

SOMMAIRE

1. «Un changement de paradigme»	
Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER	
Introduction de l'ouvrage Deals de justice, Le marché américain	
de l'obéissance mondialisée, PUF, octobre 2013	1
Annexes:	
Liste des dix plus importants accords transactionnels conclus avec les autorités américaines (DOJ et SEC)	
Principaux accords transactionnels conclus avec les autorités américaines dans le cadre du programme de sanctions économiques des Etats-Unis	25
2. «Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite	
de justice négociée: Punir, surveiller, prévenir»	
François BUTHIAU, Astrid MIGNON COLOMBET	
La Semaine Juridique - Édition Générale, N° 13, 25 mars 2013	31
3. «Le deferred prosecution agreement américain: Un instrument de	
lutte efficace contre la délinquance économique internationale»	
Emmanuel BREEN, Laurent COHEN-TANUGI	
La Semaine Juridique - Édition Générale, N° 38, 16 septembre 2013	41
4. «Why Have No High Level Executives Been Prosecuted In	
Connection With The Financial Crisis?» Jed S. RAKOFF	
Discours prononcé devant la New York City Bar association, reproduit par le	
Financial Times le 12 novembre 2013	49

NOTE N°1:

UN CHANGEMENT DE PARADIGME

ANTOINE GARAPON, PIERRE SERVAN-SCHREIBER INTRODUCTION DE L'OUVRAGE *DEALS DE JUSTICE, LE MARCHÉ AMÉRICAIN DE L'OBÉISSANCE MONDIALISÉE*, PUF, OCTOBRE 2013

Introduction

Un changement de paradigme

Antoine Garapon, Pierre Servan-Schreiber

Philippe X, secrétaire général d'un grand groupe français, sort de l'ultime entrevue avec un représentant du Department of Justice à Washington, pour signer un Non Prosecution Agreement (NPA) au nom de son entreprise. Il est à la fois soulagé et troublé. Soulagé, car le pire a été évité: pas de procès, pas de mauvaise publicité pour son entreprise, dont le nom ne sera pas souillé par l'infamie de la corruption (il a tenu en effet à ce que le mot ne soit jamais prononcé dans l'accord final), pas de procédures interminables dans une quinzaine de juridictions, fini les tensions permanentes au sein du comité de direction ou du conseil d'administration à qui il aurait dû justifier sa position. Tout cela est définitivement derrière lui. Et, pourtant, il n'arrive pas à se départir d'un sentiment de malaise. Que vient-il de faire? Il a signé un chèque de plusieurs centaines de millions de dollars, mais pour quelle contrepartie? Des sommes équivalentes, voire supérieures, il en a déjà engagées pour l'entreprise mais pour des contrats, des perspectives de développement donc. Mais là, qu'a-t-il acheté? La paix avec les autorités américaines? N'est-elle pas un peu cher payée? Et puis, il y a l'opération de police intérieure qu'il a dû mener avec des avocats : bien sûr, ils se sont montrés d'une efficacité redoutable, mais enfin... était-ce bien leur rôle que de faire le travail des policiers?

Une question le taraude: et s'ils avaient été au procès? Son service juridique ne lui a-t-il pas dit et redit que l'accusation n'avait aucune preuve formelle d'une stratégie de corruption au niveau le plus élevé du groupe? N'aurait-il pas mieux valu se débarrasser de quelques brebis galeuses dans les filiales suspectes et se battre devant les tribunaux pour le reste? Une telle amende n'est-elle pas disproportionnée pour des fautes somme toute assez habituelles dans la vie du commerce international?

Ce qui le perturbe le plus, c'est qu'il n'aura jamais la réponse à ses questions, car il a transigé pour éviter une peine qui n'a pas vraiment de référence. Sa seule certitude est que tous ses collègues des grands groupes font comme lui; on paie et on se tait. Jamais aucun procès n'a eu lieu, seulement des transactions, des "deals". Mais voilà: que se serait-il passé s'il avait tenu tête? Si son groupe avait résisté, contre-attaqué, contesté la compétence des autorités américaines, l'extraterritorialité du droit américain, fait appel aux grands principes du droit international? Pour lui-même, il aurait bien relevé le défi, mais pour son entreprise, non, c'était décidément trop risqué.

Bien sûr, il connaît ce fond protestant qui l'amuse chez les Américains, ce besoin de contrition publique, cette sorte de moralisme inséparable du business dont il n'est jamais parvenu à savoir, au bout de trente ans de carrière dans un grand groupe international, si c'était de l'hypocrisie ou l'expression de convictions réelles. Mais, cette fois-ci, il s'est vu sommé de les partager, ou de faire comme si. Ce qui l'amusait auparavant s'est mis à le gêner; il s'est senti tout à coup... étranger. C'est bien ce sentiment qu'il a commencé à éprouver: il s'est senti subitement désemparé, comme un étranger. Non pas étranger à ce pays – les États-Unis – qu'il connaît si bien et

que, par bien des côtés, il admire. Ni étranger au peuple américain dont il maîtrise parfaitement la langue, ni aux valeurs de l'Amérique. Non, c'est autre chose: il se sent étranger au nouveau monde qui est en train de naître et dont il s'est fait l'artisan involontaire. Tout au long de cette affaire, il a bien compris que l'on était en train de passer à autre chose, de basculer dans un nouveau modèle.

Mais dans quel monde entrons-nous, se demande-t-il? Il se souvient de ses années à la faculté de droit de Paris où ses maîtres lui ont expliqué les fondements du droit pénal: Beccaria, le principe de la légalité des peines; et puis de son année à Columbia où il a été fasciné par la subtilité et la force du droit américain: le droit de la procédure (evidence), le droit constitutionnel, l'importance accordée à la liberté et aux droits garantis par le Bill of Rights, notamment celui de ne pas s'incriminer. Tous ces raffinements de la pensée, toute cette sagesse accumulée par des traditions différentes au cours des siècles lui semblent tout à coup en passe de devenir inutiles dans ce nouveau monde.

Il ressent alors le besoin de comprendre. Non pour contester l'accord intervenu, car il a bien senti tout au long de cette affaire que ce qu'on lui demandait de faire n'était pas illégal, ni illégitime. Non, simplement comprendre. Mais vers où se tourner ? Quels ouvrages consulter ? Avec qui réfléchir ?

Monsieur X n'existe pas, naturellement, mais ses questions, elles, sont inspirées d'une multitude de conversations que nous avons eues ces dernières années avec une variété de directeurs juridiques en France et à l'étranger, et avec leurs conseils. De ce besoin de comprendre est venue l'idée de réunir un petit groupe de travail hétéroclite, composé d'avocats, d'hommes d'entre-

prise, mais aussi d'un juge et d'un philosophe, pour tenter de saisir, de nommer et d'expliquer ce qui représente peut-être aujourd'hui un véritable changement de paradigme. Ce livre est le fruit de ces réflexions. Il poursuit donc un double objectif: descriptif et analytique, intellectuel et opérationnel, parce que ces dimensions sont inséparables. Il n'a d'autre ambition que d'ouvrir un débat pour faire partager notre questionnement inquiet devant le développement considérable de ces pratiques nouvelles. Inquiet, car nous avons conscience que la régulation de la mondialisation actuelle est indispensable, mais que sa mise en œuvre peut aussi remettre en question des équilibres fondamentaux: politiques, juridiques, philosophiques. Le débat entre nous a été passionnant et nous sommes rapidement convenus qu'il méritait d'être élargi au-delà d'un cercle d'initiés. Entreprises, avocats, magistrats, ONG, instances européennes: tous sont concernés. Mais n'anticipons pas, et commençons par le début, c'est-à-dire par décrire une pratique qui se généralise depuis quelques années seulement.

WHISTLEBLOWING, NPA, DPA, SETTLEMENT ET MONITOR

Les entreprises du monde entier sont confrontées à une pratique inédite de la part des autorités 1 américaines telles

1. Aux États-Unis, le terme d'authorities désigne aussi bien les autorités de régulation proprement dites (comme la SEC ou l'OFAC) que le procureur fédéral qui dépend du Department of Justice (ministère de la Justice) ou bien encore les procureurs des États concernés par les manquements allégués, tels que le DANY (District Attorney of New York). Comme on le sait, la notion d'État telle que nous l'entendons en France n'existe pas nommément dans la culture américaine, où ce

que les agences de régulation comme l'Office of Foreign Asset Control (OFAC) ou la Securities and Exchange Commission (SEC), relayées par l'administration elle-même comme le Department of Justice (DOJ) ou les procureurs des États. Celle-ci consiste, dès le début d'une suspicion de fraude pesant à leur encontre, à leur proposer un choix : coopérer ou s'opposer. Si les entreprises acceptent de coopérer - et l'on verra qu'elles n'ont guère d'autre choix que d'accepter -, elles s'engagent à faire réaliser une enquête interne approfondie, à leurs frais, à en communiquer les résultats aux autorités compétentes puis à s'acquitter d'une amende négociée et enfin, le plus souvent, à accepter la nomination d'un contrôleur interne (monitor). La nouveauté et la généralisation de cette pratique invitent non seulement les entreprises mais aussi le barreau, les pouvoirs publics et les institutions européennes à s'interroger ou à réagir devant ce qui apparaît comme un nouveau mode de régulation de la mondialisation économique par le droit.

Pour cela, il faut saisir la cohérence implicite de ces pratiques. Au-delà du périmètre technique de la corruption, des sanctions économiques ou de la régulation financière, ce travail

terme est réservé à d'autres (et notamment aux dictatures et aux ennemis de l'Amérique). On observe d'ailleurs que le terme qui s'en rapprocherait le plus, mais qui ne recouvre en réalité que ce que nous appelons en français « l'administration », est le mot government, tandis que le terme le plus adapté pour ce que nous appelons le gouvernement est administration (« the Obama Administration »). Cela s'explique, entre autres, par le profond attachement des Américains au fédéralisme, voire par l'aversion profonde de nombre d'entre eux pour ce que nous appelons l'État, tant ils considèrent que l'autorégulation et la conformité volontaire et intégrée par chacun aux codes sociaux reconnus de tous, valent mieux que la règle de droit imposée par le « gouvernement ». Mais en réalité, lorsque l'on parle de ces autorités américaines, il s'agit bien de l'État au sens où nous l'entendons en France.

permettra également de mieux comprendre le « droit global », car nombre de traits propres à ce phénomène se retrouvent dans des domaines aussi apparemment éloignés que la lutte contre le terrorisme ou la justice transitionnelle après des crimes de masse. Ce n'est ni plus ni moins qu'une nouvelle manière de gouverner qui se met en place, qui passe par un nouvel usage du pouvoir : plus pragmatique, plus efficace, mais plus insidieux aussi, où les intérêts propres à la puissance américaine et à la moralisation des affaires se côtoient jusqu'à se confondre. Détaillons le mécanisme à partir d'un cas emblématique : l'affaire Siemens.

Fin 2006, la police allemande, suspectant des actes de corruption qui pesaient sur nombre des filiales de Siemens à travers le monde, perquisitionnait au siège de l'entreprise, ce qui alerta les autorités américaines (qui l'apprirent par la presse). Le DOJ et la SEC proposèrent un accord à l'entreprise allemande pour différer le déclenchement des poursuites à condition que celle-ci s'engage à coopérer et à enquêter à ses frais, de la manière la plus approfondie et la plus loyale, sur les allégations de corruption. L'accord fut conclu et l'enquête confiée à une *law firm* américaine qui la boucla en moins de deux années².

- 1. Cabinet d'avocats. Nous utilisons ici l'expression américaine car, comme leur nom l'indique, il s'agit de véritables entreprises du droit qui se distinguent de la plupart des cabinets d'avocats d'Europe continentale par leur taille (environ 70 *law firms* américaines comprennent plus de 500 avocats en leur sein), par leur puissance financière (60 *law firms* ont un chiffre d'affaires annuel dépassant 500 millions de dollars) et par leur très haut degré de spécialisation.
- 2. D'autres enquêtes, comparables, sont toujours en cours plus de quatre années après leur ouverture.

Le 15 décembre 2008, une cour fédérale de Washington donnait son accord à une double amende transactionnelle entre le DOJ et la SEC pour un montant total de 800 millions de dollars (sans toutefois viser explicitement la qualification de corruption pour ne pas pénaliser l'entreprise dans certains appels d'offres internationaux). La compagnie allemande annonça le même jour qu'elle paierait 395 millions d'euros aux autorités allemandes, en plus des 201 millions d'euros déjà payés à un tribunal de Munich. Elle avait néanmoins échappé à une pénalité que le DOJ évaluait à 2,7 milliards de dollars.

