

SPÉCIAL

Responsabilité des personnes morales et des dirigeants



© WUTZKOH

De la responsabilité pénale à celle des dirigeants : vers

Table ronde
animée par
Lucy Letellier,
Ondine Delaunay
et Anne Portmann

Reportage
photographique :
Mark Davies

En l'absence d'instance internationale, la répression des infractions des entreprises relève du droit national. Et tous les pays ne sont pas alignés. En Allemagne, par exemple, la récente affaire du Diesel Gate a rappelé qu'il n'existait pas de régime de responsabilité pénale des personnes morales. Aux États-Unis, les risques encourus sont très lourds. En France, la responsabilité pénale existe depuis 1993 et s'étend sous l'influence de la Cour de cassation. Depuis l'appel de Genève en 1996, la justice s'est également attachée à mettre un terme à l'impunité qui régnait pour les dirigeants. Aujourd'hui, les mises en cause de la personne morale et du dirigeant sont quasiment systématiquement liées. Quelle est la stratégie suivie par les institutions judiciaires françaises ? Quels sont les risques encourus par les personnes physiques ? Quelles conséquences à l'introduction en droit français de la justice négociée ?

Assises, de gauche à droite :

Hélène Saint Loubert, présidente et co-fondatrice, Grenade & Sparks, **Astrid Mignon Colombet**, associé, Soulez Larivière & Associés, **Marie-Anne Frison-Roche**, professeur des universités, Institut d'études politiques de Paris. Debout, de gauche à droite : **Jean-Marc Barki**, président co-fondateur, Sealock, **Pierre Laporte**, ancien vice-président des ventes de la branche Énergie d'Alstom et associé d'Ikarian, **Ludovic Malgrain**, associé, White & Case, **Benjamin Grundler**, associé, Visconti & Grundler, **Alexis Werl**, Associé, McDermott Will & Emery AARPI. 



des personnes morales une mutation du droit pénal

De l'engagement de la responsabilité de la personne morale

Alexis Werl: Vous m'interrogez sur les différences, en matière de responsabilité pénale des personnes morales, entre les systèmes juridiques français et américain.

Il convient de rappeler, d'abord, sur le plan des principes, que les

deux pays sanctionnent pénalement les personnes morales. Dans la pratique, en revanche, les États-Unis se sont longtemps distingués de la France par leur usage de la justice pénale négociée, des « deals de justice », pour reprendre l'expression

consacrée par l'ouvrage de référence de Pierre Servan-Schreiber et d'Antoine Garapon.

Tout concourt, dans le système de répression américain en matière de délinquance financière, à inciter les entreprises et leurs dirigeants à coopérer avec les autorités de poursuite : la forte pression exercée, dès le stade de l'enquête, sur les dirigeants, et, plus généralement, sur l'ensemble des salariés mis en cause, qui peuvent être placés en détention provisoire ; la menace, ensuite, de sanctions très sévères – beaucoup plus sévères qu'en France – en cas de condamnation, tant pour les entreprises, qui encourrent des amendes colossales, que pour leurs dirigeants, qui risquent de très longues peines d'emprisonnement ferme. À cet égard, si, en France, les dirigeants et les cadres impliqués dans une affaire pénale peuvent également être placés en détention provisoire et/ou être condamnés à des peines d'emprisonnement ferme, c'est, dans les faits, beaucoup moins fréquent qu'aux États-Unis. On se souvient, en France, de certaines affaires très médiatisées, dans les années 90, qui avaient vu certains dirigeants placés en détention. Cela est beaucoup plus rare aujourd'hui – la tendance actuelle, en France, étant d'ailleurs de frapper « au porte-mon-



naie », notamment par un usage extensif (que d'aucuns qualifieront d'abusif) des saisies pénales.

Dans ces conditions, les autorités américaines disposent depuis longtemps de leviers significatifs pour convaincre les personnes morales de trouver un accord avec elles, soit en passant par une reconnaissance de culpabilité – il s'agit du classique « plea

bargain », qui est utilisé dans tous les domaines du droit pénal américain –, soit en passant par une simple reconnaissance de faits, sans reconnaissance de culpabilité – ce sont les NPA et DPA, c'est-à-dire « non prosecution agreement » ou « differed prosecution agreement », utilisés, entre autres, en matière de corruption internationale.

En fin de compte, aux États-Unis, plus de 90 % des poursuites se concluent par une transaction, d'une part parce que, comme je l'ai dit, les peines encourues sont jugées, à tort ou à raison, trop sévères pour prendre le risque d'aller jusqu'au procès, d'autre part parce que les autorités de poursuite, en s'assurant, assez souvent, du placement en détention provisoire des dirigeants ou des cadres impliqués, obtiennent de leur part, en échange d'un « plea bargain », des aveux, partiels ou totaux, qui les placent en position de force pour convaincre les personnes morales éventuellement récalcitrantes de négocier avec elles.

