

dernières. Il nous appartient désormais de définir une culture française autonome de la *compliance*, sans nécessairement ajouter en réglementations, mais en clarifiant et en renforçant l'existant. Le risque, en effet, est de « promouvoir une politique anti-corruption réduite à une créature autonome qui tourne à vide, ne se nourrissant plus que d'elle-même, produisant toujours plus de procédures et de pratiques mais sans apporter la cohérence, l'explication et la prévisibilité propres à la règles de droit » (A. Mignon Colombet). Il apparaît dès lors indispensable, non seulement de développer en France une culture de l'anti-corruption qui tienne compte du système judiciaire²⁴ et des pratiques des entreprises, mais également de développer au sein de l'entreprise une culture de l'anti-corruption qui intègre la culture et l'identité de l'entreprise. Plus qu'une

contrainte, il s'agit d'une opportunité pour les entreprises françaises de préserver leurs actifs par la diminution du facteur risque pénal et, dès lors, de gagner en compétitivité. Il s'agit également, au niveau macroéconomique, de mieux protéger les entreprises françaises en s'assurant que celles-ci ne seront pas soumises à des juridictions étrangères et exposées à des sanctions lourdes de conséquences financières et réputationnelles. La réglementation de la *compliance* et l'engagement des entreprises françaises dans une telle dynamique constituent à cet égard un formidable levier d'accroissement de l'attractivité et de la compétitivité de notre droit.

JUSTICE TRANSACTIONNELLE ET LUTTE CONTRE LA CORRUPTION : À LA RECHERCHE D'UN MODÈLE

par Sarah Albertin

Chargée de mission Institut des Hautes Études sur la Justice

Ces dernières années, les entreprises françaises ont dû s'acquitter de différentes sanctions représentant près d'1,6 milliards¹ de dollars auprès du *Department of Justice* (DOJ) américain suite aux procédures transactionnelles – *Non-prosecution agreement* (NPA) ou *Deferred prosecution agreement* (DPA) – prévues par la loi anti-corruption américaine, le FCPA².

Fin mai 2015, c'est à l'intouchable organisation mondiale de football que les Américains ont osé s'attaquer en annonçant un acte de quarante-sept chefs d'accusation, mettant en cause quatorze personnes de la FIFA pour racket, fraude électronique et blanchiment d'argent, dénonçant ainsi vingt-quatre années de corruption au cœur du football international³.

Le constat est sans appel : seuls les États-Unis, à l'heure actuelle, sont capables de réprimer la corruption. C'est tout naturellement qu'ils prétendent, grâce à deux outils juridico judiciaires imparables – l'extraterritorialité de leur loi d'une part et la coopération d'autre part – à se poser en instance moralisatrice du monde, tout en servant leurs intérêts politiques, économiques et géostratégiques. Cette ambivalence emporte des réactions passionnées de la part des observateurs et des autres pays, notamment européens. Pour certains, les États-Unis s'attaquent efficacement à la corruption internationale ; pour d'autres, ce n'est qu'un moyen d'imposer leur hégémonie, de se placer en gendarmes du monde et de réapprovisionner les caisses de l'État. Il y a du vrai dans chacune de ces interprétations.

Cependant, le plus important est d'avancer dans la réflexion et d'adopter une position offensive, non pas contre les États-Unis, mais contre la corruption qui constitue le vrai sujet de la lutte. Il s'agit donc de dépolitiser – au moins dans un premier temps – la question et de partir de la réalité : a-t-on les ressources suffisantes et les moyens techniques pour lutter contre la corruption à l'échelle mondiale ? Les États-Unis nous empêchent-ils de venir lutter à leurs côtés ou à leur place ? Comment rétablir la confiance de notre système judiciaire vis-à-vis des autres pays et passer de l'indépendance nationale à l'interdépendance mondiale ?