Un *monitor*, chargé de vérifier la mise en œuvre des réformes nécessaires à la non-réitération de faits semblables, était nommé par le DOJ. Fait exceptionnel, il ne s'agissait pas d'un citoyen américain mais d'une personnalité allemande, M. Théo Weigel.

Des scénarios identiques se sont multipliés ces dernières années à une telle fréquence qu'il est possible de modéliser cette pratique, dont les principales étapes sont les suivantes (même si chaque affaire ne suit pas le parcours complet).

Les affaires peuvent commencer de multiples manières, mais les récentes législations ont renforcé le mécanisme de l'alerte (*whistleblowing*, c'est-à-dire un ensemble de dispositions de protection du donneur d'alerte), notamment le récent *Dodd-Frank Act* qui intéresse désormais le donneur d'alerte en lui promettant un pourcentage des sommes qu'il aura permis de recouvrer.

Dès qu'une suspicion se confirme à l'encontre d'une entreprise – et quel que soit son siège dans le monde, à partir du moment où elle est cotée sur une bourse américaine ou qu'elle a des intérêts commerciaux importants aux États-Unis, ou tout

simplement qu'elle a utilisé des moyens situés aux États-Unis 1 –, elle se voit proposer par les autorités américaines de coopérer, c'est-à-dire, concrètement, de renoncer à se prévaloir d'un certain nombre de garanties légales et de faire pratiquer une enquête interne par des avocats qui se feront assister par des experts en traitement de données électroniques. Ces enquêtes n'ont pas de limites fixées au départ, ni dans l'objet, ni dans le temps, ni dans l'espace, les autorités américaines pouvant à tout moment les étendre à de nouvelles branches d'activités, allonger la période sur laquelle porteront les recherches ou élargir le nombre de juridictions couvertes. De surcroît, les autorités associent le plus souvent leurs efforts au sein de task forces regroupant plusieurs organes d'enquêtes (la SEC, le FBI², l'IRS³, l'OFAC) qui s'avèrent redoutablement efficaces en croisant des compétences très pointues en droit fiscal ou boursier, en comptabilité ou en droit pénal. D'autant que les mêmes faits peuvent donner lieu aussi bien à des poursuites pénales, à une action civile ou à un redressement fiscal, qu'à de multiples amendes, dommages-intérêts punitifs, redressements, etc.

Tout cela ne serait pas possible sans un arsenal législatif qui le permette, à commencer par le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* qui a été précédé et suivi par de multiples autres textes comme la loi RICO⁴, votée pour lutter contre le

- 1. Par exemple un compte en banque situé aux États-Unis, voire, notamment pour les sanctions supervisées par l'OFAC, tout paiement fait en dollars, même s'il n'a pas transité par le territoire américain.
 - 2. Federal Bureau of Investigations.
 - 3. Internal Revenue Service.
- 4. Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act, loi fédérale de 1970 prévue à l'origine pour permettre d'incriminer les chefs de la mafia, responsables de crimes qu'ils n'avaient pas commis eux-mêmes.

crime organisé, et qui permet de tripler les dommages et intérêts.

Le plus souvent, l'accord prévoit la nomination d'un *monitor*, chargé de vérifier la mise en œuvre des engagements pris par l'entreprise pour prévenir la réitération de faits semblables. Initialement, ce dernier était toujours un avocat américain mais il est, depuis l'affaire Siemens, de plus en plus souvent d'une autre nationalité, ce qui n'empêche pas qu'il doive toujours rendre compte aux autorités américaines.

Enfin, l'accord 1 intervenu entre l'entreprise et la ou les autorités administratives devra dans certains cas être homologuée par un *consent judgment*, c'est-à-dire un jugement d'homologation prononcé par un juge fédéral, ce qui a pour effet, non seulement de lui accorder plus de poids, mais aussi de faciliter les poursuites en cas d'inexécution.

LES ENQUÊTES INTERNES

Un des éléments clés de cette nouvelle approche de la conformité est donc l'obligation faite à l'entreprise de procéder à une ou plusieurs enquêtes internes afin de déterminer si, et dans quelle proportion, ont bien eu lieu en son sein des manquements aux obligations dont l'autorité a la charge (de supervision ou de sanction). Le groupe concerné devra faire une première analyse assez générale pour pouvoir proposer à l'autorité compétente une

1. Un tel accord peut porter différents noms (Defend Prosecution Agreement, Non-Prosecution Agreement, Settlement Agreement) ou, plus familièrement, un "deal".

méthodologie et un périmètre d'investigation: trop étroit, il sera considéré par l'autorité comme indicatif de mauvaise foi ou de non-professionnalisme; trop large, il entraînera le groupe dans un programme de dépenses considérables, en termes de ressources internes mais aussi de frais et honoraires de prestataires.

On peut se demander pourquoi les entreprises se soumettent à de telles exigences. Que se serait-il passé, par exemple, si Siemens avait refusé de transiger et qu'elle avait réclamé l'application normale du droit? Au moins trois droits nationaux étaient applicables pour chaque fait de corruption : la loi allemande, la loi américaine (qui se déclare compétente pour tous les faits imputables à une entreprise cotée aux États-Unis) et la loi de chaque État sur le territoire duquel les actes de corruption étaient suspectés. Cela multipliait d'autant les incertitudes, ainsi que la durée des procédures. Pourtant, il semble que cela ne soit pas tant ces complications que l'entreprise allemande ait redoutées, que la durée, le pourrissement de l'affaire et une forme d'incommunication avec les policiers, juges et procureurs qui en seraient chargés.

L'entreprise souhaite être fixée le plus rapidement possible sur son sort. Elle ne peut se permettre de subir le temps « impérial » de la justice, sur l'agenda de laquelle elle n'a aucune prise, et qui se montre insensible aux pertes importantes que peut engendrer cette incertitude. Or, quelle que soit la longueur de l'enquête interne, elle sera toujours plus rapide qu'une enquête de police judiciaire qui, elle, aurait dû emprunter les voies classiques de l'entraide et des commissions rogatoires internationales. Même si le coût des enquêtes internes est très élevé, il doit ainsi être mis en perspective avec celui d'une procédure qui peut durer une dizaine d'années et porter un préjudice considérable à la réputation du groupe.

Outre l'avantage du temps, les entreprises ont, avec le dispositif de la coopération, un interlocuteur unique, et surtout, plénipotentiaire. C'est assez rare, parce que tous les systèmes ne disposent pas d'un procureur à la fois central, indépendant, compétent et sensible aux exigences de la vie économique. Dès lors, un *deal* avec les autorités apparaît vite aux entreprises concernées comme un choix raisonnable. Elles acceptent donc, quasi systématiquement, de mettre en œuvre le processus de coopération proposé en commençant par l'enquête interne qu'elles confient systématiquement à des *law firms*.

Ces cabinets d'avocats n'ont rien à voir avec des institutions publiques comme la police ou la justice. Ils combinent le dynamisme et la réactivité de l'entreprise – organisée pour maximiser ses intérêts –, avec l'indépendance et l'impartialité que requiert l'application du droit. Non seulement la loi du marché et l'impartialité de l'auxiliaire de justice ne sont plus opposés dans ce modèle, mais, au contraire, ils sont devenus complémentaires : la fonction tierce est le marché lui-même (du moins le pensent-ils, on verra que c'est plus compliqué). Ils sont à la fois dans le marché et remplissent une fonction tierce qui était autrefois exclusivement associée aux pouvoirs publics.

On assiste ainsi à une unification culturelle très en amont, dans la manière même de recueillir les éléments de preuve. Avec cette nouvelle manière de faire, on reste entre soi, ce qui montre comment la mondialisation se réalise, concrètement, par la création d'une culture commune¹. De ce côté-ci de l'Atlantique, certains voient d'un mauvais œil l'omniprésence

^{1.} Les hauts fonctionnaires de la SEC ou de l'OFAC viennent le plus souvent du barreau et retourneront ensuite, pour beaucoup d'entre eux, dans des *law firms* pour la suite de leur carrière.

de ces avocats qui semblent jouer tous les rôles puisque, dans le même temps, ils défendent leurs clients et enquêtent afin de trouver des éléments qui devront être soumis aux autorités, fussent-ils très compromettants pour eux. Cette prévention vient de ce que, dans la mentalité romano-canonique, le modèle de l'enquête est intimement lié au pouvoir¹. Or, dans le système global qui se met en place, c'est bien le modèle de l'enquête qui triomphe (et non le modèle accusatoire de la discovery), cependant que l'enquête ne semble plus liée à aucun pouvoir centralisé.

UN DISPOSITIF COHÉRENT

Le scénario mis en place par les agences américaines doit être ainsi interprété comme un *dispositif*, et non pas seulement comme une procédure. Quelle différence ? Alors que celle-ci ne ressort que du droit, celui-là doit être considéré comme un nouvel art de gouverner dans le contexte inédit de la globalisation, une forme de gouvernementalité², dirait Michel Foucault. Ce mode de gouvernement ébranle les trois piliers sur lesquels reposait le paradigme juridique ancien – à savoir, la souveraineté de l'État, tout d'abord; l'autorité du droit, ensuite (*the rule*

- 1. Voir sur ce point Mirjan R. Damaška, The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process, New Haven, Yale University Press, 1986.
- 2. La gouvernementalité peut se définir comme la méthode de gouvernement par opposition à l'idéologie qui est son discours explicite. Elle renvoie au projet implicite, à la cohérence de l'ensemble et à la raison sur laquelle s'appuient les règles de droit.

of law); enfin, le territoire sur lequel elle s'exerçait. En s'éloignant d'un gouvernement direct par le droit sur un territoire et une population donnés, ces nouvelles pratiques américaines inaugurent un nouveau type de gouvernement: indirect, puisque s'appuyant moins sur les mécanismes juridiques que sur les exigences économiques; déterritorialisé, car s'appliquant à des opérations commerciales globales; et universel, car s'adressant de la même manière aux entreprises, qu'elles soient américaines ou non. Le système qui se met ainsi en place sans jamais s'annoncer n'est pas entièrement nouveau, tant il est empreint de culture américaine. Mais son application aux relations économiques transnationales lui confère une stature inédite qui ne peut être réduite à une pure et simple américanisation. Il est alimenté par une double source d'énergie: la première émane du pouvoir américain qui y trouve une manière d'étendre son emprise à moindre coût, l'autre réside dans les entreprises elles-mêmes qui sont heureuses de trouver un interlocuteur, dur, certes, mais au fait de leurs préoccupations et capable de transiger rapidement.

De leur point de vue, les autorités américaines tentent, par ce dispositif, de remédier au décalage créé par la mondialisation entre un marché déterritorialisé et des États régulateurs qui ne le sont pas (et ne le seront jamais, sauf peut-être les États-Unis). Marché et État ne sont pas des formes homogènes et ne se sont superposés qu'occasionnellement dans l'histoire. Le modèle classique – celui du droit international aussi bien public que privé – ne valait que lorsque les marchés étaient territorialisés, donc fragmentés, et qu'ils restaient largement dépendants des États. L'État était censé contrôler politiquement son marché et l'encadrer juridiquement. Mais, à présent, les marchés sont défragmentés au point de constituer une

seule et même entité, par le biais de la finance et des échanges instantanés d'information, notamment. Le marché devient trop puissant et il tend à se mettre hors de portée du droit qui reste national et territorialisé; d'où la nouveauté de cette stratégie américaine qui s'appuie directement sur le marché. Elle le fait de deux manières: en exploitant tout d'abord la force du marché réel, mondialisé, en brandissant la menace d'une ostracisation mortelle à brève échéance; et en puisant ensuite son modèle dans le marché, mais entendu cette fois comme forme d'organisation de la coexistence humaine (mise en concurrence des hommes, réduction de l'homme à ses intérêts, sollicitation de la capacité de calcul et sanction automatique); un marché sans marché en quelque sorte, ou, pour reprendre l'expression de Foucault, un marché devenu une « instance de vérédiction 1 ». La pratique des agences américaines est un excellent révélateur de ce que devient le droit dans une ère où l'économie est devenue le dernier discours de vérité.

