir le droit global en gestation en matière de délinquance économique. Premier trait : le caractère extraterritorial des lois – ainsi le FCPA américain de 1977 ou le *UK Bribery Act* de 2010 en matière de corruption – a pour conséquence qu'un même fait peut être poursuivi dans plusieurs États, y compris lorsque le rattachement à l'État concerné est tenu (l'utilisation du dollar ou d'un compte bancaire aux États-Unis peut suffire). Il en résulte des chevauchements de poursuites aggravés par le fait qu'une infraction complexe comme la corruption peut être rattachée à plusieurs pays. Second trait : il s'agit d'un droit dans lequel la concertation

(1) M. Audit, R. Blumuth, A. Mignon Colombet, Sanctions et extraterritorialité du droit américain : quelles réponses pour les entreprises françaises ? JCP 2015, 37.

(2) *Plea agreement Alstom SA*, p. 13-14 ; *Statement of Facts BNP Paribas SA*, n° 71-72.

(3) US DOJ, Press release, 15 juin 2015 ; FCPA Professor, 16 juin 2015.

(4) R. Cassin, FCPA Blog, 16 juin 2015.

(5) A. Garapon, A. Mignon Colombet, Audition par la commission des lois du Sénat le 11 mars 2015.

(6) *Deals de Justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, ss. la dir. A. Garapon, P. Servan-Schreiber, 2013, v. La self defense des entreprises, p. 79.

(7) J.-M. Sauvé, vice-président du Conseil d'État, Président de l'Institut des Hautes Études sur la Justice, Discours du 2 févr. 2010.

AJ Pénal

Juillet | Août 2015

Imprimé par DesirÃ© Dalloz Tous droits réservés

et la négociation occupent une place importante. De nombreuses lignes directrices (*guidelines*) recommandent ainsi des comportements de prévention des infractions qui s'imposent aux entreprises. De même, les affaires sont « réglées » par des accords transactionnels plutôt que jugées par un tribunal, 69 % des affaires de corruption transnationale ayant été résolues de cette manière selon l'OCDE<sup>8</sup>.

Le défi de la défense des entreprises françaises confrontées au droit global consiste donc à regagner la confiance des autorités de poursuite en intégrant les nouvelles règles du jeu global sans renier leur identité. Les entreprises françaises en particulier doivent développer de toute urgence une défense d'anticipation.

### ■ Le développement d'une défense d'anticipation

En droit américain, se défendre consiste pour une entreprise à éviter à tout prix la tenue d'un procès aux conséquences incertaines et potentiellement dramatiques<sup>9</sup>. La tenue du procès signifierait ainsi l'échec de la défense de l'entreprise. C'est la raison pour laquelle l'entreprise qui fait l'objet d'une enquête aux États-Unis accepte de recourir à un accord avec les autorités. Il peut prendre trois formes : accord de non-poursuite (*non-prosecution agreement*) (NPA), accord de poursuite différée (*deferred prosecution agreement*) (DPA) ou plaider-coupable (*guilty plea*) en fonction de la gravité des faits reprochés et du degré de coopération de l'entreprise à l'enquête. Tout peut théoriquement se négocier, les charges, l'amende, pourvu que l'on reste dans le droit fil des lignes directrices définies par les autorités américaines. Dans ce système, la confiance n'est pas donnée d'emblée, elle se conquiert et se mesure en points : le *US Federal Sentencing Guidelines* prévoit ainsi que le coefficient de culpabilité de l'entreprise (*culpability score*) peut être réduit de trois points si l'infraction est survenue alors que l'entreprise avait mis en place un programme de conformité (*compliance*).

Pour gagner la confiance des autorités et éviter les poursuites, l'entreprise est donc fortement incitée à développer un système d'anticipation des risques très en amont de la survenance des faits et porté par une culture d'entreprise d'estime de soi et d'adhésion aux valeurs véhiculées par le droit global. Ces programmes de conformité sont d'ores et déjà mis en place par les entreprises afin de prévenir, détecter ou signaler les cas de corruption à l'étranger. Pour les entreprises

dotées d'une culture forte de *compliance*, la prévention du risque pénal n'est même plus l'objectif à atteindre tant la prévention n'est plus qu'un moyen parmi d'autres au service d'une fin : assurer le respect des valeurs de l'entreprise et à travers elles du droit global.

Parmi ces valeurs figure l'égalité des chances ou *level playing field*, selon l'expression utilisée par les autorités américaines, signifiant par là que le terrain du jeu mondial doit être « à niveau »<sup>10</sup>. Désormais, ce sont les entreprises elles-mêmes qui affichent leur « préférence marquée » pour des « modes de régulation négociés » conciliant prévisibilité et implication de l'opérateur économique dans l'accord de transaction<sup>11</sup>. À l'issue du processus, ce sont les entreprises qui ont intégré le plus tôt la prévention du risque pénal dans les valeurs de l'entreprise par la mise en place de programmes de conformité effectifs qui disposent d'un avantage compétitif « vertueux » sur les marchés internationaux.