Le marché de la lutte contre la corruption est suffisamment développé pour que chacun ait sa place ; il nous suffit d'avoir les produits pour y rentrer et agir. En deux mots, il s'agit d'oser et d'être créatif. Finalement, d'être un bon juriste et de se convaincre que l'on possède l'essentiel des outils intellectuels, procéduraux ainsi que les

compétences professionnelles pour concevoir une position offensive et crédible de lutte contre la corruption, adaptée aux nouvelles formes modernes et mondialisées de ce type d'infraction.

Loin de prétendre apporter une réponse facile à un problème complexe, l'aspiration est ici de proposer des éléments de réflexion pour tenter de comprendre, intégrer (au sens de saisir la pensée) les « deals de justice » américains et faire évoluer notre modèle français de lutte contre la corruption.

■ Prémises culturelles et questions d'échelle

La force du modèle américain est de ne pas considérer la justice comme une institution, conception qui prend racine dans l'histoire de la construction de cet État. Aux États-Unis, la justice est une émanation naturelle de la démocratie et constitue LE lieu privilégié pour l'exercer. Elle ne trône donc pas seule, fermée de tous et impénétrable ; au contraire, elle fait partie intégrante de la vie démocratique et reste interdépendante des autres constituants démocratiques. De même, chaque instance ou acteur de la justice se considère comme un sujet qui interagit avec un autre sujet.

À la différence, la justice française tire son respect et son efficacité de sa posture institutionnelle et sacrée. Elle représente une sorte de temple qui, au

(1) Alstom (déc. 2014), 772 millions US ; Total SA (mai 2013), 398 millions US ; Technip (et associés au sein de joint-ventures) (juin 2010), 338 millions US ; Alcatel-Lucent (déc. 2010), 92 millions US.

(2) *Foreign Corrupt Practices Act*, entré en vigueur le 19 déc. 1977, modifié par l'*International Anti-Bribery Act* en 1988.

(3) <http://www.fcpablog.com/blog/2015/5/27/feds-bust-fifa-for-racketeering-and-corruption-fourteen-arre.html>

contraire, se doit d'être imperméable et se défend de toute interaction qu'elle considère comme une atteinte à son indépendance.

Ces prémisses – et sans doute raccourcis – culturels sont utiles pour comprendre la réussite des « deals de justice » américains dans la lutte contre la corruption et le pourquoi des difficultés d'y répondre ou de les adapter dans notre système judiciaire français. Ces différences ne constituent pas des obstacles insurmontables. Cependant, comprendre la culture judiciaire américaine puis notre propre culture, et le fait « que les forces motrices du droit sont enfouies au plus profond de son essence intime »⁴ aideront à l'élaboration d'une stratégie pour la France.

Il ne faut également pas perdre de vue la dimension internationale et mondialisée dans laquelle s'inscrit désormais la corruption. La globalisation rend cette dernière plus aisée et plus dangereuse du fait des vides juridiques et de l'enchevêtrement des normes qui rendent difficile sa détermination. Elle change également les équilibres privés/publics pour « découpler la puissance des entités non étatiques comme les entreprises, les banques ou les organisations criminelles, en même temps qu'affaiblir les États »⁵. C'est donc une réponse adaptée à cette nouvelle réalité qu'il a fallu repenser.

Finalement, les « deals de justice » américains pour lutter contre la corruption internationale sont l'adaptation à l'échelle de la mondialisation de leurs propres dispositifs issus de leur culture. C'est cette adéquation d'échelle qui les rendent si cohérents et si performants. La procédure américaine offre des possibilités extraordinaires aux parties tout en étant extrêmement exigeantes avec elles. Or, dans un monde où les acteurs privés sont devenus parfois aussi puissants que des États, cet atout n'est pas négligeable. Pour les Américains, le contentieux est un combat et la vérité n'est que le fruit de cette confrontation entre deux positions.⁶ Cette idée du combat amène les autorités américaines à réfléchir aux outils juridiques et à la procédure en termes d'armes. Dans le contexte – qui s'impose à eux comme à nous – de la globalisation des échanges et du marché mondialisé, quelles sont les armes juridiques adaptées ? Face à l'ébranlement des trois piliers sur lesquels reposait la gouvernabilité traditionnelle, à savoir la souveraineté de l'État, l'autorité du droit et le territoire sur lequel elles s'exerçaient, les autorités américaines ont donc cherché à renouveler leur arsenal pour « remédier au

décalage créé par la mondialisation entre un marché déterritorialisé et des États régulateurs qui ne le sont pas »⁷. À partir de l'observation de l'adversaire, l'entreprise corrompue transnationale agissant dans un marché puissant mondialisé, les États-Unis ont adopté une stratégie qui s'appuie directement sur l'objet de la confrontation et qui utilise le même langage.