DU CONTRÔLE DU TERRITOIRE AU CONTRÔLE DES RELATIONS

Puisque le marché global est à ce point intégré, il faut imaginer la régulation la moins tributaire possible des frontières. Mais où trouver le support du droit en l'absence d'un territoire correspondant à son application ? Dans les *relations* formant la texture du droit global. Tous les types de relations :

1. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique*. Cours au Collège de France. 1978-1979, Paris, Gallimard-Seuil, « Hautes Études », 2004, p. 33.

relations internes à l'entreprise, relations des entreprises entre elles, entre les entreprises et les autorités américaines, ou, enfin, dans les relations entre les consommateurs (ou, plus généralement, l'opinion publique) et ces grandes entreprises.

Les rapports globalisés ne sont plus « triangulés » par les États selon les territoires, mais envisagés comme une relation entre des entités calculantes (États, entreprises, ONG, groupes de pression). C'est donc à partir des personnes, physiques ou morales, et par elles – et non par les États – que va s'échafauder la régulation; aucune instance ne s'interpose entre les sources de régulation et les individus régulés. Cette nouvelle approche met dans le même panier personnes physiques et personnes morales, car elles vont les unes comme les autres faire des choix rationnels, économiquement valides, qui protègent leurs intérêts et maximisent leurs profits. C'est ainsi qu'il sera possible d'anticiper et d'agir sur leurs décisions.

En se concentrant sur la relation d'intérêt, cette approche dépersonnalise le sujet et désocialise l'entreprise. Ce n'est plus la volonté qui devient la cible des politiques, comme dans la gouvernementalité précédente, qui reposait sur la loi et le contrat social, mais le calcul, supposé être beaucoup plus universalisable. Typiquement néolibérale, cette conception de la liberté limite cette dernière à la faculté de faire des choix rationnels, aux dépens de la liberté de s'opposer, de s'affirmer contre le système ou de contester l'interprétation de la loi.

Le marché semble être un monde qui ne répond plus qu'aux risques, où tout, jusqu'à la loi pénale, est assimilé à un risque¹.

1. C'est le tournant pris par Gary Becker qui ne considère plus le champ du droit pénal comme l'ensemble des actes punis par la loi mais toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné à une peine.

Le nouveau dispositif de contrôle que décrit cet ouvrage renforce ainsi le risque d'être dénoncé. C'est ce qu'illustrent aussi bien la procédure de clémence, qui donne une prime à celui des co-auteurs d'une infraction qui dénonce les autres en premier, que le whistleblowing - encouragé depuis le Dodd-Frank Act par une puissante incitation financière. Un même mécanisme, qui s'applique aussi bien à l'entreprise (*clemency*) qu'à l'individu (whistleblowing), a pour effet de créer un risque pénal ou régulatoire à l'intérieur des relations traditionnellement nouées par la confiance comme celles du commerce ou encore les liens de subordination dans le travail. Alors que le droit classique conférait des statuts en leur garantissant une certaine protection¹, cette nouvelle approche a pour effet, au contraire, d'insécuriser toutes les relations. Alors que ces relations étaient justifiées par le profit ou le salaire, la loi propose un surprofit ou un substantiel complément de rémunération. Le reste est affaire de calcul. La clé de ce nouvel art de gouverner est de faire converger l'intérêt et le calcul.

Ainsi est institué un contrôle à 360 degrés où les contrôleurs se trouvent aussi bien au-dessus d'une personne, dans les autorités étatiques, que sur le plan horizontal parmi ses pairs (*clemency*) et au niveau inférieur par ses subordonnés (*whistleblowing*). Ce contrôle peut être exercé par des coquins², d'anciens complices que l'appât du gain a retournés, peu importe: seul le résultat compte. À la différence de

- 1. Voir à ce sujet Frédéric Gros, *Le Principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p. 235.
- 2. Comme le cas récent d'un *whistleblower* qui a été largement rémunéré alors qu'il avait été auparavant incarcéré pour des faits connexes.

l'univers juridique soucieux de l'intention, le monde économique est un monde *objectif*.

UTILISER LES MÊMES ARMES QUE L'ADVERSAIRE

Sur un plan plus pragmatique, les autorités, en transférant la charge de l'enquête, c'est-à-dire en exigeant et en obtenant de la part des entreprises concernées qu'elles fassent elles-mêmes les diligences et enquêtes internes nécessaires pour identifier tout manquement aux règles dont elles sont les gardiennes, s'économisent beaucoup de temps et d'argent et peuvent se concentrer sur la seule détermination du montant de la sanction (ou, plus exactement, de la transaction) qui sera imposée à l'entreprise. Cette dernière y trouve son compte en évitant les contraintes, les aléas et la publicité d'un procès public aux États-Unis (tout en promettant « qu'on ne l'y reprendra plus »).

Les autorités américaines recrutent ainsi des collaborateurs à moindre coût puisqu'ils seront rémunérés soit par les entreprises (enquêtes privées), soit sur le prélèvement des sommes qu'ils auront permis de récupérer dans le cas du *whistleblowing*. Ces collaborateurs rapporteront de surcroît des sommes considérables, à en juger les montants parfois faramineux des amendes. On voit comment un investissement législatif initial permet aux autorités américaines de collecter des sommes d'argent très importantes qui augmentent leur capacité de réaction en cas de résistance d'une entreprise récalcitrante.

L'incitation offerte par l'État à des personnes physiques ou morales ayant commis des infractions, de se voir accorder une certaine clémence en échange d'informations permettant

d'incriminer d'autres personnes délinquantes, a toujours été pratiquée aux États-Unis. En revanche, la rationalisation et la mise en œuvre quasi systématique en matière d'infractions économiques de l'incitation à la délation sur des fondements légaux, c'est-à-dire prévus par la loi, sont plus récentes. La logique est simple et implacable: l'État a besoin de savoir qui viole la règle pour pouvoir sanctionner les fautifs et faire régner l'ordre. L'entreprise qui sera la première à dénoncer le comportement de ses acolytes sera donc privilégiée dans le traitement de l'infraction et des sanctions: ainsi, quiconque aurait participé à une violation collective de la règle a intérêt à révéler cette dernière à l'État. Dès lors, un simple raisonnement économique conduira de nombreuses entreprises à aller à Canossa plutôt que de risquer une amende d'un montant très largement supérieur. On retrouve ici la convergence entre l'intérêt et le calcul. En échange de la dénonciation, le repenti se voit accorder une diminution de peine. Celle-ci n'étant que pécuniaire, c'est donc un avantage financier qui est accordé à l'entreprise fautive (sous forme d'une réduction des charges) en contrepartie de l'information. S'agit-il d'un système créé dans le but vertueux de sanctionner les coupables et de faire triompher le droit, ou s'agit-il, en réalité, d'obtenir le plus grand nombre de transactions, et donc de récupérer le plus d'argent possible?

Sans doute les deux, en réalité. Cette bonne opération pour le Trésor américain s'explique certes par des impératifs budgétaires, mais elle trouve aussi sa justification dans le défi que constituent ces nouvelles formes d'illégalismes. La criminalité organisée n'est certes pas nouvelle, pas plus que ne le sont la corruption ou la subversion politique, mais la mondialisation les favorise en raison de leur souplesse intrinsèque et de leur aptitude à se coordonner de manière secrète (ce qui

sera combattu par un surcroît de transparence). L'ouverture des marchés a profité aux entreprises qui sont devenues de véritables mastodontes dont la taille atteint celle de certains États. Cette puissance financière est convertible en intelligence juridique. Le dernier rapport de l'OCDE sur la situation en France¹ montre que les techniques de corruption se sont sophistiquées et qu'il devient de plus en plus difficile de les détecter avec des moyens publics. Si un montage financier est le fruit de cent heures de travail de juristes très qualifiés, comment un Parquet pourra-t-il le « percer » entre mille autres dossiers, en n'ayant que quelques heures à lui consacrer ? Les chiffres parlent d'eux-mêmes...

La mondialisation accuse la dissymétrie entre les forces non étatiques – entreprises, organisations criminelles ou associations terroristes – et les États. Elle accorde une prime aux organisations souples, réactives, informelles, aux déplacements rapides, qui ne sont encombrées ni d'un territoire, ni d'une administration; et pénalise réciproquement les États territorialisés et tenus à respecter des procédures démocratiques lourdes et contraignantes. Le marché global exaspère la dialectique réglementaire.

Quels que soient leurs moyens, les États ne peuvent tout savoir de ce qui se passe sur leur territoire et encore moins dans le monde. Les méthodes dont ils disposaient jusqu'ici – notamment l'enquête classique – peuvent atteindre des coûts exorbitants pour des résultats modestes. Cette difficulté est accrue par le type de délits que combat ce nouveau dispositif: la corruption, les ententes illicites, la violation des embargos ou le

^{1.} 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 octobre 2012.

délit d'initié. Ces infractions sont particulièrement difficiles à prouver car elles ne violent pas le droit frontalement mais le *faussent*. Elles mettent en échec non seulement l'ordre public, mais aussi le droit lui-même. La corruption est un crime contre la possibilité même du droit, comme l'entente illicite ou le délit d'initié réduisent à néant la concurrence elle-même, qui est le cœur du marché. Comme la violation des embargos, elles ont en commun de faire primer la relation sur la règle.

En choisissant de se situer sur le plan de la relation, les autorités américaines jouent sur le même registre que celui où le mal se produit. Leur action s'efforce de ressembler le plus possible à celles de leurs adversaires pour les contrarier mais en adoptant le même langage. Le monde est désormais exclusivement mû par l'intérêt? Elles renchérissent la prime. Le péril vient d'ententes illicites? Elles tentent de briser la solidarité malsaine par l'appât du gain. La guerre devient cybernétique? Elles vont recruter des initiés, des *hackers*. Le statut juridique du repenti mis en place par les différentes législations en matière de lutte contre la criminalité organisée (ou de terrorisme) répond à la même logique.

On retrouve dans la lutte anticorruption, et plus généralement contre la criminalité économique, des traits communs à la lutte anti-mafia d'avant-hier ou au combat d'hier contre le terrorisme: un certain relâchement des preuves, une tendance inquisitoriale (qui semble historiquement se renforcer

^{1.} On retrouve la même attitude en matière de terrorisme : Les terroristes déformalisent la guerre ? Les États déformalisent leur riposte en utilisant des agents secrets, des drones, des « liquidations » ciblées. Les organisations criminelles reposent sur le secret et la confiance ? Elles dérogent aux principes du droit pour faire de la relation le support de la politique.

^{2.} Par exemple: lois Perben I.

à chaque fois que le monde s'ouvre et qu'augmente la mobilité sociale). La lutte contre une criminalité liée à la circulation, profitant de la liquidité de la mondialisation, doit se montrer aussi astucieuse et inventive.

En apparence, tout le monde y gagne. Moins de procès, moins de publicité, une conformité accrue... Et la justice, y gagne-t-elle? La réponse est délicate car la justice s'accomplit bien, mais sans jamais se montrer. D'un côté, après ce traitement radical, les faits sont établis, les sommes litigieuses restituées et les mesures préventives sont prises; en bref, le travail judiciaire est réalisé. Le procès en revanche est remis indéfiniment et n'aura sans doute jamais lieu. C'est donc en quelque sorte une justice « dealatoire » : en référence d'abord aux arrangements qui en sont le moteur, mais aussi à cette curieuse attitude qui consiste à remettre toujours le moment de la justice. Dans la justice ordinaire, une partie peut invoquer des arguments dilatoires pour retarder le jugement; ici, la justice est passée sans jamais se dire. Le moment de vérité, celui qui pourrait donner au citoyen la réponse à ses questions sur les agissements des multinationales, à ses ressentiments peut-être, n'arrive jamais. Ces deals, qui portent sur des sommes considérables, parlent-ils au peuple? Voici encore une question ouverte. La justice dealatoire, nouvelle et déroutante, soulève en effet nombre de difficultés, dont on semble parfois hésiter à parler, de peur de passer pour une vieille lune. Efficace et moderne, cette pratique sidère en partie la critique: c'est ce manque que le présent ouvrage voudrait contribuer à combler, en recensant quelques-unes des questions qu'elle pose à l'entreprise, à la défense, à la justice, aux autorités françaises et à l'Europe.