La France, qui n'a pas la même tradition de justice négociée, s'en est néanmoins fortement inspirée dans la loi Sapin 2, avec l'introduction dans son arsenal répressif de la convention judiciaire d'intérêt public, sur laquelle on reviendra plus tard.

Pierre Laporte : Le *Yates Memo (Individual Accountability for Corporate Wrongdoing)*, écrit en septembre 2015 par la juriste Sally Q. Yates, ancienne procureure des États-Unis, explicite les modalités suivant lesquelles le DoJ appréhende l'irresponsabilité organisée par les personnes morales en matière pénale pour les faits de corruption commis par l'entreprise. Ce sont les mêmes méthodes que celles utilisées pour lutter

contre la mafia : rompre la cohésion du groupe en concentrant les efforts sur une ou deux personnes, à l'encontre desquelles on dispose d'éléments de participation à des faits corruptifs, en exigeant que l'entreprise livre dans le cadre d'une politique de coopération, à laquelle elle doit consentir pour bénéficier d'une moindre sanction, tous les éléments concernant les quelques personnes incriminées par le DoJ. C'est d'ailleurs ce qui a fini par se passer dans le dossier Alstom.

Le DoJ était en possession d'éléments probants de l'existence de nombreux comportements corruptifs au sein d'Alstom dans des transactions commerciales internationales, et il a tenté plusieurs fois de négocier avec le groupe et ses dirigeants. Face au refus systématique des dirigeants de coopérer et après leur avoir adressé des avertissements, les autorités américaines ont fini par arrêter l'un des cadres dirigeants à sa sortie de l'avion, aux États-Unis. Elles ont ainsi mis la personne morale et son président dans une position obligeant à négocier. L'entreprise, qui a dû renoncer à la prescription, a alors été contrainte de faire des recherches extrêmement approfondies sur les e-mails des personnes physiques. Ces démarches ont permis d'obtenir que la personne qui avait été mise en prison (Frédéric Pierucci, N.D.L.R.) plaide coupable pour « willfull blindness », c'est-à-dire pour négligence fautive. L'entreprise a, pour sa part, plaidé coupable pour de nombreux faits de corruption dans plusieurs pays et a été condamnée à une sanction record de 776 millions de dollars.

Astrid Mignon Colombet : En France, la Cour de cassation est depuis longtemps confrontée à la question de l'identification du bon niveau d'engagement

Alexis Werl,

Associé,
McDermott Will
& Emery AARPI



de la responsabilité de la personne morale. Quel est l'organe ou quel est le représentant qui dispose d'une délégation de pouvoir suffisante pour engager la responsabilité pénale de la société? Le sujet a récemment évolué dans l'affaire « Pétrole contre nourriture » volet 1. Le 14 mars 2018, la Cour de cassation a présumé l'implication du Comex, qu'elle a considéré comme organe de la personne morale, afin de retenir la responsabilité pénale de celle-ci sans

véritablement démontrer une participation personnelle aux faits, ni identifier de personne physique. Cette décision constitue une interprétation extensive de l'article 121-2 du code pénal.

Benjamin Grundler : Le droit français, en matière de responsabilité pénale des personnes morales, est plus protecteur que d'autres droits, notamment américain, avec des conditions d'application strictes. Il peut certes y avoir une tendance des

autorités judiciaires à tenter d'élargir le champ d'application en s'intéressant aux décisions d'organes collégiaux, comme le Comex ou le conseil d'administration, afin d'établir la responsabilité de la personne morale. L'affaire « Pétrole contre nourriture » en est une illustration. Toutefois, je demeure convaincu que les obligations visant à identifier un représentant de la personne morale perdurent.

Jean-Marc Barki

Président
co-fondateur,
Sealock

Avoir une pensée juridique permanente

Jean-Marc Barki : Les PME sont directement impactées par ces jurisprudences. Dans l'industrie, la situation est compliquée car lorsqu'un salarié commet une erreur malgré toutes les mesures mises en place pour l'éviter, le dirigeant est tout de même directement impacté. Je me suis retrouvé en situation d'être placé en garde à vue, ce qui n'est pas particulièrement plaisant, surtout quand vous n'avez rien à vous reprocher. Je pense que peu de chefs d'entreprise sont conscients de leur niveau de responsabilité, et des risques qu'ils encourent. C'est pourquoi Croissance Plus a édité, il y a quelques années, un fascicule pédagogique sur la responsabilité pénale du chef d'entreprise.