### Adopter en France une logique de récompense pour les programmes de conformité

En France, ces programmes de conformité commencent à être reconnus mais ne produisent pas encore tous les effets attendus.

Un premier pas a été réalisé par le Service central de prévention de la corruption (SCPC) en mars 2015, qui a publié des lignes directrices applicables aux entreprises françaises. Mais, à la différence des systèmes existant aux États-Unis et au Royaume-Uni, les efforts de prévention des entreprises ne sont

pas encore pris en compte positivement par le système français. Or la meilleure défense consiste à adapter les outils des autres États concourant au droit global. Parmi ceux-ci figurent les principes américains de poursuite des entreprises à usage des procureurs (*Principles of Federal prosecutions of business organisations*) qui contiennent des directives spécialement adaptées aux entreprises<sup>12</sup>. Surtout, la préexistence de ces programmes dans l'entreprise poursuivie est de nature à constituer un facteur positif susceptible d'orienter les poursuites ou d'atténuer les sanctions encourues. Cette logique de récompense pourrait être transposée en France. Or à l'heure actuelle, la plupart des outils à la disposition des procureurs et des juges judiciaires ont été pensés pour les personnes physiques et ne sont pas toujours adaptés aux personnes morales. Cela étant, le droit pénal permet d'ores et déjà de tenir compte des circonstances particulières entourant la commission de l'infraction. Au stade des poursuites, un programme de conformité « exemplaire » pourrait par exemple être examiné au titre de ces « circonstances particulières » visées par l'article 40-1, 3<sup>e</sup> du code de procédure pénale. Le rapport du SCPC pour l'année 2014 propose ainsi de « reconnaître une valeur juridique aux programmes d'éthique et de conformité mis en place par les entreprises, pouvant être prise en considération, en cas de commission d'infraction, au moment du choix de la réponse pénale par les autorités de poursuite »<sup>13</sup>. Si des poursuites sont engagées, la préexistence d'un programme de conformité pourrait sans doute atténuer la peine encourue par l'entreprise<sup>14</sup>. La prise en compte des efforts de prévention de l'entreprise exposée à des poursuites s'inscrirait dans une logique d'adaptation aux pratiques du droit global.

À l'heure actuelle, la plupart des outils à la disposition des procureurs et des juges judiciaires ont été pensés pour les personnes physiques et ne sont pas toujours adaptés aux personnes morales.

(8) OCDE (2014), Rapport de l'OCDE sur la corruption transnationale, Une analyse de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

(9) Notre article avec F. Buthlau, *Le deferred prosecution agreement, une forme inédite de justice négociée*, Punir, surveiller, prévenir 7, JCP 2013. Étude 359.

(10) US DOJ, SEC, « A resource guide to the US FCPA », 2012 : The Act was intended to halt those corrupt practices, create a level playing field for honest businesses, and restore public confidence in the integrity of the marketplace.

(11) Rapport d'information n° 395 (2014-2015) de MM. Delebarre et Frassa, fait au nom de la commission des lois sur « Le droit des entreprises : enjeux d'attractivité Internationale, enjeux de souveraineté », p. 9.

(12) U.S. Attorneys' Manual Title 9 : Criminal 9-28.000.

(13) Rapport SCPC 2015, La Documentation française, p. 286, 291, 295.

(14) C. pén., art. 132-1 ; rapport SCPC, op.cit.

telles que la loi française dite « loi de blocage » n° 68-678 du 26 juillet 1968 modifiée (*blocking statute*) ; celle-ci interdit, à peine de sanctions pénales, sous réserve des traités internationaux, de communiquer des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires étrangères. Or cette loi a été la source de nombreux malentendus, y compris pour l'OCDE. Celle-ci a recommandé en 2012 à la France de prendre toutes mesures appropriées, y compris une modification de « la loi de blocage » visant à garantir que cette loi notem-

**À l'échelle transnationale, une défense adaptée pour l'entreprise consiste à tout mettre en œuvre pour éviter d'être poursuivie par plusieurs États pour les mêmes faits.**

ment ne fasse pas obstacle à la conduite à l'étranger d'enquêtes et de poursuites pour corruption d'agents publics étrangers<sup>15</sup>. Ces enquêtes imposant aux parties de produire toute pièce en relation avec les faits objet de l'enquête, y compris celles qui peuvent être défavorables. Or aux États-Unis et en Angleterre,

la loi française est jugée peu effective au motif que les autorités françaises ne punissent pas, sauf exception, les personnes qui communiquent les informations protégées par la loi de 1968 et que les juges ordonnent en général la *discovery* de documents localisés en France<sup>16</sup>.