ANNEXES:

LISTE DES DIX PLUS IMPORTANTS ACCORDS TRANSACTIONNELS CONCLUS AVEC LES AUTORITÉS AMÉRICAINES (DOJ ET SEC)

PRINCIPAUX ACCORDS TRANSACTIONNELS CONCLUS AVEC LES AUTORITÉS AMÉRICAINES DANS LE CADRE DU PROGRAMME DE SANCTIONS ÉCONOMIQUES DES ÉTATS-UNIS

Liste des dix plus importants accords transactionnels conclus avec les autorités américaines (DOJ et SEC) sur le fondement du FCPA depuis son adoption en 1977

(en dollars)

1. Siemens¹ (Allemagne): 800 millions en 2008

2. KBR/Halliburton² (Etats-Unis): **579 millions** en 2009

3. BAE (Grande-Bretagne)³: 400 millions en 2010

4. Total (France)4: 398 millions en 2013

5. Snamprogetti/ENI (Pays-Bas/Italie)⁵: **365 millions** en 2010

6. Technip SA (France)⁶: **338 millions** en 2010

7. JGC Corporation (Japon)⁷: **218,8 millions** en 2011

8. Daimler AG (Allemagne)⁸: **185 millions** en 2010

9. Alcatel-Lucent (France)⁹: **137 millions** en 2010

10. Magyar Telekom/Deutsche Telekom (Hongrie/ Allemagne)¹⁰: **95 millions** en 2011

¹ United States Department of Justice, Siemens AG and Three Subsidiaries Plead Guilty to Foreign Corrupt Practices Act Violations and Agree to Pay \$450 Million in Combined Criminal Fines, Coordinated Enforcement Actions by DOJ, SEC and German Authorities Result in Penalties of \$1.6 Billion, Communiqué de presse, 15 décembre 2008.

² United States Department of Justice, Kellogg Brown & Root LLC Pleads Guilty to Foreign Bribery Charges and Agrees to Pay \$402 Million Criminal Fine, Enforcement Actions by DOJ and SEC Result in Penalties of \$579 Million for KBR's Participation in a Scheme to Bribe Nigerian Government Officials to Obtain Contracts, Communiqué de presse, 11 février 2009.

³ United States Department of Justice, BAE Systems PLC Pleads Guilty and Ordered to Pay \$400 Million Criminal Fine, Communiqué de presse, 1^{er} mars 2010.

⁴ United States Department of Justice, French Oil and Gas Company, Total, S.A., Charged in the United States and France in Connection with an International Bribery Scheme, communiqué de presse, 29 mai 2013.

⁵ Securities and Exchange Commission, SEC Charges Italian Company and Dutch Subsidiary in Scheme Bribing Nigerian Officials With Carloads of Cash, ENI and Snamprogetti to Pay \$365 Million to Settle FCPA Violations, Communiqué de presse, 7 juillet 2010

⁶ Securities and Exchange Commission, Technip to Pay \$338 Million to Settle SEC and DOJ Charges; Brings Total Sanctions Against Joint Venture Partners to \$917 Million, Communiqué de presse, 28 juin 2010.

⁷ United States Department of Justice, JGC Corporation Resolves Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agrees to Pay a \$218.8 Million Criminal Penalty, Communiqué de presse, 6 avril 2011.

⁸ United States Department of Justice, Daimler AG and Three Subsidiaries Resolve Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agree to Pay \$93.6 Million in Criminal Penalties, Combined Criminal and Civil Penalties of \$185 Million to be Paid, Communiqué de presse, 1^{er} avril 2010.

⁹ United States Department of Justice, Alcatel-Lucent S.A. and Three Subsidiaries Agree to Pay \$92 Million to Resolve Foreign Corrupt Practices Act Investigation, Coordinated Enforcement Actions by Department of Justice and SEC Result in Penalties of more than \$137 Million, Communiqué de presse, 27 décembre 2010.

¹⁰ United States Department of Justice, Magyar Telekom and Deutsche Telekom Resolve Foreign Corrupt Practices Act Investigation and Agree to Pay Nearly \$64 Million in Combined Criminal Penalties, Parallel Enforcement Actions by Department of Justice and SEC Result in Penalties of More Than \$95 Million, Communiqué de presse, 29 décembre 2011.

Principaux accords transactionnels conclus avec les autorités américaines dans le cadre du programme de sanctions économique des Etats-Unis (en dollars)

1. HSBC¹ (Royaume-Uni): **1921 millions** en 2012

2. Standard Chartered² (Royaume-Uni): **667 millions** en 2012

3. ING³ (Pays-Bas): 619 millions en 2012

4. Credit Suisse⁴ (Suisse): **536 millions** en 2009

5. ABN Amro⁵ (Pays-Bas): **500 millions** en 2010

6. Lloyds⁶ (Royaume-Uni) : **350 millions** en 2009

7. Barclays (Royaume-Uni): **298 millions** en 2010

8. Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ⁸ (Japon): 258 millions de dollars en 2012-2013

Extrait de "Deals de Justice, Le marché américain de l'obéissance mondialisé", sous la direction d'Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, PUF, octobre 2013, pp. 54 et 59-60.

¹ HSBC a acquitté une amende de 1256 millions de dollars au DOJ et à l'OFAC (United States Department of Justice, HSBC Holdings Plc. and HSBC Bank USA N.A. Admit to Anti-Money Laundering and Sanctions Violations, Forfeit \$1.256 Billion in Deferred Prosecution Agreement, Communiqué de presse, 11 décembre 2012), une amende de 500 millions de dollars l'Office of the Comptroller of the Currency (Office of the Comptroller of the Currency, OCC Assesses \$500 Million Civil Money Penalty Against HSBC Bank USA, N.A., Communiqué de presse, 11 décembre 2012) et une amende de 165 millions de dollars à la Fed (Board of Governors of the Federal Reserve System, Communiqué de presse, 11 décembre 2012).

² Standard Chartered a acquitté une amende de 340 millions de dollars à l'Etat de New York (Statement from Benjamin M. Lawsky, Superintendent of Financial Services, Regarding Standard Chartered Bank, Communiqué de presse, 14 août 2012) et une amende cumulée de 327 millions de dollars à la Fed, à l'OFAC et au DOJ (United States Department of the Treasury, Treasury Department Reaches \$132 Million Settlement with Standard Chartered Bank, Treasury Settlement Part of Combined \$327 Million Settlement for Bank's Apparent Violations of Sanctions Programs, Communiqué de presse, 10 décembre 2012).

³ United States Department of Justice, ING Bank N.V. Agrees to Forfeit \$619 Million for Illegal Transactions with Cuban and Iranian Entities, Communiqué de presse, 12 juin 2012.

⁴ United States Department of Justice, Credit Suisse Agrees to Forfeit \$536 Million in Connection with Violations of the International Emergency Economic Powers Act and New York State Law, Communiqué de presse, 16 décembre 2009.

⁵ United States Department of Justice, Former ABN Amro Bank N.V. Agrees to Forfeit \$500 Million in Connection with Conspiracy to Defraud the United States and with Violation of the Bank Secrecy Act, Communiqué de presse, 10 mai 2010.

⁶ United States Department of Justice, Lloyds TSB Bank Plc Agrees to Forfeit \$350 Million in Connection with Violations of the International Emergency Economic Powers Act, Communiqué de presse, 9 janvier 2009.

⁷ United States Department of Justice, Barclays Bank PLC Agrees to Forfeit \$298 Million in Connection with Violations of the International Emergency Economic Powers Act and the Trading with the Enemy Act, Communiqué de presse, 18 août 2010.

⁸ Pour mettre un terme aux poursuites, Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ a versé 8,57 millions de dollars à l'OFAC (Office of Foreign Assets Control, Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ, Ltd. Settles Potential Civil Liability for Apparent Violations of Multiple Sanctions Programs, 12 décembre 2012) et 250 millions de dollars à l'Etat de New York (Governor Cuomo Announces Bank of Tokyo-Mitsubishi UFJ to Pay \$250 Million to State for Violations of New York Banking Law Involving Transactions with Iran and Other Regimes, Communiqué de presse, 20 juin 2013).

Note N°2:

LE *DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT* AMÉRICAIN, UNE FORME INÉDITE DE JUSTICE NÉGOCIÉE: PUNIR, SURVEILLER, PRÉVENIR

FRANÇOIS BUTHIAU, ASTRID MIGNON COLOMBET

LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE, N° 13, 25 MARS 2013

LA SEMAINE DE LA DOCTRINE L'ÉTUDE

JUSTICE NÉGOCIÉE

Plusieurs sociétés françaises expérimentent depuis une période récente une nouvelle forme de justice négociée en essor aux États-Unis, le deferred prosecution agreement. Il s'agit d'un accord passé avec les autorités américaines par lequel une société objet d'une enquête pour délinquance économique accepte de s'acquitter de sanctions financières, de reconnaître des éléments de fait et de se soumettre à des mesures destinées à prévenir la commission d'infractions futures, en contrepartie de l'extinction des poursuites à son encontre. Sans équivalent en droit français, il peut à première vue être perçu comme efficace mais suscite de nombreuses interrogations tant dans sa mise en œuvre qu'au regard des garanties dont bénéficient normalement les sociétés dans le système juridique français. En comprendre les ressorts apparaît dès lors nécessaire pour s'adapter à ce nouvel environnement.

359

Le deferred prosecution agreement américain, une forme inédite de justice négociée

Punir, surveiller, prévenir?





Étude rédigée par ASTRID MIGNON COLOMBET FRANÇOIS BUTHIAU Astrid Mignon Colombet est avocat au barreau de Paris, associé, Soulez Larivière & associés

François Buthiau est avocat au barreau de Paris, Soulez Larivière & associés

- « Et, peut-être par dessus tout, les entreprises savent qu'elles sont désormais plus susceptibles d'être confrontées à la répression que lorsque notre choix était limité à poursuivre devant les tribunaux ou à ne rien faire. D'une manière générale, cette situation est meilleure pour les entreprises, meilleure pour le Gouvernement, et meilleure pour le peuple américain »1 (L. Breuer, chef de la division criminelle, Department of Justice DOJ, New York, 13 sept. 2012).
- « Quiconque refusera d'obéir à la volonté générale, y sera contraint par tout le corps ; ce qui ne signifie autre chose sinon qu'on le forcera à être libre » (J.-J. Rousseau, Le Contrat social).

^{1 «} And, perhaps most important of all, companies know that they are now much likely to face punishment than they were when our choice was limited to indicting or walking away. Overall, this state of affairs is better for companies, better for the Government, and better for the American people ».

1 - Deux sociétés françaises du CAC 40² ont récemment expérimenté le dispositif du *deferred prosecution agreement* (littéralement « accord de poursuites différées », DPA) pour infraction à la loi américaine sur la corruption³, d'application extra-territoriale. D'autres, actuellement sous investigations, devraient suivre prochainement.

Il n'y a là rien d'étonnant tant cette forme de justice négociée est en essor aux États-Unis depuis plus de dix ans4. Par cet accord, une personne physique ou morale reconnaît les faits commis et se soumet à un certain nombre d'obligations en contrepartie de l'abandon in fine des poursuites à son encontre. Le DOJ (Department of Justice)⁵ l'utilise essentiellement pour régler les affaires les plus importantes de délinquance économique - corruption, fraude, escroquerie - ou de pratiques commerciales illicites commises par les personnes morales dans des domaines aussi variés que la santé, l'agroalimentaire, les hautes technologies, l'énergie ou les contrats publics. Le DPA a ainsi représenté en 2012 près de 4 milliards de dollars de sanctions financières versées au Trésor américain, avec un maximum de 1,9 milliard de dollars⁶ et une moyenne de plus de 200 millions par accord. La SEC (Securities and Exchange Commission) a même récemment adopté l'outil dans le cadre de ses enquêtes administratives⁷.

- 2 Le DPA est en effet conçu par les autorités américaines comme un instrument de politique pénale particulièrement efficace pour répondre au développement des infractions économiques et à leur caractère toujours plus sophistiqué. Il permet d'accroître significativement la répression de celles-ci sans subir la lourdeur d'une poursuite longue et coûteuse débouchant sur un procès à l'issue incertaine ; le nombre d'infractions réprimées est ainsi nettement augmenté. Il présente aussi l'avantage de faciliter la mise en place dans l'entreprise d'une politique préventive, contraignant celle-ci à adopter généralement sous le contrôle d'un tiers un corps de mesures destinées à éviter la réitération de l'infraction commise. Par son double caractère répressif et préventif, le DPA réunirait ainsi tous les éléments d'une politique pénale adaptée aux enjeux actuels. C'est d'ailleurs l'analyse qu'en a faite le Royaume-Uni qui a récemment décidé de se doter de l'outil8.
- 3 Du point de vue français en revanche, la circonspection domine. *A priori* les objectifs élevés que poursuit le DPA devraient

recueillir l'assentiment de tous, y compris des entreprises qui y sont soumises. Pour ces dernières en effet, la sanction à laquelle elles sont exposées gagne en prévisibilité au terme d'un dispositif plus court et moins coûteux. De plus, comment ne pas être favorable à un mécanisme préventif de nature à limiter son exposition au risque pénal ? Tout autre, en revanche, est l'appréciation portée sur les moyens utilisés qui s'affranchissent de certaines des garanties normalement reconnues aux personnes morales dans le système français. C'est là toute l'ambiguîté du DPA qui veut réguler de manière globale, tant par la punition (1) que par la prévention et la surveillance (2), les comportements potentiellement illicites des entreprises au risque d'éluder la nécessaire protection dont elles doivent bénéficier.