■ Comprendre les « deals de justice » américains

Les NPA et DPA, plus que de simples outils techniques, constituent un nouveau mode de régulation économique.

Le principe de ces accords transactionnels entre le DOJ et les entreprises concernées est simple. Comme le résume très bien M^e Astrid Mignon Colombet, il s'agit « d'une forme inédite et rapide de justice négociée avec les autorités américaines [...]. En dehors de tout cadre légal spécifique [...] et en l'absence de contrôle réel du juge judiciaire, les procureurs signent ces transactions avec des entreprises qui acceptent de s'acquitter de sanctions financières importantes, de reconnaître des éléments de faits souvent complexes et de se soumettre à des mesures de prévention sans bénéficier des garanties normalement applicables dans le système français »⁸. C'est donc en invitant vigoureusement (pour ne pas dire en contraignant) les entreprises à sortir du droit (matériel et procédural) que les autorités américaines font justice.

En choisissant de se soumettre à ce mode opératoire, les entreprises réagissent en réalité à deux types de pressions exercées par le régulateur américain, qui a fait des faiblesses du système judiciaire une force : si les entreprises concernées choisissent la voie classique du procès, des sanctions plus lourdes pourraient leur être appliquées, allant jusqu'à l'exclusion du marché américain. De plus, un procès est toujours long, coûteux, incertain et préjudiciable à l'image de l'entreprise. Partant du constat que la justice traditionnelle est inadaptée aux affaires de délinquance économique transnationale, le régulateur américain démontre à l'entreprise qu'elle n'a pas d'autre choix que de coopérer.

Cependant, cette coopération forcée n'est pas exempte de critiques, y compris de l'autre côté même de l'Atlantique. D'abord, les NPA/DPA révèlent une conception purement économique de la corruption que l'on peut juger partielle et incomplète. Ainsi, l'intérêt de la poursuite et de la sanction est exclusivement conçu sur le plan du business. L'outil répond non pas à l'aspect immoral de la corruption, mais à son inefficience économique et sa dangerosité pour les affaires⁹. Mais est-ce véritablement suffisant ?

En outre, de plus en plus de personnalités américaines¹⁰ reprochent au système de se concentrer exclusivement sur la mauvaise conduite de la personne morale et de trop ignorer les personnes physiques responsables des actes de corruption. Dix ans d'accords transactionnels en la matière permettent de constater que les procureurs ne font que tenter de réhabiliter l'entreprise en l'aidant à mettre en place des mécanismes de détection et de prévention de la corruption parmi ses employés et, plus largement, en vue de favoriser une culture de l'éthique et l'intégrité à l'intérieur de l'entreprise. Cependant ce but n'est que rarement atteint dans la mesure où les « deals de justice » « gomment » celui qui était personnellement responsable de la mauvaise conduite de l'entreprise¹¹. Comment dans ce cas parvenir à réaliser une réforme structurelle ou éthique significative au sein de l'entreprise ? Face à constat, le DOJ encourage désormais à réunir et à sécuriser au

De plus en plus de personnalités américaines 10 reprochent au système de se concentrer exclusivement sur la mauvaise conduite de la personne morale et de trop ignorer les personnes physiques responsables des actes de corruption.

(4) A. Garapon, D. Schimmel, S. Balme, L. Bin, J.-L. Langlois, *Cultures judiciaires comparées, France, Chine, États-Unis*, Ebook, Le procès civil en version originale.

(5) *Idem*.

(6) *Idem*.

