

## LA JUSTICE NEGOCIÉE AMÉRICAINE, UN NOUVEL ENJEU ÉCONOMIQUE ET STRATÉGIQUE

Synthèse des débats du 19 décembre 2013

### Première table ronde : L'accord transactionnel, un instrument efficace de justice économique ?

#### *I / NPA, DPA, Plaider coupable ou procès ?*

L'utilisation croissante par les autorités américaines de leurs pouvoirs de transaction, notamment grâce à des instruments juridiques comme le *Deferred Prosecution Agreement* (DPA) ou le *Non-Prosecution Agreement* (NPA), constitue aujourd'hui une tendance lourde des affaires économiques internationales. Cette forme de justice négociée s'organise en effet comme un véritable dispositif, acquérant au fil des ans ses acteurs, ses pratiques, et sa cohérence propres.

Dès le moindre doute d'irrégularités financières au sein d'une société américaine ou étrangère, en matière de sanctions internationales, de corruption, ou d'évasion fiscale par exemple, cette dernière est invitée à coopérer avec l'autorité compétente, qui peut être selon les cas l'*Office of Foreign Asset Control* (OFAC), la *Securities and Exchange Commission* (SEC), le *Department of Justice* (DOJ), ou un ou plusieurs procureurs fédéraux ou *District Attorney(s)* (DA). Une entreprise peut toujours, en théorie, décliner cette offre, mais elle le fait à ses risques et périls, restant alors sous la menace de la mise en examen (*indictment*), du procès devant un jury populaire (*trial*) et de mesures provisoires aux conséquences potentiellement dévastatrices, comme le retrait de la licence bancaire par exemple. Peu étudiés en tant que tels, ces *deals* de justice bien particuliers sont pour l'instant en France, et plus largement en Europe, dans un angle mort de l'analyse juridique, qui ne permet pas encore d'en appréhender le fonctionnement et les conséquences.

En cas de différend de nature juridique, un justiciable dispose traditionnellement de moyens de recours qui aboutissent à une audience où le juge aura pour devoir de trancher. Mais si on revenait sur ce fonctionnement ? Si on exigeait des parties suspectées qu'elles mènent leurs propres enquêtes internes, dénoncent leurs propres manquements, négocient les sanctions auxquelles elles seront soumises, et

prennent l'engagement de mettre en place des procédures de contrôle interne très strictes, en échange de l'absence de tout procès ? C'est en cela que consistent, à peu de choses près, ces nouveaux accords transactionnels. Certes, à première vue, cette nouvelle pratique semble très efficace, tout en permettant de ne pas engorger un système judiciaire déjà saturé, mais s'agit-il toujours, alors, de rendre justice ? Ou tout simplement de passer un *deal* ?

Les différents systèmes judiciaires à travers le monde ont été élaborés d'une part dans le cadre de frontières bien établies au sein desquelles le délit doit avoir eu lieu, et d'autre part de façon à pouvoir faire surgir la vérité. Depuis le début du XXe siècle aux États-Unis, face à la complexité exponentielle des marchés financiers et à la dilution des frontières, le juge ne joue à présent qu'un rôle mineur et les procès se font de plus en plus rares. Ce changement s'explique notamment par le manque de ressources du gouvernement américain, qui dispose de moins en moins de fonds, et par son incapacité juridique à mener des enquêtes à l'extérieur de ses frontières, là où peuvent intervenir des comportements qu'il considère comme contraire à ses règles ou à ses intérêts. Le gouvernement US a donc préféré transférer aux sociétés suspectées elles-mêmes, la charge des investigations en matière de fraude financière, de corruption, de commerce illicite, etc., et cela à leurs propres frais. Trois types d'instruments de procédures vont résulter de ces enquêtes. Il peut s'agir d'un *guilty plea*, soit l'équivalent d'un plaider coupable, d'un *DPA*, soit un accord transactionnel soumis à un contrôle judiciaire minimal, ou encore d'un *NPA*, soit un accord transactionnel complètement extrajudiciaire, chacun de ces *deals* présentant des caractéristiques propres.

Le *guilty plea* n'est pas en soi un nouveau mécanisme, mais il reste à la base un accord entre deux parties. En effet, il résulte d'un dépôt de plainte officielle retenue par un procureur. En échange d'une reconnaissance de culpabilité, il est possible de proposer au prévenu une peine inférieure à celle normalement encourue, et cela au terme d'une procédure allégée. La différence marquante entre le *guilty plea* et les autres mécanismes reste le contrôle judiciaire.