1. Punir : le DPA, un instrument de répression hybride sans équivalent en droit français

4 - Sur le principe, le DPA tire son origine d'une loi de 1974, le *Speedy Trial Act*, autorisant les procureurs à différer les poursuites avec l'autorisation du tribunal afin de permettre au défendeur de démontrer sa bonne conduite⁹. En revanche, son régime ne résulte pas d'une loi mais de principes définis par le ministère de la Justice (*Principles of Federal Prosecution of Business Organisations*)¹⁰. Il constitue avec le NPA (*Non-Prosecution Agreement*), l'une des principales mesures alternatives aux poursuites (*pretrial diversion*) permettant d'éviter une mise en accusation formelle (*indictment*) et *in fine* une condamnation pénale. L'accord ne matérialise pas en effet un jugement de condamnation à la manière d'un *guilty plea*, la société ne plaidant pas coupable mais se limitant à reconnaître la véracité des faits visés dans celui-ci.

Dès la signature du DPA, le procureur le dépose auprès du tribunal compétent et engage des poursuites (par le dépôt d'un acte d'accusation dénommé *Information*) qui sont cependant immédiatement suspendues¹¹. Dans le même temps, l'accord est annoncé par communiqué de presse du *Department of Justice* et publié *in extenso* sur son site Internet. S'ouvre alors une période probatoire d'une durée variant entre une et quatre années suivant les stipulations de l'accord (deux ans et demi en moyenne), au cours de laquelle la société doit se conformer aux

- 2 Il s'agit des sociétés Technip et Alcatel-Lucent qui ont respectivement signé un DPA les 24 juin et 20 décembre 2010.
- 3 Foreign Corrupt Practices Act.
- 4 Si le premier DPA a été signé aux États-Unis en 1993, il ne s'est véritablement développé que dans les années 2000, en particulier dans le sillage des scandales Enron et WorldCom.
- 5 Ministère de la Justice américain.
- 6 DPA signé par HSBC le 11 décembre 2012.
- 7 AMF américain. La SEC a ainsi conclu son premier DPA le 17 mai 2011 avec la société Tenaris pour des faits de corruption.
- 8 La loi (Crime and Courts bill) est actuellement en cours de discussion devant le Parlement et devrait être adoptée courant 2013.
- 9 Speedy Trial Act of 1974, 18 U.S.C. § 3161 (h) (2).
- 10 United States Attorney's Manual, US Department of Justice Publication, Principles
- of Federal Prosecution of Business Organisations, p. 3-4 (Principes de poursuites fédérales applicables aux entreprises).
- 11 Il s'agit de l'élément distinctif majeur du DPA par rapport au NPA dans lequel les poursuites ne sont pas engagées, le DOJ conservant simplement le droit de le faire tout au long de la durée de l'accord si les termes de celui-ci ne sont pas respectés par son signataire.



obligations prévues. Au terme de cette période, le procureur présente auprès du même tribunal une motion d'abandon des poursuites (motion of dismissal) qui est normalement entérinée par le tribunal; l'action publique est alors définitivement éteinte (dismissal with prejudice).

5 - On cherchera en vain un équivalent du DPA en droit français. Par définition, ce n'est pas une transaction pénale connue de celui-ci (ainsi en droit de la consommation et en droit de la concurrence), laquelle ne peut pas être conclue une fois l'action publique engagée¹². La poursuite étant engagée *ab initio*, il ne s'agit pas non plus d'un classement sans suite sous condition au sens de l'article 41-1 du Code de procédure pénale. Le DPA n'est pas davantage une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ni une composition pénale, dès lors qu'il ne matérialise pas une reconnaissance de culpabilité validée par un juge judiciaire¹³.

Il s'agit donc d'un mécanisme transactionnel complexe d'extinction des poursuites sous condition inédit en droit français. Ce faisant, le DPA est un instrument de répression hybride entre les mains du procureur (A) qui a pour effet principal et inédit de priver la société de la possibilité de se défendre sur les faits objet de l'accord en cas de procédure subséquente (B).

A. - Un instrument entre les mains du procureur

6 - Par le DPA, la société se trouve soumise à la volonté du procureur¹⁴ (1°), d'autant que le juge judiciaire est largement absent du dispositif (2°).

1° Un procureur « discrétionnaire »

- 7 Le procureur détient tant le pouvoir de déterminer les obligations contractuelles de la société que celui de régler la procédure.
- 8 Le procureur dispose en premier lieu d'un avantage décisif dans la négociation¹⁵. La société qui se voit reprocher une infraction au droit américain n'a en effet pas d'autre choix que de signer une transaction. Pour les entreprises, le DPA apparaît comme la moins mauvaise alternative face aux incertitudes
- 12 Circ. 20 mars 2012 présentant les dispositions de la loi du 13 décembre 2011 étendant les procédures d'ordonnance pénale et de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité: BOMJL nº 2012-03, 30 mars 2012. Les transactions pénales en droit de la consommation et en droit de la concurrence présentent en outre la particularité d'être conclues
- par la DGCCRF avec l'accord préalable du parquet.
- 13 Selon l'article 41-2 du Code de procédure pénale, la composition pénale concerne la personne « qui reconnaît avoir commis un ou plusieurs délits ».
- 14 Relevant du ministère de la Justice : Department of Justice (DoJ) ou de l'United States Attorney's Office (USAO).
- 15 D. Thornburgh, former US Attorney General and counsel, Conference on Corporate Criminality: Legal, Ethical and Managerial Implications, 15 mars 2007.

et conséquences potentiellement dramatiques attachées à une mise en accusation formelle puis à une éventuelle condamnation aux États-Unis, impliquant le prononcé de sanctions radicales telles que la suspension du droit de contracter avec toute autorité publique et ce dès l'engagement des poursuites, la mise en cause des dirigeants, des peines d'amendes décuplées en cas de condamnation sans oublier les effets collatéraux sur le cours de l'action pour les sociétés cotées et le risque corrélatif accru de class actions¹⁶.

C'est donc la peur de la procédure judiciaire américaine de droit commun qui vient justifier la transaction. Comme dans un contrat d'adhésion, le procureur impose assez largement les clauses de l'accord, soit essentiellement le montant de l'amende, la qualification des faits, leur exposé (le *Statement of Facts*) et plus largement les obligations pesant sur la société.

9 - Surtout, le procureur est maître de la procédure dont il règle à la fois la durée et l'issue. Il peut augmenter ou diminuer la période probatoire en fonction de l'appréciation qu'il porte sur le respect effectif par la société des obligations auxquelles il la soumet. Mieux, il peut à tout moment rompre l'accord et ainsi engager les poursuites s'il juge, de manière discrétionnaire, que la société ne s'est pas conformée à ses obligations essentielles. Si un tel pouvoir doit cependant être relativisé en pratique, le procureur ne l'ayant exercé qu'une fois, à l'encontre de la société Aibel pour non-respect de ses obligations de conformité¹⁷, il n'en est pas moins une épée de Damoclès suspendue au-dessus de la société qui devra veiller à la parfaite exécution de l'accord.

10 - La société est ainsi placée entre les mains du procureur dont le pouvoir n'est pas même atténué par le juge judiciaire qui a un rôle minimaliste.

2° Un juge judiciaire « minimaliste »

11 - Le juge judiciaire intervient en effet peu dans le dispositif DPA¹⁸. En pratique, il ne prend aucune part aux négociations, ne contrôle ni le contenu de l'accord ni les motifs de la rupture. S'il peut en revanche théoriquement refuser d'approuver l'accord, il n'existe pas de précédent connu de rejet d'un DPA signé.

En France, un tel dispositif serait probablement jugé non conforme à la Constitution, à l'instar de l'injonction pénale

invalidée par le Conseil constitutionnel en 1995 au motif que le prononcé par le procureur de mesures assimilables à des sanctions pénales nécessitaient « la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles » ¹⁹.

12 - C'est d'ailleurs l'analyse du législateur britannique qui a considéré que la quasi-absence de juge dans le DPA américain rendrait probablement inconstitutionnelle la mesure au Royaume-Uni²⁰. En conséquence, le projet de DPA britannique accorde une place centrale au juge qui sera chargé de vérifier que l'accord répond aux « intérêts de la justice »²¹. Le juge serait ainsi présent à toutes les phases de l'accord, qu'il s'agisse de l'audience préliminaire sur le principe du DPA, lors de l'examen du contenu du DPA pour vérifier que les conditions sont « équitables, raisonnables et proportionnées », en cas de désaccord notamment sur le motif de la rupture et enfin, en audience publique, pour approuver formellement le DPA²².

13 - Le rééquilibrage du DPA au profit du juge est probablement souhaitable, même si un exemple récent d'intervention judiciaire dans une procédure voisine a montré qu'elle pourrait aller dans le sens d'une répression accrue²³. En toute hypothèse, cela ne modifierait en rien la situation inédite résultant de la limitation du droit pour la société de se défendre dans toute procédure subséquente.

B. - Une limitation inédite des droits de la défense

14 - Par le DPA, en effet, la société est contrainte non seulement de reconnaître des faits mais surtout de ne pas les contredire publiquement à peine de rupture de celui-ci par le procureur dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire. C'est là probablement l'un des éléments du mécanisme qui recèle le plus d'interrogations, en particulier dans la perspective d'une procédure en France.

1° Un mécanisme associant reconnaissance des faits et interdiction de les contredire

15 - Le DPA contient en annexe un exposé des faits, le *Statement of Facts*, que la société reconnaît expressément. Or ces faits ne reflètent pas nécessairement toute la vérité matérielle du dossier

- 16 H. W. Goldstein, When the Government ends a deferred prosecution pact: New York Law Journal, 4 mai 2006.
- 17 Press release Department of Justice, Aibel group Ltd pleads guilty for Foreign Bribery and agrees to pay \$ 4.2 Million in Criminal Fines, 21/11/2008: http://www.justice.gov/opa/pr/2008/November/08-crm-1041.html.
- 18 Le *Speedy Trial Act* de 1974 indique seulement que les procureurs sont autorisés à dif-
- férer les poursuites « avec l'autorisation du tribunal » (18 U.S.C. § 3161 (h) (2), préc.).
- 19 Cons. const., déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995 : JO 7 févr. 1995, p. 2097.
- 20 Ministry of Justice, Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements, n° 67.
- 21 Op. cit. note (19); Consultation Paper CP9/2012, may 2012.
- 22 Ministry of Justice, oct. 2012, The Crime and Courts Bill. Fact Sheet: Deferred Prosecution Agreements.
- 23 Le juge Rakoff et les banquiers tricheurs : Le Monde.fr, 22 nov. 2011 ; U.S. SEC v. Citigroup, JED S. Rakoff, Opinion and Order, 11 Civ. 7387, Filed 11/28/11 ; plus récemment, pour les sociétés IBM et Tyco, FCPA Deals Under Fresh Scrutiny As Judge Pushes Back : www.law360.com, 1° févr. 2013

mais sont articulés dans le but de justifier la sévérité des sanctions et surtout de fonder une accusation solide devant le tribunal. En effet, en cas de rupture de l'accord et partant d'exercice des poursuites, ces faits reconnus par la société seront utilisés contre elle comme élément de preuve de commission de l'infraction. Tout l'enjeu pour la société dans les négociations est donc de parvenir à s'accorder avec le procureur sur une présentation des faits qui préserve sa vérité du dossier.

19 - La société n'encourt pas moins le risque d'être condamnée sur le fondement de cet « aveu », d'autant que ses moyens de défense sont particulièrement limités.

Privée du droit de se défendre sur les faits, elle n'est en effet autorisée par le DPA qu'à se défendre en droit, principalement sur les qualifications juridiques et sur ce qui s'apparente aux faits justificatifs (affirmative defenses) tels que l'autorisation de la loi.