(7) *Deals de justice – le marché de l'obéissance mondialisée*, ss. Dir. A. Garapon et P. Servan-Schreiber, PUF, 2013.

(8) *Deals de justice – le marché de l'obéissance mondialisée*, préc.

(9) A. Garapon, La peur de l'impuissance démocratique, *Revue Esprit*, févr. 2014.

(10) Des juges comme le juge Jed S. Rakoff, Senior Judge of the United States District Court for the Southern District of New York, des Procureurs comme Marshall L. Miller, Principal Deputy Assistant Attorney General for the Criminal Division ; des chercheurs comme Bandon L. Garrett, auteur de *Too big to jail : how prosecutors compromise with corporation*, Belknap Press/Harvard University Press.

(11) Justice Deferred is Justice Denied, Jed S. Rakoff, about Bandon L. Garrett, auteur de *Too big to jail : how prosecutors compromise with corporation*, Belknap Press/Harvard University Press.

cours de la procédure transactionnelle des éléments relatifs à la responsabilité personnelle des employés ou dirigeants de l'entreprise qui auraient participé aux faits de corruption¹².

On le voit, chaque système a ses questions et les États-Unis ne sont pas dispensés de remises en cause, de critiques, d'adaptation et d'évolution de leurs réponses à la corruption transnationale.

Ainsi, plutôt que d'adopter une posture anti-américaine primaire, l'heure ne serait-elle pas venue pour la France de s'inspirer de la pratique et du retour d'expérience américain pour construire à son tour un outil efficace et crédible de lutte contre la corruption ?

L'enjeu est de taille mais non insurmontable. D'ailleurs, la réflexion et la mise en œuvre sont déjà bien entamées grâce au travail et à la pensée motrice de divers acteurs en France, comme le Service central de prévention de la corruption (SCPC), certains avocats et parquetiers ainsi que des Directeurs juridiques, des chercheurs et des ONG.

■ Penser un modèle français de justice transactionnelle

Comme tout changement de modèle et de stratégie, il s'agit de procéder par étapes afin de déterminer les enjeux, le terrain des conditions pour l'implantation du mécanisme, les limites que l'on ne souhaite pas dépasser et les options envisageables. Loin d'avoir la prétention d'être exhaustif, certains éléments paraissent primordiaux pour amorcer un modèle de justice transactionnelle.

Rappelons ici que les enjeux pour la France sont fondamentaux

puisqu'il s'agit de réhabiliter notre crédibilité internationale dans la lutte contre la corruption¹³ ; de ressouder la confiance et la coopération judiciaire avec nos principaux alliés ; de réaffirmer notre souveraineté pénale en condamnant nous-mêmes nos entreprises viciées ; de gagner ainsi en influence juridique et judiciaire ; enfin, de faire valoir nos valeurs

L'heure ne serait-elle pas venue pour la France de s'inspirer de la pratique et du retour d'expérience américain pour construire à son tour un outil efficace et crédible de lutte contre la corruption ?

sur le plan international. On peut ajouter ici l'intérêt également économique que l'on aurait avec le prononcé d'amendes qui rejoindraient les caisses de l'État français et non celles du DOJ américain. Sur le terrain des conditions, et donc de la possibilité de mettre en place une justice transactionnelle, deux différences fondamentales avec les États-Unis doivent être gardées à l'esprit lors de l'élaboration de notre propre modèle¹⁴.

■ D'une part, la notion et le régime juridique de la responsabilité pénale des entreprises sont différents. En effet, le droit américain ne permet pas de véritable défense pour l'entreprise qui verra sa responsabilité engagée automatiquement si l'un de ses salariés commet un délit¹⁵. À l'opposé, le droit français assure une séparation des responsabilités pénales entre les représentants de l'entreprise, personnes physiques et l'entité, personne morale. Il est ainsi possible juridiquement de combattre l'engagement de la responsabilité de la personne morale. C'est notamment l'exemple de la récente affaire *Safran*, dans laquelle la société a été relaxée le 7 janvier 2015 par la cour d'appel de Paris pour corruption présumée d'agents publics étrangers au Nigeria¹⁶. Aux États-Unis, la défense adoptée par *Safran* dans cette affaire n'aurait jamais pu aboutir ni même être présentée.