Dans le cadre d'un *NPA* ou d'un *DPA*, la société visée passe un *deal* directement avec l'autorité administrative et/ou judiciaire qui la met en cause. Elle s'engage à faire réaliser une enquête interne approfondie dans le but de déceler une fraude, et d'y remédier par le biais de mesures correctives tout en s'engageant à ne plus agir de la sorte. La distinction entre ces deux dispositifs se trouve au stade du déclenchement de l'action publique. S'il y a dépôt de plainte officielle contre une société au sein d'une institution juridique appropriée, seul un *DPA* peut venir rectifier la situation. S'il y a respect des termes de l'accord, aucune poursuite ne sera entamée contre la société fautive. Par ailleurs, le contrôle judiciaire demeure minimal: le juge doit simplement s'assurer que le *deal* est juste, raisonnable et adéquat selon des critères vagues. Ainsi, la société s'exonère des accusations sans

avoir à passer par une procédure judiciaire à proprement parler. S'il n'y a pas de dépôt de plainte officielle mais que les autorités agissent sur la base d'un soupçon, l'affaire peut se régler par le biais d'un *NPA*, soit un accord complètement extrajudiciaire ne faisant l'objet d'aucun contrôle.

Étant donné la relative simplicité de ces trois démarches, il n'est pas étonnant que près de 97% des dossiers criminels américains (irrégularités financières incluses) se règlent par leur biais. Ce succès incontestable est cependant source de plusieurs interrogations, notamment liées à la compétence extraterritoriale étendue des États-Unis vis à vis d'entités étrangères.

## II / L'extraterritorialité du droit américain

Ce n'est qu'après les événements du 11 septembre que les États-Unis ont réellement commencé à porter davantage attention aux sociétés étrangères, de telle sorte que le champ d'application des règles des autorités américaines n'a pas cessé de s'étendre. La loi américaine est applicable dès lors qu'une opération produit des effets sur le territoire des États-Unis (*effects test*) ou lorsque des manœuvres ont été effectuées sur le territoire américain (*conduct test*). En matière financière cette extension de compétence se voit concrétisée dans le *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*, qui confirme que même lorsque l'infraction financière a été conclue en dehors des États-Unis, les autorités américaines doivent y remédier (si cette dernière est capable d'avoir un effet significatif aux États-Unis). Ainsi pour sanctionner les manquements présumés de sociétés parfois gigantesques, le gouvernement américain se tourne vers ces *deals*. Elle le fait également avec des sociétés nationales, mais la tendance est plus marquée encore vis à vis de sociétés internationales et de leurs dirigeants, qu'il serait plus difficile de contrôler par des moyens judiciaires plus classiques. La question demeure néanmoins de savoir si ces accords représentent réellement une forme de justice. Les amendes, par exemples, sont-elles de véritables sanctions, ou plutôt une contribution financière au bon fonctionnement du système, en contrepartie de laquelle les autorités judiciaires et de régulation acceptent de se dispenser d'un procès en bonne et due forme ? Notons toutefois qu'une nouvelle tendance jurisprudentielle se dégage aux États-Unis, favorisant un rôle plus actif du juge dans l'élaboration des *DPA*, une évolution qui pourrait réintroduire davantage de sécurité juridique dans ces procédures qui peuvent dans certains cas sembler contestables.

## III / Qui défend l'intérêt général ?

À l'origine de ce tournant jurisprudentiel se trouve un jugement de mars 2012. En effet, dans l'affaire *Citigroup* [US cour of Appeal, 2<sup>nd</sup> Circuit, 15 mars 2012, S.E.C. v.

Citigroup Global Markets inc. 673 F. 3d 158.], un juge fédéral a refusé de se contenter d'un rôle purement formel de *rubber stamp judge* et affirmé son obligation d'exercer un contrôle sur l'accord trouvé entre la banque et le régulateur boursier en se fondant sur trois arguments: le refus d'instrumentalisation de la justice, une exigence de vérité et la mission de protection des « intérêts du public » dévolue à la justice.