16 - C'est d'autant plus vrai que, par l'engagement qu'elle prend de ne pas les contredire publiquement, la société ne peut contester ces faits dans la presse et surtout dans aucune procédure subséquente, américaine ou étrangère. Si elle est poursuivie à raison des mêmes

faits, la société est donc privée du droit de se défendre sur ceuxci sauf à prendre le risque d'une rupture du DPA.

17 - À prendre alors l'hypothèse d'une procédure pénale subséquente en France, se pose la question de l'interprétation d'un tel mécanisme par le juge et de ses conséquences sur la défense

2° Les incidences du mécanisme dans une procédure pénale française

18 - Les faits contenus dans le Statement of Facts constitueront très probablement un élément de preuve à l'encontre de la société. Plus encore, leur reconnaissance par cette dernière pourrait être interprétée par le juge français, conformément au principe de liberté des preuves en droit pénal (CPP, art. 427, al. 1er, art. 428), comme un aveu extrajudiciaire, dont il détermine alors la portée selon son intime conviction. Cette portée ne saurait cependant qu'être limitée en raison des conditions contraintes dans lesquelles la reconnaissance des faits a été effectuée, conditions qui ne répondent pas à celles du droit français. On pourrait même voir cet « aveu » comme non avenu dès lors qu'en principe le juge ne peut pas former sa conviction à l'aide d'un aveu obtenu à l'occasion d'une procédure irrégulière²⁴.

En tout état de cause, comme la société s'est interdite de revenir sur cet « aveu », le juge peut difficilement se fonder sur un tel élément de preuve qui ne sera pas l'objet d'un débat contradictoire en contrariété avec le principe prévu par l'article 427, alinéa 2 du Code de procédure pénale. Aux termes de ce principe en effet, le juge ne peut fonder sa décision que sur des preuves contradictoirement discutées devant lui. Or où est la discussion contradictoire si l'entreprise ne peut pas se défendre, étant quasi-contrainte au silence par le DPA?

20 - Ainsi, la société poursuivie en France se trouve prise entre le marteau et l'enclume : ne pas revenir sur les faits reconnus aux États-Unis et prendre le risque d'une condamnation en France; y revenir et prendre le risque d'une condamnation aux États-Unis (sans pour autant échapper au

risque de condamnation en France).

«Par le DPA, la société se

voit privée du droit de se

des investigations.»

défendre sur les faits objet

21 - En somme, par le DPA, la société se voit privée du droit de se défendre sur les faits objet des investigations : en pratique, elle n'a d'autre choix que de le signer et, une fois signé, elle ne peut plus se défendre sur ces faits que ce soit aux États-Unis ou ailleurs. D'autant qu'à cet effet répressif s'ajoute une dimension préventive susceptible de renforcer encore la contrainte que fait peser l'autorité américaine sur la société.

2. Surveiller et prévenir : le DPA, un instrument de contrôle des entreprises?

22 - Le DPA doit en effet permettre de s'assurer que son signataire ne commettra plus l'infraction. Dans cette vue, l'accord contraint la société à adopter des mesures dites de compliance (« mise en conformité » ou « vigilance ») (A) sous la surveillance fréquente d'un tiers, le monitor (« surveillant » ou « moniteur »), chargé de s'assurer de leur mise en œuvre effective (B). Si la finalité préventive de l'accord ne peut qu'être approuvée, le DPA ne se limite cependant pas à inciter la société à mettre en place des mesures prophylactiques mais permet à l'autorité américaine d'user de pouvoirs étendus pour réguler la conduite

A. - La régulation du comportement de la société par l'autorité américaine : la compliance

23 - La compliance est identifiée aux États-Unis comme un outil majeur de prévention de la délinquance économique en ce

24 R. Merle, A. Vitu, Traité de droit criminel, Procédure pénale : Cujas, 5º éd., t. 2, 2001, nº 188.

qu'elle permet d'intervenir directement au sein des sociétés en leur imposant d'adopter des processus internes efficaces pour assurer le respect des normes et en garantir le contrôle. Elle s'inscrit ainsi dans la vision américaine du marché qui doit être corrigé de ses dysfonctionnements pour assurer les conditions d'une concurrence « pure et parfaite » à même de garantir la prospérité et *in fine* la conservation de soi.

24 - Dans cette optique, les autorités américaines incitent désormais les sociétés ayant une activité aux États-Unis à l'adopter en attribuant des effets juridiques aux programmes de *compliance* efficaces. Alors qu'il ne s'agit généralement pas d'une obligation légale, la préexistence d'un tel programme au sein de la société est en effet prise en compte dans la détermination de la sanction à laquelle celle-ci s'expose en cas d'infraction, qu'elle a pour effet d'atténuer²⁵. La société pourrait même se voir exonérée de toute responsabilité, comme le démontre la récente affaire *Morgan Stanley* dans laquelle le procureur a choisi de ne pas poursuivre cette dernière en considération du programme jugé efficace qu'elle avait mis en place (seul son cadre dirigeant a alors été l'objet de poursuites)²⁶.

25 - Le système juridique français n'ignore pas totalement cet aspect incitatif, un certain rôle atténuateur ayant pu être reconnu à la *compliance*. Par exemple, l'Autorité de la concurrence a récemment décidé d'accorder une réduction de l'amende aux sociétés qui, ayant commis une infraction, prennent l'engagement dans le cadre d'une procédure de non-contestation de griefs de se doter de programmes de *compliance* ou d'améliorer ceux qui existent²⁷.

26 - Cependant, les autorités américaines ne se limitent pas à inciter les entreprises à développer leur programme de *compliance*. Si cette incitation n'a pas suffi, la société ne disposant pas de programme de *compliance* efficace, c'est en effet dans un cadre contraint, celui du DPA, qu'elle devra l'adopter.

1° Le DPA vecteur de compliance

27 - Le DPA, et plus généralement tout accord de *pretrial diversion*, est utilisé par les autorités américaines comme un vecteur de leur politique pénale concentrée sur la *compliance* en ce qu'il permet, par son caractère d'accord négocié et donc par la diversité des termes qu'il peut renfermer, de contraindre une société à adopter les mesures auxquelles elle ne serait pas normalement tenue.

28 - Le contenu du programme dépend alors de l'activité et des caractéristiques propres de la société, et est donc détermi-

né « sur mesure » par le procureur. On y retrouve néanmoins des éléments récurrents, tels que l'adoption de codes de bonne conduite ou de chartes éthiques, la détermination de politiques spécifiques en matière de cadeaux, invitations, *sponsoring* et mécénat, la dispense de formations internes ou encore la sensibilisation du personnel par des dispositifs de communication interne (Intranet, documents d'information par exemple). D'une manière générale, le programme, qui requiert une forte implication des dirigeants, doit s'inspirer des principes de « bonne *compliance* » dégagés par le ministère de la Justice américain, s'articulant autour des notions de formation, d'information et de sensibilisation, de contrôle et de surveillance, de récompense et de sanction²⁸.

29 - Les obligations ainsi mises à la charge de la société sont nombreuses et détaillées. Elles sont parfois draconiennes, par exemple lorsqu'elles imposent à la société de modifier son organisation interne voire de se séparer de certains de ses dirigeants.

Or l'entreprise est tenue de s'y conformer tout au long du DPA. On l'a vu, le procureur peut augmenter ou raccourcir la durée de la période probatoire en fonction de son appréciation discrétionnaire sur l'efficacité des mesures mises en place. Si ce pouvoir de modulation a surtout été utilisé dans le sens d'un allongement de la durée des DPA, il peut également bénéficier à la société, le DPA signé par *Pride International* ayant vu sa durée ramenée de trois à deux années en novembre 2012. Ainsi, une autorité de poursuite, et singulièrement étrangère, s'immisce par le biais du DPA dans la vie de la société au détriment de sa liberté de gestion.

2° Une immixtion inédite d'un procureur étranger dans la société

30 - Une telle immixtion n'a, là encore, pas d'équivalent en droit français, dans lequel le parquet reste extérieur aux affaires de la société. La contrainte exercée sur la société par une autorité de poursuite qui détermine certains aspects de son organisation et de son fonctionnement apparaît en réalité s'éloigner d'une conception accordant le primat à la volonté individuelle et laissant libre chaque personne du choix des voies et moyens de respecter la loi.

31 - On imagine dès lors combien le mécanisme américain recèle de dangers potentiels. Un premier s'est d'ailleurs matérialisé au Royaume-Uni, qui, s'inspirant de celui-ci, a récemment édicté une infraction nouvelle, de défaut de prévention de la corruption²⁹, visant à réprimer l'absence de programme de *compliance*

²⁵ U.S. Federal Sentencing Guidelines, §8B2.1(b); Principles of Federal prosecution of business organisations, 9-28.900.

²⁶ DOJ, communiqué 12-534, 25 avr. 2012.

²⁷ Autorité de la concurrence, document-cadre, 10 févr. 2012 sur les programmes de conformité aux règles de concurrence.

 $^{28\} Federal\ Sentencing\ Guidelines,\ \S\ 8,\ B2.1(b)$

²⁹ *UK Bribery Act de 2010, sect.* 7 entré en vigueur en mars 2011 au Royaume-Uni.

efficace au sein d'une société ayant commis un acte de corruption. Elle se trouve alors confrontée à la situation étonnante de pouvoir être poursuivie non seulement pour avoir commis un acte illicite mais également pour ne pas s'être auto-empêchée de le commettre!

32 - Un second danger pourrait déjà se trouver dans le DPA avec la mesure de placement de la société sous surveillance, le monitorship.

B. - La surveillance de la société par l'autorité américaine : le monitorship

33 - Preuve encore de l'importance qu'il accorde à la compliance, le procureur peut en effet souhaiter s'assurer de sa mise en œuvre effective par la société. Pour ce faire, il désigne un tiers, le monitor, chargé d'évaluer et de surveiller tout au long du DPA la stricte application par la société des termes de l'accord spécifiquement conçus pour prévenir le risque de réitération de l'infraction.

Dépendant d'un certain nombre de critères, tels que la gravité de l'infraction commise, le comportement adopté par la société depuis la révélation des faits ou surtout la préexistence de mesures de compliance efficaces, la mesure n'est toutefois pas systématiquement ordonnée. Le procureur peut en effet laisser la société libre ou la placer sous une mesure dite d'auto-surveillance (self-monitoring), qui consiste pour la société à être son propre monitor. Le monitorship n'est ainsi ordonné que dans un DPA sur trois environ.

En revanche, la désignation d'un monitor est quasi-systématique lorsque la société en cause est étrangère, l'éloignement géographique renforçant manifestement la volonté de contrôle.

1° Le régime du monitorship

34 - Le monitor n'est que très rarement désigné nommément dans l'accord, seule sa nationalité étant parfois spécifiée dans celui-ci³⁰. Il n'est plus imposé de manière unilatérale par le procureur³¹ qui le choisit désormais à partir de propositions faites par la société. Les principaux critères pour sa désignation portent sur sa compétence, sa connaissance du secteur d'activité de la société et son indépendance vis-à-vis de celle-ci.

35 - La mission du monitor ne consiste pas à enquêter sur les faits objets de l'accord mais porte essentiellement sur l'évaluation de l'efficacité du programme de compliance de la société³². Il n'en reste pas moins tenu de révéler au procureur toute infraction qu'il découvrirait pendant son mandat, que la société l'ait commise antérieurement ou au cours de celui-ci.

36 - Définie de manière variable par le DPA, sa mission débute

alors par une analyse des pratiques existantes en matière de compliance au sein de celle-ci. À partir de là, le monitor détermine celles qui devraient être adoptées conformément aux stipulations de l'accord puis en contrôle l'adoption. Il rédige à ce titre un rapport initial.

37 - Le monitor dispose dans ce cadre du pouvoir de prendre des recommandations que la société doit normalement adopter. Si elle s'y oppose néanmoins, les accords tranchent la difficulté de manière différenciée. Certains DPA attribuent au monitor le pouvoir d'imposer directement la « recommanda-

tion », parfois après avoir consulté une autorité tierce, telle qu'en France le Service central de prévention de la corruption rattaché au ministère de la Justice³³. D'autres, les plus fréquents désormais, prévoient que le procureur tranche lui-même le conflit, soit directement soit à la suite d'une procédure par laquelle la société aura soumis une recommandation alternative au monitor sans que les parties aient pu s'accorder sur celle-ci.