En fait, l'expression « loi de blocage » produit malheureusement l'effet inverse de celui attendu. Elle laisse entendre que la loi interdit de communiquer des documents à une autorité étrangère alors qu'elle vise à aiguiller les demandes de *discovery* vers les procédures prévues par les traités internationaux<sup>17</sup>. Ce malentendu est regrettable car le « blocage » paraît être la plus mauvaise des réponses aux défis du droit global ; il faudrait au contraire inviter les autorités étrangères à utiliser les canaux existants, ainsi les conventions internationales dès lors que le juge judiciaire peut être le garant d'un examen raisonnable et pragmatique des demandes de *discovery* dans le respect des différences culturelles entre les États. Le rapport du SCPC pour l'année 2014 propose d'ailleurs d'actualiser la loi de blocage en prévoyant que soit affirmé par la loi le principe d'un canal officiel de transmission des informations aux autorités étrangères via une « autorité française de transmission ».

### ■ L'intensification de la concertation entre États pour réguler les poursuites

À l'échelle transnationale, une défense adaptée pour l'entreprise consiste à tout mettre en œuvre pour éviter d'être poursuivie par plusieurs États pour les mêmes faits.

Là encore, certains outils existent déjà. Ainsi, la convention OCDE sur la lutte contre la corruption<sup>18</sup> contient un principe de concertation entre États très utile mais dont il faut améliorer encore l'effectivité. Son article 4 § 3 invite les États parties à se coordonner en amont pour déterminer qui est le mieux à même d'exercer les poursuites. Cela dépend du bon vouloir de chacun et les États-Unis s'estiment souvent, en pratique, les « mieux à même » d'exercer les poursuites.

Une affaire récente aux Pays-Bas pourrait toutefois initier un changement d'orientation et créer de nouvelles perspectives.

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 en Angola, Guinée équatoriale et Brésil et, en conséquence, que le DOJ américain renonçait à poursuivre et refer-

mait le dossier. Ainsi, le procureur néerlandais a-t-il mis en œuvre une procédure de classement (*transactie*) prévue par l'article 74 (1) du code pénal<sup>19</sup>.

Le DOJ a donc considéré que le procureur local avait déjà sanctionné l'entreprise dans des conditions suffisantes, l'entreprise ayant spontanément révélé l'inconduite, coopéré et adopté des mesures efficaces de prévention.

Il est tentant de tirer des enseignements de cette renonciation du DOJ à poursuivre, qui paraît inédite, ne serait-ce qu'en raison du mode particulier que constitue l'annonce par une entreprise de la circonstance qu'un autre État renonce à poursuivre<sup>20</sup>.

On peut imaginer que la notification simultanée des faits objet de l'enquête interne aux deux États, la rapidité des poursuites initiées par le procureur néerlandais, le montant élevé de l'amende réglée sont autant de facteurs ayant contribué à favoriser l'abandon des poursuites américaines<sup>21</sup>.

D'ores et déjà, l'affaire *SBM Offshore* paraît annonciatrice d'une évolution possible du droit global dès lors qu'il s'agit, semble-t-il, de l'application du principe *non bis in idem* interdisant les doubles poursuites transnationales pour les mêmes faits.

Les juridictions françaises ne peuvent pas rester insensibles à cette évolution du droit global. Un frémissement est d'ailleurs perceptible dans la jurisprudence récente des juges du fond.

Le tribunal correctionnel de Paris, le 18 juin 2015 dans l'affaire « Pétrôle contre Nourriture II » vient de constater l'extinction de l'action publique pour des entreprises qui avaient préalablement conclu des accords définitifs avec les autorités américaines pour les mêmes faits. Il a ainsi appliqué pour la première fois le principe *non bis in idem* à des entreprises poursuivies en France après avoir signé des *deferred prosecution agreements* (DPAs) aux États-Unis<sup>22</sup>.

Une défense globale est une défense qui ne doit plus reposer sur les seules épaules des entreprises mais compter sur une concertation renforcée entre les États. L'intensification de cette concertation suppose de construire entre États des rapports de confiance mutuelle en adoptant des outils de justice négociée d'inspiration comparable afin d'assurer l'application du principe *non bis in idem* dans le respect des cultures judiciaires locales pour que s'élabore conjointement le droit global.

(15) Rapport, phase 3, sur la mise en œuvre par la France de la convention OCDE sur la lutte contre la corruption, oct. 2012, p. 75.

(16) Cour suprême des États-Unis, *Aéropatrol*, 15 juin 1987 ; Juge Rakoff, District Court, Southern District of New York, 22 déc. 2014.

(17) N. Lenoir, *Le droit de la preuve à l'heure de l'extraterritorialité*, RDTA 2014, 487.

(18) La Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales Internationales, signée le 17 déc. 1997, est entrée en vigueur le 15 févr. 1999. Elle rassemble actuellement 39 États.

(19) Debevoise & Plimpton, *FCPA Update*, déc. 2014, Number 5, p. 13 à 21.

(20) *SBM Offshore*, communiqué de presse, 12 nov. 2014.

(21) Debevoise & Plimpton, *op. cit.*, p. 20.

(22) AFR, 18 juin 2015 (appel du parquet) ; V. déjà au sujet de *guilty plea*, TGI Paris, 11<sup>e</sup> ch., 8 juill. 2013 et 24 juin 2014 (appel du parquet).