Le juge stipule tout d'abord que le recours à l'autorité publique pour homologuer un DPA signifie qu'on demande au juge d'y associer son autorité, en tant que représentant de l'intérêt public. Il explique ensuite que s'il a la charge de confirmer si une transaction est juste, raisonnable et adéquate, il doit avoir accès aux faits qui ont motivé la sanction pour pouvoir le vérifier. Si aucune constatation ou reconnaissance des faits n'est établie (*neither admit nor deny*), comment le pourrait-il ? À travers son argumentation, le juge soulève donc la question du fonctionnement et des motivations des agences fédérales – sont-elles bien placées pour estimer si une transaction protège l'intérêt général ? En effet, comme il l'explique, les parties recherchent avant tout un compromis à leur avantage, et ce faisant, la sanction pécuniaire négociée peut s'apparenter à un coût relatif à la conduite des affaires (*cost of doing business*). Or une primauté devrait toujours être accordée à l'intérêt public comme critère essentiel de tout accord, et c'est précisément le rôle du juge que d'en assurer la protection.

Malgré la complexité de la notion d'intérêt public, son introduction dans les critères d'élaboration d'un DPA permettrait donc de consolider ce dernier en tant que véritable instrument juridique, et d'en améliorer la pratique. Plus encore, elle permettrait à l'ensemble des *deals* d'évoluer et se faire valoir comme instruments efficaces de justice économique. Pour autant, le débat entourant les accords transactionnels ne serait pas clos, car plusieurs de leurs effets directs et indirects restent à analyser. À titre indicatif, si une enquête de nature financière est enclenchée aux États-Unis contre une société française, le système poussera mécaniquement à une transaction. Mais comment s'organisent les parties, et plus particulièrement la partie défenderesse, pour obtenir une reconnaissance de cet accord en France et plus largement en Europe ? Comment s'organisent la France et l'Europe face à la justice négociée ? Comment appliquer la règle *non bis in idem* au niveau international ? Nous sommes face à un vide des plus problématiques.

## Deuxième table ronde : La France et l'Europe à l'épreuve de la justice négociée

### I / De nouveaux risques pour l'entreprise

Dans le contexte de la mondialisation, tous les acteurs globaux sont potentiellement impliqués dans le type d'affaires de délinquance économique et financière dont il est question aujourd'hui. Dans beaucoup d'autres pays que les États-Unis ou l'Europe, comme la Chine, nous sommes en présence de lois similaires. L'enjeu est donc de trouver des règles uniformes au niveau mondial. Au vu des sommes considérables engagées dans le cadre des accords transactionnels, la première leçon pour les grandes entreprises est qu'elles doivent s'adapter, le plus vite possible. Les entreprises étrangères aux États-Unis ne sont pas les seules concernées, et nombre d'entreprises américaines ont également eu à verser des sommes importantes, comme en témoigne l'accord récemment annoncé par JP Morgan (17 milliards de dollars).

Ce qu'il faut bien voir, c'est que le processus du DPA est enclenché, en réalité, dès lors que l'entreprise a sous-estimé, ou mal évalué, un risque de corruption ou de fraude. Il s'agit donc pour elle, en premier lieu, d'apprendre à contrôler les risques très en amont, de telle sorte qu'on n'en arrive jamais au stade du *whistleblowing*, de la dénonciation par un tiers ou de l'auto-dénonciation : il est nécessaire de bien déterminer les lignes rouges, en termes commerciaux notamment, car la corruption peut prendre des formes toujours plus sophistiquées. Cette ligne rouge se déplace, il ne faut jamais même la tutoyer, et peut être préférable de lâcher entièrement un marché s'il devient trop risqué. Les entreprises doivent également prêter la plus grande attention à leurs partenaires, car elles peuvent être prises dans des affaires malgré elles. D'autre part, il faut avoir les informations en temps réel, être sûr que les salariés de l'entreprise communiquent. Avec une information de qualité il est toujours possible de mettre en place les mesures de contrôle et de prévention nécessaires. D'autant qu'en France, on peut établir un dialogue rationnel avec les régulateurs. Aux États-Unis c'est impossible, le régulateur détient toute l'autorité.

La procédure du DPA peut être difficile à appréhender vue de France : les sociétés sont en effet placées entre les mains des procureurs et des autorités administratives, qui règlent à la fois la durée et l'issue de la procédure, mais aussi le périmètre de l'enquête. Le juge judiciaire n'intervient que très peu, même s'il peut théoriquement refuser d'approuver l'accord. En France, un tel dispositif serait

vraisemblablement jugé non conforme à la constitution au motif que les mesures prises par le procureur seraient assimilables à des sanctions pénales qui ne peuvent être décidées que par des juges. C'est en prenant en compte ces garanties que le Royaume-Uni ont adopté un projet de DPA qui accorderait une place centrale au juge, chargé de veiller à faire respecter des conditions équitables et proportionnées. Même avec cette garantie supplémentaire, pourtant, il faut souligner combien ce système restreint la possibilité pour les sociétés de se défendre.