Le procureur est régulièrement informé du déroulement de la mesure, le monitor lui rendant compte de son activité au travers de rapports périodiques. Ce sont ces rapports qui lui permettent d'apprécier si la société met en œuvre de manière satisfaisante les termes de l'accord.

2° Les incertitudes de la mesure pour la société

- 38 Par le monitorship, un degré est encore franchi dans l'intrusion de l'autorité de poursuite dans la société, le procureur disposant, à travers le monitor, d'un pouvoir de décision et de contrôle lui permettant potentiellement d'influer sur la conduite de la société tout au long du DPA.
- 39 Prima facie la mesure pourrait éventuellement évoquer le placement sous surveillance judiciaire mais s'en écarte sur ses

«Certains DPA attribuent

d'imposer directement la

"recommandation", par-

fois après avoir consulté

une autorité tierce, telle

qu'en France le Service

central de prévention de

la corruption rattaché au

ministère de la Justice.»

au monitor le pouvoir

³⁰ Les DPA signés par les sociétés françaises prévoient que le monitor est de nationalité fran-

³¹ Le ministère de la Justice a mis fin à cette pratique dans ses orientations du 7 mars 2008, dites Morford Memo.

³² Morford Memo, op. cit., note (29). 33 DPA Technip, 24 juin 2010.

aspects essentiels. On sait en effet que cette peine applicable aux personnes morales (*C. pén., art. 131-39, al. 2, art. 131-46*) permet au tribunal de mettre une société pénalement condamnée sous la surveillance d'un mandataire de justice chargé de s'assurer pendant une période donnée qu'elle met tout en œuvre pour ne pas se rendre responsable de nouvelles infractions. Le juge détermine librement le contenu de la mission du mandataire dont ce dernier rend compte auprès du juge de l'application des peines par des rapports périodiques. Cependant, et c'est la différence essentielle avec le *monitorship*, il ne peut doter le mandataire d'aucun pouvoir de décision au sein de la personne morale³⁴. Il n'est ainsi pas étonnant que l'analogie bute principalement sur les pouvoirs reconnus au « surveillant » et *in fine* à l'autorité judiciaire et de poursuite.

40 - Le *monitorship* conduit ainsi, par son irréductible spécificité, à une profonde remise en cause du fonctionnement classique des sociétés. Les interrogations et potentielles difficultés qu'il suscite sont dès lors multiples. Elles concernent au premier chef l'information à laquelle aura accès le *monitor* et à travers lui le procureur. Le DPA prévoit en effet que la société a l'obligation de communiquer au *monitor* toute l'information qu'il juge utile à la réalisation de sa mission. Or la société peut souhaiter ne pas diffuser certaines informations qu'elle percevrait comme sensibles, par exemple parce qu'elles porteraient sur les caractéristiques de ses produits ou sur ses stratégies de développement. Il pourrait également s'agir d'informations compromettantes pour elle.

Les moyens à la disposition de la société pour se soustraire à cette obligation sont limités, celle-ci ne pouvant pas s'y opposer directement. En revanche, la communication d'informations au *monitor* peut entrer en contradiction avec la loi du 26 juillet 1968 modifiée, dite « loi de blocage ». Instrument de protection des intérêts économiques des entreprises françaises, ce texte interdit en effet la communication

à toute autorité publique étrangère de documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique pour les besoins de procédures judiciaires étrangères ou de nature à porter atteinte aux intérêts économiques de la France.

Cette protection apparaît cependant insuffisante dès lors qu'elle permet simplement de contraindre le procureur à passer par les mécanismes du traité franco-américain d'entraide judiciaire en matière pénale du 10 décembre 1998 pour obtenir l'information, qui pourra donc, *in fine*, lui être communiquée. Dans ce cadre, un accord a pu prévoir la consultation du SCPC, qui peut d'ailleurs être consulté directement par le *monitor*, à titre préventif, dès le début de sa mission³⁵.

41 - Conclusion. - Punir, surveiller, prévenir ? Le DPA assure les trois à la fois et peut en cela apparaître comme un outil de politique pénale efficace. Du point de vue des entreprises françaises en revanche, il pourra être perçu comme un moyen coercitif de déterminer leur conduite d'autant moins facilement accepté, qu'imposé de l'extérieur, il s'écarte du cadre juridique protecteur du droit français. Penser la contrainte dans un cadre étatique semble néanmoins désormais limité tant les activités économiques que le DPA a vocation à appréhender s'inscrivent dans un contexte qui le dépasse. Cet état de fait ne saurait cependant conduire, pour des faits identiques, à multiplier les poursuites à l'encontre des entreprises et partant à les soumettre à un traitement pénal différencié. Une reconnaissance effective du principe non bis in idem, interdisant les doubles poursuites, n'apparaît donc que plus nécessaire pour les activités saisies par le DPA. L'Organisation de coopération et de développement économique (OCDE) a bien mesuré la difficulté en matière de corruption internationale, recommandant en cas de pluralité de compétences que les États se concertent en amont pour déterminer celui qui est le mieux à même d'exercer les poursuites³⁶.

les transactions commerciales internationales, art. 4, § 3.

 ³⁴ F. Desportes et F. Le Gunehec, Droit pénal général: Economica, 16° éd., 2009, n° 876.
 35 DPA Technip, 24 juin 2010.

³⁶ Convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans

NOTE N°3:

LE DEFERRED PROSECUTION AGREEMENT AMÉRICAIN: UN INSTRUMENT DE LUTTE EFFICACE CONTRE LA DÉLINQUANCE ÉCONOMIQUE INTERNATIONALE

EMMANUEL BREEN, LAURENT COHEN-TANUGI

LA SEMAINE JURIDIQUE - ÉDITION GÉNÉRALE, N° 38, 16 SEPTEMBRE 2013

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

ous 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'origine 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 indue 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 indue dans la vie de l'entreprise, « au détriment de sa liberté de gestion », au moyen du programme de conformité et du

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

« 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'écarte 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. 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-



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 de poursuite. Dans un système judiciaire pénal 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-ourien 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.

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 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-

« 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.

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, gnantes, sans pour autant prendre aucunement 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 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*,

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*).

+ *

« 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.

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-

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?

NOTE N°4:

Why Have No High Level Executives Been Prosecuted In Connection With The Financial Crisis

JED S. RAKOFF
FINANCIAL TIMES, 12 NOVEMBRE 2013

Why Have No High Level Executives Been Prosecuted In Connection With The Financial Crisis?

by Jed S. Rakoff
(U.S. District Judge)

Five years have passed since the onset of what is sometimes called the Great Recession. While the economy has slowly improved, there are still millions of Americans leading lives of quiet desperation: without jobs, without resources, without hope.

Who was to blame? Was it simply a result of negligence, of the kind of inordinate risk-taking commonly called a "bubble," of an imprudent but innocent failure to maintain adequate reserves for a rainy day? Or was it the result, at least in part, of fraudulent practices, of dubious mortgages portrayed as sound risks and packaged into ever-more-esoteric financial instruments, the fundamental weaknesses of which were intentionally obscured?

If it was the former - if the recession was due, at worst, to a lack of caution - then the criminal law has no role to play in the aftermath. For, in all but a few circumstances (not here relevant), the fierce and fiery weapon called criminal prosecution is directed at intentional misconduct, and nothing less. If the Great Recession was in no part the handiwork of intentionally fraudulent practices by high-level executives, then

to prosecute such executives criminally would be "scapegoating" of the most shallow and despicable kind.

But if, by contrast, the Great Recession was in material part the product of intentional fraud, the failure to prosecute those responsible must be judged one of the more egregious failures of the criminal justice system in many years. Indeed, it would stand in striking contrast to the increased success that federal prosecutors have had over the past 50 years or so in bringing to justice even the highest level figures who orchestrated mammoth frauds. Thus, in the 1970's, in the aftermath of the "junk bond" bubble that, in many ways, was a precursor of the more recent bubble in mortgage-backed securities, the progenitors of the fraud were all successfully prosecuted, right up to Michael Milken. Again, in the 1980's, the so-called savings-and-loan crisis, which again had some eerie parallels to more recent events, resulted in the successful criminal prosecution of more than 800 individuals, right up to Charles Keating. And, again, the widespread accounting frauds of the 1990's, most vividly represented by Enron and WorldCom, led directly to the successful prosecution of such previously respected C.E.O.'s as Jeffrey Skilling and Bernie Ebbers.

In striking contrast with these past prosecutions, not a single high level executive has been successfully prosecuted in

connection with the recent financial crisis, and given the fact that most of the relevant criminal provisions are governed by a five-year statute of limitations, it appears very likely that none will be. It may not be too soon, therefore, to ask why.

One possibility, already mentioned, is that no fraud was committed. This possibility should not be discounted. Every case is different, and I, for one, have no opinion as to whether criminal fraud was committed in any given instance.

But the stated opinion of those government entities asked to examine the financial crisis overall is not that no fraud was committed. Quite the contrary. For example, the Financial Crisis Inquiry Commission, in its final report, uses variants of the word "fraud" no fewer than 157 times in describing what led to the crisis, concluding that there was a "systemic breakdown," not just in accountability, but also in ethical behavior. As the Commission found, the signs of fraud were everywhere to be seen, with the number of reports of suspected mortgage fraud rising 20-fold between 1998 and 2005 and then doubling again in the next four years. As early as 2004, FBI Assistant Director Chris Swecker, was publicly warning of the "pervasive problem" of mortgage fraud, driven by the voracious demand for mortgage-backed securities. Similar warnings, many from within the financial community, were disregarded, not because they were

viewed as inaccurate, but because, as one high level banker put it, "A decision was made that 'We're going to have to hold our nose and start buying the product if we want to stay in business.'"

Without multiplying examples, the point is that, in the aftermath of the financial crisis, the prevailing view of many government officials (as well as others) was that the crisis was in material respects the product of intentional fraud. In a nutshell, the fraud, they argued, was a simple one. Subprime mortgages, i.e., mortgages of dubious creditworthiness, increasingly provided the sole collateral for highly-leveraged securities that were marketed as triple-A, i.e., of very low risk. How could this transformation of a sow's ear into a silk purse be accomplished unless someone dissembled along the way?

While officials of the Department of Justice have been more circumspect in describing the roots of the financial crisis than have the various commissions of inquiry and other government agencies, I have seen nothing to indicate their disagreement with the widespread conclusion that fraud at every level permeated the bubble in mortgage-backed securities. Rather, their position has been to excuse their failure to prosecute high level individuals for fraud in connection with the financial crisis on one or more of three grounds:

First, they have argued that proving fraudulent intent on the part of the high level management of the banks and companies involved has proved difficult. It is undoubtedly true that the ranks of top management were several levels removed from those who were putting together the collateralized debt obligations and other securities offerings that were based on dubious mortgages; and the people generating the mortgages themselves were often at other companies and thus even further removed. And I want to stress again that I have no opinion as to whether any given top executive had knowledge of the dubious nature of the underlying mortgages, let alone fraudulent intent. But what I do find surprising is that the Department of Justice should view the proving of intent as so difficult in this context. Who, for example, were generating the so-called "suspicious activity" reports of mortgage fraud that, as mentioned, increased so hugely in the years leading up to the crisis? Why, the banks themselves. A top level banker, one might argue, confronted with increasing evidence from his own and other banks that mortgage fraud was increasing, might have inquired as to why his bank's mortgage-based securities continued to receive triple-A ratings? And if, despite these and other reports of suspicious activity, the executive failed to make such inquiries, might it be because he did not want to know what such inquiries would reveal?

This, of course, is what is known in the law as "willful blindness" or "conscious disregard." It is a well-established basis on which federal prosecutors have asked juries to infer intent, in cases involving complexities, such as accounting treatments, at least as esoteric as those involved in the events leading up to the financial crisis. And while some federal courts have occasionally expressed qualifications about the use of the willful blindness approach to prove intent, the Supreme Court has consistently approved it. As that Court stated most recently in Global-Tech Appliances, Inc. v. SEB S.A., 131 S.Ct. 2060, 2068 (2011), "The doctrine of willful blindness is well established in criminal law. Many criminal statutes require proof that a defendant acted knowingly or willfully, and courts applying the doctrine of willful blindness hold that defendants cannot escape the reach of these statutes by deliberately shielding themselves from clear evidence of critical facts that are strongly suggested by the circumstances." Thus, the Department's claim that proving intent in the financial crisis context is particularly difficult may strike some as doubtful.