■ D'autre part, les pouvoirs du procureur n'ont rien à voir de part et d'autre de l'Atlantique. Si le procureur aux États-Unis (qui est un avocat) est « libre » de créer et de proposer des formules procédurales innovantes, le procureur français (qui est un magistrat) reste borné dans l'alternative poursuivre ou ne pas poursuivre. Par ailleurs, le contrôle judiciaire sur ce procureur, quasiment inexistant aux États-Unis, constitue l'un des principes directeurs du procès

équitable qu'il y a lieu de sauvegarder.

Avant de construire notre réponse, il paraît important de bien définir ce que nous souhaitons condamner dans la corruption. Le comportement du corrompu et/ou du corrupteur ? L'atteinte économique au marché ? La nature intrinsèquement immorale du délit ? Ces questions auront nécessairement un impact sur le modèle et la procédure transactionnelle adoptée. Quant au mécanisme lui-même, plusieurs questions se posent : doit-on s'inspirer du droit anglo-américain – et notamment du modèle anglais qui a corrigé certaines « anomalies » du système américain (en décidant notamment d'incriminer non seulement la corruption active¹⁷, mais également la corruption passive ; en introduisant une infraction autonome de « défaut de prévention de la corruption » ; en prévoyant l'intervention d'un juge pour contrôler les transactions...¹⁸) – ou partir de nos instruments français préexistants ?

Le récent rapport du Club des juristes de mars 2015, « Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale », semble pencher pour la seconde branche de alternative tout en préconisant deux améliorations procédurales pour renforcer notre dispositif. La première consiste à adapter la procédure de CRPC (comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité) pour les faits de corruption transnationale en introduisant un nouvel acteur, le Service central de prévention de la corruption qui serait l'interlocuteur des entreprises au stade de la reconnaissance de culpabilité ; en prenant davantage en compte la situation de l'entreprise dans la proposition des peines et en assouplissant les règles applicables à l'audience de la comparution. Procédure simple et rapide, cet appui sur un outil français préexistant éviterait d'avoir l'impression de se plier au modèle anglo-saxon et de copier les NPA/DPA américains, hypothèse clairement rejetée par le rapport. La seconde amélioration proposée consiste à interdire le cumul des poursuites, et ce, afin d'atténuer le caractère extraterritorial des législations anti-corruption des pays comme les États-Unis ou l'Angleterre. Cette réflexion sur l'application dans l'ordre international du principe *non bis in idem* est indispensable car cette règle constitue l'ordre de bataille de la lutte contre la corruption transnationale. Elle répartit les compétences et orchestre la lutte anti-corruption. Elle permet de mieux cibler les atteintes et les auteurs et fournirait une réponse juste

(12) Remarks by Principal deputy assistant attorney general for the criminal division Marshall L. Miller at the global investigation review program New York, Wednesday, September 17, 2014.

(13) Divers rapports de l'OCDE (depuis 1999 jusqu'à 2014) soulignent la faiblesse des condamnations prononcées en France pour des faits de corruption d'agents publics étrangers. Encore récemment – déclaration OCDE du 23 oct. 2014 – l'organisation internationale appelait la France à intensifier ses efforts en la matière.

(14) Intervention de M. Fred T Davis, conférence France-Amérique 1^{er} juin 2015 : Adapter la procédure pénale aux entreprises : pourquoi ? Comment ? Regards croisés franco-américains.

(15) *New York Central and Hudson river railroad company vs/ United States*. Supreme Court of the United States February 23, 1909.

(16) Le groupe d'aéronautique et de défense avait été condamné en première instance à 500 000 euros d'amende.

(17) La corruption active est le fait d'offrir, de promettre ou d'accorder une contrepartie en vue d'obtenir un avantage indu ; la corruption passive est le fait de solliciter, de convenir, de recevoir ou d'accepter une contrepartie en échange d'un avantage indu.