Afin de prévenir les risques de récidive, le DPA suppose la mise en place par l'entreprise de mesures dites de *compliance*, qu'un moniteur sera chargé de faire appliquer. Aujourd'hui ces programmes de *compliance* sont décisifs pour les entreprises étrangères ayant une activité aux États-Unis dans la mesure où elles répondent à des critères déterminés par les autorités américaines visant une concurrence « pure et parfaite », facteur de prospérité. Bien qu'il ne s'agisse pas d'une obligation légale, le respect de ces normes peut permettre à une entreprise de voir sa responsabilité atténuée comme en témoigne l'affaire *Morgan Stanley*, où le procureur a choisi de ne pas poursuivre cette dernière au vu des qualités du programme de *compliance* qu'elle avait finalement mis en place.

Il demeure pourtant un conflit entre la culture américaine de la *compliance*, qui encourage par exemple la dénonciation de pratiques illicites au sein de l'entreprise, notamment dans la perspective d'éventuelles poursuites où cette dénonciation pourrait valoir atténuation de la responsabilité, et le système inquisitoire français, qui considère l'aveu comme un moyen de preuve privilégié, donc susceptible de jouer contre celui qui le prononce, quoi qu'il arrive. Cette contradiction reste à résoudre si on voulait un jour élaborer une forme de DPA à la française.

## II / Peut-on parler de guerre économique ?

Les sanctions infligées à des entreprises étrangères ces derniers temps sont certes particulièrement visibles. Mais il demeure important de souligner que l'impératif de lutte contre la corruption, tel qu'il est codifié par le FCPA par exemple, est loin d'être une particularité américaine. Il existe dans ce domaine des conventions multilatérales, qui ont été fortement soutenues par la France, ou encore par l'Angleterre ; et il y a également des enquêtes qui mettent à mal les entreprises américaines. S'il semble y en avoir moins, c'est peut-être dû également au fait que les entreprises américaines vivent avec le FCPA depuis 40 ans, elles ont donc eu le temps de s'y conformer. Les entreprises françaises, quant à elles, sont en retard dans ce domaine : la plupart de leurs programmes de *compliance* ne sont pas encore à niveau, et les risques sont encore trop mal évalués.

Reste que le système qui se met en place frappe à la fois par son efficacité, et par l'asymétrie dans le rapport de force : le dispositif qui va de l'enquête administrative jusqu'à la signature d'un DPA repose en effet sur la menace, redoutable, du procès pénal, mais aussi sur le poids considérable de l'économie et des marchés américains. À elles seules, les mesures provisoires qui pourraient être prises en cas de poursuite sont totalement dissuasives. Par ailleurs, si les autorités américaines perdent, elles ne perdent aucun actif, contrairement aux entreprises.

Ce poids des autorités américaines est tout à fait évident dans le cas iranien : en Europe il y a des embargos mais il n'y a pas de répression, contrairement aux États-Unis. Et aujourd'hui, alors que l'on espère un relâchement des sanctions, les établissements bancaires seront réticents à la coopération économique avec l'Iran tant que l'OFAC n'aura pas pris de position officielle à ce sujet. L'OFAC, *in fine*, reste le juge de paix dans ce domaine. On se retrouve alors dans une situation où la seule perspective qu'il y aurait c'est une diplomatie entre d'une part le trésor américain et l'OFAC, qui en est un démembrement, et d'autre part le trésor français et ses homologues européens qui donnerait lieu par exemple à l'élaboration d'une licence générale commune aux deux entités. Cela permettrait de sortir de cette contradiction où d'un côté la coopération économique est encouragée, et de l'autre les banquiers freinent parce qu'ils redoutent l'extraterritorialité américaine.

Par ailleurs, il est évident que la France souffre de son image en matière de corruption. Ce que différents rapports mettent en évidence ce ne sont pas des faits particuliers, mais plutôt la faiblesse de son dispositif de répression, et le peu d'enquêtes et de poursuites qui débouchent effectivement sur des sanctions. Un renforcement de ce dispositif permettrait à la France de retrouver davantage de crédibilité dans ce domaine, y compris pour faire valoir des réserves parfois légitimes. En matière de droits de la défense, il faut en effet souligner combien il serait paradoxal d'avoir tant bataillé pour les garanties du procès au plan européen, pour délaissier ensuite la jurisprudence de la CEDH au profit de systèmes moins protecteurs. Avant d'importer des instruments américains il serait donc préférable de penser à une adaptation des nôtres : la difficulté étant qu'à ce jour, une seule société a été condamnée (SAFRAN), il y a un an, à 500 000 euros d'amende après huit ans de procédure, pour un contrat de plus de 100 millions d'euros. En d'autres termes, la justice sans la force n'a pas beaucoup d'arguments. Et le droit français perd du terrain au sein même des entreprises, au profit du droit anglais ou américain, dès lors qu'il n'est plus assez efficace *de facto*.