Second, and even weaker, the Department of Justice has sometimes argued that, because the institutions to whom mortgage-backed securities were sold were themselves sophisticated investors, it might be difficult to prove reliance. Thus, in

defending the failure to prosecute high level executives for frauds arising from the sale of mortgage-backed securities, the then head of the Department of Justice's Criminal Division, told PBS that "in a criminal case ... I have to prove not only that you made a false statement but that you intended to commit a crime, and also that the other side of the transaction relied on what you were saying. And frankly, in many of the securitizations and the kinds of transactions we're talking about, in reality you had very sophisticated counterparties on both sides. And so even though one side may have said something was dark blue when really we can say it was sky blue, the other side of the transaction, the other sophisticated party, wasn't relying at all on the description of the color."

Actually, given the fact that these securities were bought and sold at lightning speed, it is by no means obvious that even a sophisticated counterparty would have detected the problems with the arcane, convoluted mortgage-backed derivatives they were being asked to purchase. But there is a more fundamental problem with the above-quoted statement from the former head of the Criminal Division, which is that it totally misstates the law. In actuality, in a criminal fraud case the Government is never required to prove reliance, ever. The reason, of course, is that would give a crooked seller a license to lie whenever he was

dealing with a sophisticated counterparty. The law, however, says that society is harmed when a seller purposely lies about a material fact, even if the immediate purchaser does not rely on that particular fact, because such misrepresentations create problems for the market as a whole. And surely there never was a situation in which the sale of dubious mortgage-backed securities created more of a huge problem for the marketplace, and society as a whole, than in the recent financial crisis.

The third reason the Department has sometimes given for not bringing these prosecutions is that to do so would itself harm the economy. Thus, Attorney General Holder himself told Congress that "it does become difficult for us to prosecute them when we are hit with indications that if we do prosecute - if we do bring a criminal charge - it will have a negative impact on the national economy, perhaps even the world economy." To a federal judge, who takes an oath to apply the law equally to rich and to poor, this excuse -- sometimes labeled the "too big to jail" excuse - is disturbing, frankly, in what it says about the Department's apparent disregard for equality under the law.

In fairness, however, Mr. Holder was referring to the prosecution of financial institutions, rather than their C.E.O.'s. But if we are talking about prosecuting individuals, the excuse becomes entirely irrelevant; for no one that I know of

has ever contended that a big financial institution would collapse if one or more of its high level executives were prosecuted, as opposed to the institution itself.

Without multiplying examples further, my point is that the Department of Justice has never taken the position that all the top executives involved in the events leading up to the financial crisis were innocent, but rather has offered one or another excuse for not criminally prosecuting them — excuses that, on inspection, appear unconvincing. So, you might ask, what's really going on here? I don't claim to have any inside information about the real reasons why no such prosecutions have been brought, but I take the liberty of offering some speculations, for your consideration or amusement as the case may be.

At the outset, however, let me say that I totally discount the argument sometimes made that no such prosecutions have been brought because the top prosecutors were often people who previously represented the financial institutions in question and/or were people who expected to be representing such institutions in the future: the so-called "revolving door." In my experience, every federal prosecutor, at every level, is seeking to make a name for him-or-herself, and the best way to do that is by prosecuting some high level person. While companies that are indicted almost always settle, individual defendants whose

careers are at stake will often go to trial. And if the Government wins such a trial, as it usually does, the prosecutor's reputation is made. My point is that whatever small influence the "revolving door" may have in discouraging certain white-collar prosecutions is more than offset, at least in the case of prosecuting high-level individuals, by the career-making benefits such prosecutions confer on the successful prosecutor.

So, one asks again, why haven't we seen such prosecutions growing out of the financial crisis? I offer, by way of speculation, three influences that I think, along with others, have had the effect of limiting such prosecutions.

First, the prosecutors had other priorities. Some of these were completely understandable. For example, prior to 2001, the FBI had more than 1,000 agents assigned to investigating financial frauds, but after 9/11 many of these agents were shifted to anti-terrorism work. Who can argue with that? Eventually, it is true, new agents were hired for some of the vacated spots in fraud detection; but this is not a form of detection easily learned and recent budget limitations have only exacerbated the problem.

Of course, the FBI is not the primary investigator of fraud in the sale of mortgage-backed securities; that responsibility lies mostly with the S.E.C. But at the very time the financial

crisis was breaking, the S.E.C. was trying to deflect criticism from its failure to detect the Madoff fraud, and this led it to concentrate on other Ponzi-like schemes, which for awhile were, along with accounting frauds, its chief focus. More recently, the S.E.C. has been hard hit by budget limitations, and this has not only made it more difficult to assign the kind of manpower the kinds of frauds we are talking about require, but also has led S.E.C. enforcement to focus on the smaller, easily resolved cases that will beef up their statistics when they go to Congress begging for money.

As for the Department of Justice proper, a decision was made around 2009 to spread the investigation of these financial fraud cases among numerous U.S. Attorney's Offices, many of which had little or no prior experience in investigating and prosecuting sophisticated financial frauds. At the same time, the U.S. Attorney's Office with the greatest expertise in these kinds of cases, the Southern District of New York, was just embarking on its prosecution of insider trading cases arising from the Rajaratnam tapes, which soon proved a gold mine of good cases that absorbed a huge amount of the attention of the securities fraud unit of that office. While I want to stress again that I have no inside information, as a former chief of that unit I would venture to guess that the cases involving the financial

crisis were parceled out to Assistants who also had insider trading cases. Which do you think an Assistant would devote most of her attention to: an insider trading case that was already nearly ready to go to indictment and that might lead to a high-visibility trial, or a financial crisis case that was just getting started, would take years to complete, and had no guarantee of even leading to an indictment? Of course, she would put her energy into the insider trading case, and if she was lucky, it would go to trial, she would win, and she would then take a job with a large law firm. And in the process, the financial fraud case would get lost in the shuffle.

Alternative priorities, in short, is, I submit, one of the reasons the financial fraud cases were not brought, especially cases against high level individuals that would take many years, many investigators, and a great deal of expertise to investigate. But a second, and less salutary, reason for not bringing such cases is the Government's own involvement in the underlying circumstances that led to the financial crisis.

On the one hand, the government, writ large, had a hand in creating the conditions that encouraged the approval of dubious mortgages. It was the government, in the form of Congress, that repealed Glass-Steagall, thus allowing certain banks that had previously viewed mortgages as a source of interest income to

become instead deeply involved in securitizing pools of mortgages in order to obtain the much greater profits available from trading. It was the government, in the form of both the executive and the legislature, that encouraged deregulation, thus weakening the power and oversight not only of the S.E.C. but also of such diverse banking overseers as the O.T.S. and the O.C.C. It was the government, in the form of the Fed, that kept interest rates low in part to encourage mortgages. It was the government, in the form of the executive, that strongly encouraged banks to make loans to low-income persons who might have previously been regarded as too risky to warrant a mortgage. It was the government, in the form of the government-sponsored entities known as Fannie Mae and Freddie Mac, that helped create the fora-time insatiable market for mortgage-backed securities. was the government, pretty much across the board, that acquiesced in the ever greater tendency not to require meaningful documentation as a condition of obtaining a mortgage, often preempting in this regard state regulations designed to assure greater mortgage quality and a borrower's ability to repay.

The result of all this was the mortgages that later became known as "liars' loans." They were increasingly risky; but what did the banks care, since they were making their money from the securitizations; and what did the government care, since they

were helping to boom the economy and helping voters to realize their dream of owning a home.

Moreover, the government was also deeply enmeshed in the aftermath of the financial crisis. It was the government that proposed the shotgun marriages of Bank of America with Merrill Lynch, of J.P. Morgan with Bear Stearns, etc. If, in the process, mistakes were made and liabilities not disclosed, was it not partly the government's fault?

Please do not misunderstand me. I am not alleging that the Government knowingly participated in any of the fraudulent practices alleged by the Financial Inquiry Crisis Commission and others. But what I am suggesting is that the Government was deeply involved, from beginning to end, in helping create the conditions that could lead to such fraud, and that this would give a prudent prosecutor pause in deciding whether to indict a C.E.O. who might, with some justice, claim that he was only doing what he fairly believed the Government wanted him to do.

The final factor I would mention is both the most subtle and the most systemic of the three, and arguably the most important, and it is the shift that has occurred over the past 30 years or more from focusing on prosecuting high-level individuals to focusing on prosecuting companies and other institutions. It is true that prosecutors have brought criminal charges against

companies for well over a hundred years, but, until relatively recently, such prosecutions were the exception, and prosecutions of companies without simultaneous prosecutions of their managerial agents were even rarer. The reasons were obvious.

Companies do not commit crimes; only their agents do. And while a company might get the benefit of some such crimes, prosecuting the company would inevitably punish, directly or indirectly, the many employees and shareholders who were totally innocent.

Moreover, under the law of most U.S. jurisdictions, a company cannot be criminally liable unless at least one managerial agent has committed the crime in question; so why not prosecute the agent who actually committed the crime?

In recent decades, however, prosecutors have been increasingly attracted to prosecuting companies, often even without indicting a single individual. This shift has often been rationalized as part of an attempt to transform "corporate cultures," so as to prevent future such crimes; and, as a result, it has taken the form of "deferred prosecution agreements" or even "non-prosecution agreements," in which the company, under threat of criminal prosecution, agrees to take various prophylactic measures to prevent future wrongdoing. But in practice, I suggest, it has led to some lax and dubious behavior on the part of prosecutors, with deleterious results.

If you are a prosecutor attempting to discover the individuals responsible for an apparent financial fraud, you go about your business in much the same way you go after mobsters or drug kingpins: you start at the bottom and, over many months or years, slowly work your way up. Specifically, you start by "flipping" some lower level participant in the fraud whom you can show was directly responsible for making one or more false material misrepresentations but who is willing to cooperate in order to reduce his sentence, and — aided by the substantial prison penalties now available in white collar cases — you go up the ladder. For a detailed example of how this works, I recommend Kurt Eichenwald's well-known book The Informant, which describes how FBI agents, over a period of three years, uncovered the huge price-fixing conspiracy involving high-level executives at Archer Daniels, all of whom were successfully prosecuted.

But if your priority is prosecuting the company, a different scenario takes place. Early in the investigation, you invite in counsel to the company and explain to him or her why you suspect fraud. He or she responds by assuring you that the company wants to cooperate and do the right thing, and to that end the company has hired a former Assistant U.S. Attorney, now a partner at a respected law firm, to do an internal investigation. The company's counsel asks you to defer your investigation until the

company's own internal investigation is completed, on the condition that the company will share its results with you. In order to save time and resources, you agree. Six months later the company's counsel returns, with a detailed report showing that mistakes were made but that the company is now intent on correcting them. You and the company then agree that the company will enter into a deferred prosecution agreement that couples some immediate fines with the imposition of expensive but internal prophylactic measures. For all practical purposes the case is now over. You are happy because you believe that you have helped prevent future crimes; the company is happy because it has avoided a devastating indictment; and perhaps the happiest of all are the executives, or former executives, who actually committed the underlying misconduct, for they are left untouched.

I suggest that this is not the best way to proceed.

Although it is supposedly justified in terms of preventing future crimes, I suggest that the future deterrent value of successfully prosecuting individuals far outweighs the prophylactic benefits of imposing internal compliance measures that are often little more than window-dressing. Just going after the company is also both technically and morally suspect. It is technically suspect because, under the law, you should not indict or threaten to indict a company unless you can prove beyond a reasonable doubt

that some managerial agent of the company committed the alleged crime; and if you can prove that, why not indict the manager?

And from a moral standpoint, punishing a company and its many innocent employees and shareholders for the crimes committed by some unprosecuted individuals seems contrary to elementary notions of moral responsibility.

These criticisms take on special relevance, however, in the instance of investigations growing out of the financial crisis, because, as noted, the Department of Justice's position, until at least very, very recently, is that going after the suspect institutions poses too great a risk to the nation's economic recovery. So you don't go after the companies, at least not criminally, because they are too big to jail; and you don't go after the individuals, because that would involve the kind of years-long investigations that you no longer have the experience or the resources to pursue.

In conclusion, I want to stress again that I have no idea whether the financial crisis that is still causing so many of us so much pain and despondency was the product, in whole or in part, of fraudulent misconduct. But if it was -- as various governmental authorities have asserted it was -- then, the failure of the government to bring to justice those responsible for such colossal fraud bespeaks weaknesses in our prosecutorial

system that need to be addressed.