(18) V. la loi UK Bribery Act du 8 avril 2010 ainsi que la loi Crime and Courts Act du 25 avr. 2013.

et aiguillée à des infractions déterritorialisées. Mais tant que la France n'aura pas sanctionné ses acteurs corrompus à la hauteur de l'impact de l'infraction, les autres pays n'opteront pas pour une harmonisation des réactions pénales nationales. Il s'agit donc pour la France de pousser en faveur du principe tout en développant son arsenal.

Enfin, le rapport souligne un point important en termes de mentalité en constatant que les entreprises confrontées à des faits de corruption préfèrent le plus souvent éviter le recours à la justice française notamment parce qu'elles perçoivent « comme éloignée et ignorante du monde de l'entreprise » et qu'à ce titre, elles l'estiment incapable d'« apporter une réponse individualisée à leur situation ». Ainsi, avant toute réforme du code de procédure pénale, il paraît primordial de faire évoluer l'image de la justice vis-à-vis des acteurs privés et re-légitimer les magistrats et enquêteurs dans leur capacité à traiter des dossiers économiques complexes. Si des avancées existent sur ce point notamment avec la création du parquet financier – qui dispose de personnes compétentes, ayant une bonne connaissance des enjeux et du fonctionnement des entreprises et qui sont disponibles pour échanger avec elles par le truchement de leur avocat – une réflexion au sein des corps judiciaires est à mener concernant le changement

(19) P. Gossens, Faut-il devenir anglo-saxon pour savoir lutter contre la corruption ?, *Les Échos*, 24 oct. 2014. V. CEDH, gde ch., 29 mars 2010, n° 3394/03, *Medvedyev c/ France* et CEDH 23 nov. 2010, n° 37104/06, *Moulin c/ France*.

(20) M. Perdriel-Vaissiere, Prévenir et combattre la corruption dans les transactions commerciales internationale, *Plaidoyer pour la justice transactionnelle*, Document de consultation du 25 févr. 2015.

des identités professionnelles. Innover dans les instruments ne serait-il pas l'occasion de repenser la structure de notre système et de réfléchir aux relations entre les trois acteurs clefs de la justice que sont les juges du siège, les procureurs et les avocats ? Ne serait-ce pas le moment de prendre résolument en compte l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme qui a reconnu que les procureurs ne sont pas des magistrats indépendants ?¹⁹

Un autre rapport, celui de Transparency International France²⁰ propose pour sa part la création d'un instrument de transaction pénale spéciale intégrant plusieurs principes fondamentaux. Ce nouveau modèle devrait être en mesure d'éteindre l'action publique, écarter toute idée de reconnaissance de culpabilité, ne pas constituer un jugement de condamnation, être limité aux personnes morales et à la résolution des affaires de délinquance économique et apte à encourager les entreprises à coopérer avec les autorités françaises ainsi qu'à adopter un comportement vertueux. Pour cela, le rapport préconise, à l'instar du système américain, une collaboration de l'entreprise à l'enquête en cours et à ses frais, l'imposition de sanctions financières dissuasives et l'obligation pour l'entreprise d'adopter un programme de prévention de la corruption. À l'instar du modèle anglais, le rapport insiste sur la prise en compte des intérêts des victimes, le respect des droits de la défense à travers l'intervention d'un juge ainsi que la transparence de la procédure. On le voit, la réflexion avance et la lutte anti-corruption française s'adapte aux transformations du monde et du droit global. Si le système américain semble être le plus abouti et le plus efficace à l'heure actuelle, d'autres pays plus proches de nous culturellement réfléchissent et tentent d'adapter leur modèle pénal de lutte contre la corruption transnationale. C'est le cas notamment de l'Allemagne, de la Suisse mais aussi des Pays-Bas, de l'Italie et bien évidemment du Royaume-Uni, qui, à l'échelon européen, possède le mécanisme le plus accompli. Dans ce contexte, peut-être serait-il souhaitable de rassembler nos forces et d'ouvrir un nouveau chantier pour l'Europe judiciaire ?