### III / Les lois de blocage

La réalisation d'enquêtes internes au périmètre très large, dont le résultat est transmis aux autorités américaines, tout comme la nomination d'un moniteur veillant

au respect du programme de *compliance* d'une entreprise peut entrer en contradiction avec la loi du 16 juillet 1980, dite loi de blocage qui interdit la communication à toute autorité publique étrangère de documents ou renseignements susceptibles de porter atteinte aux intérêts économiques français. Mais quelle est aujourd'hui la portée réelle de cette loi ? D'une part, dans le cadre d'une demande officielle, le traité franco-américain d'entraide judiciaire du 10 décembre 1998 permet au procureur américain d'obtenir les informations voulues. Surtout, le fait qu'elle soit si peu appliquée a conduit la plupart des juges américains jusqu'ici à considérer que ce n'était pas une loi opérante. Faudrait-il pour autant envisager de la supprimer ? Ce serait assez paradoxal au moment où les questions de secret des affaires, de réciprocité dans les règles du commerce international, ou encore de protection des données personnelles se posent avec une acuité nouvelle – pas seulement au plan transatlantique d'ailleurs, mais également au Brésil, en Inde, ou encore en Chine. La France compte parmi la vingtaine de pays qui disposent aujourd'hui de lois de blocage, et celles-ci peuvent parfois se montrer efficaces pour la protection des entreprises. D'autre part, la loi de blocage a permis, lorsque les entreprises sont prises dans des affaires FCPA, de faire nommer des moniteurs français et de passer par l'intermédiaire du Service central de prévention de la corruption pour la transmission des informations sensibles.

#### IV / Quelles recommandations ?

Le procès que l'on fait à la justice américaine est un procès en trop grande efficacité. Au contraire, en France, on reproche à notre dispositif de lutte contre la délinquance économique et financière une trop grande inefficacité. Or la possibilité de transiger joue un rôle fondamental dans le système judiciaire américain (y compris en dehors du champ économique). S'il y avait des procès pour toutes les affaires, le système exploserait. En France, il est beaucoup reproché à la justice de ne pas comprendre le milieu économique, et de ne pas être pas en mesure d'instruire les affaires les plus complexes. Défendre une place plus importante du juge dans ces affaires, aux États-Unis, ou au contraire favoriser le règlement de dossiers par la transaction, sous contrôle judiciaire, en France permettrait-il de rapprocher davantage les deux systèmes ?

Face à la justice transactionnelle, aux "Deals de Justice", deux solutions s'offrent à la France: une première consisterait à se recroqueviller grâce notamment à la loi de blocage conçue comme un bouclier, mais une telle stratégie a peu de chances d'aboutir. Les entreprises d'ailleurs n'y souscriraient sans doute pas dans la mesure où elles ont bien compris qu'elles devaient coopérer avec la justice américaine. La seconde solution consiste à combler le manque d'efficacité en renforçant notre arsenal juridique, en matière notamment de délinquance financière et de lutte contre la corruption (avec pour conséquence l'augmentation des poursuites). Il faut



convaincre les autorités étrangères, en particulier américaines, que nous sommes capables de lutter contre la corruption. Pourquoi ne pas créer par exemple une obligation de conformité alignée sur les standards internationaux, qui permettrait aux entreprises d'harmoniser leurs politiques de *compliance* ? Cette obligation s'alignerait toujours sur les normes les plus strictes (comme le fait la Banque mondiale). Les entreprises françaises pourraient alors cesser de passer toujours pour les dernières de la classe.

Enfin, il pourrait être opportun de réfléchir à la création d'un fonds mondial de lutte contre la corruption, que les sanctions financières imposées aux entreprises viendraient abonder, afin de s'assurer que ces sommes puissent, en partie au moins, revenir aux victimes plutôt que d'être réinjectées dans les pays les plus développés grâce à leurs agents régulateurs.