Mais pour aller un peu plus loin, je regrette qu'il n'y ait pas de partage de responsabilité et une réelle présomption d'innocence vis-à-vis des dirigeants. Dans des PME ou dans des ETI, on ne peut pas mettre un policier derrière chaque collaborateur pour vérifier ce qu'il fait. La personne est aussi responsable de son comportement et de ses agissements. Le chef d'entre-

prise ne peut pas être le seul visé pour payer les conséquences de certaines dérives et aller seul en prison.

Ludovic Malgrain : Il est clair que la responsabilité pénale personnelle des dirigeants a toujours été une source légitime de préoccupations pour eux. Désormais, dans le secteur de la lutte contre la corruption, les dirigeants des entités contrôlées par l'agence française anti-corruption deviennent des leviers pour le déploiement des programmes anti-corruption. La loi Sapin 2 exige des entreprises de démontrer l'implication de l'instance dirigeante dans les processus. Cette implication va très loin : les membres des comités exécutifs, des comités de gouvernance, des comités d'audit sont désormais interrogés sur leurs actions et sur leur connaissance des mesures mises en place. Sont également interrogés les administrateurs, dont certains ne sont même pas des dirigeants opérationnels. Ces nouveaux développements de la réglementation ont pour objet, non seulement d'accélérer





le déploiement des dispositifs, mais aussi, en cas de manquement, de rendre responsables toutes les personnes physiques impliquées. Nous sommes en définitive passés d'une mise en cause pénale, à raison d'une implication délictuelle, à une mise en cause administrative pour absence d'implication suffisante quant au déploiement des mesures attendues.

Hélène Saint Loubert : Il est certain qu'en tant que dirigeants, nos responsabilités se sont accrues. Notre secteur a par exemple été très impacté par le RGPD et par les process à mettre en place pour protéger les données personnelles. Mais je n'ai pas mis en place de programme de conformité ou de lutte contre la corruption au sein de mon entreprise. Je ne savais même pas que cela existait. En revanche, notre entreprise répond à des appels d'offres publiques et si demain

l'un d'entre eux nous impose de mettre en place un tel programme, je m'y attellerai.

Marie-Anne Frison-Roche : À suivre l'évolution des règles et des solutions données au cas par cas, j'ai l'impression que l'on s'éloigne radicalement du droit pénal tel que le système juridique classique l'a conçu et le légitime. Comme si l'on ne savait plus ce qu'est le droit pénal... N'avons-nous pas tous appris que le droit pénal sanctionne des fautes, ou des négligences, commises par des sujets de droit qui agissent en sachant ce qu'ils font, aptes à être punis parce qu'ils distinguent le bien et le mal ? En cela, le droit pénal est un hommage au principe de liberté. Les législations prévoient désormais de faire peser une responsabilité pénale sur une organisation. La réforme du code pénal de 1993, en insérant dans le système juridique la responsabilité pénale des personnes

morales, c'est-à-dire d'une organisation, a fondé cela sur un souci d'efficacité pour atteindre des buts légitimes, par exemple la protection de l'environnement ou la lutte contre la corruption, ce qui éloignait déjà du fondement classique d'un choix opéré *ex ante* par le délinquant entre le bien et le mal. Mais l'élément déclencheur de la responsabilité de la personne morale demeurerait bien rattaché à une personne physique qui, elle, peut exercer le pouvoir de décider (notamment parce qu'elle est « dirigeant ») et peut choisir de faire mal plutôt que bien faire (notion morale). Le souci d'efficacité par rapport à un but qui a prévalu en 1993 fut tout de même la première étape.

Par la suite, l'inspiration américaine a introduit en droit français une logique de compliance, centrée sur l'efficacité et sur l'*ex ante*, donnant naissance à la loi Sapin 2. Il s'agit désormais d'un système où les peines de confor-



mité, qui relèvent juridiquement du droit pénal, sont pourtant placées sous le contrôle d'un organe administratif : l'agence française anti-corruption. Sous l'influence américaine de l'analyse économique, le droit pénal ne serait plus qu'une voie d'exécution de règles qui seraient, elles, les normes principales, par exemple l'information des marchés. Il en serait fini du principe classique de l'autonomie du droit pénal...

Pierre Laporte : Ce phénomène de « copier-coller américain » doit nous conduire à nous poser la question de savoir pourquoi on en est arrivé là. Je crois qu'il existe une différence entre les pays dans lesquels un régime juridique s'applique avec beaucoup de rigueur tandis que dans d'autres, les règles de droit pénal s'appliquent peu ou sans rigueur. Cette différence conduit à des tensions et, finalement, à l'expansion extraterritoriale de droits étrangers. Je pense

bien sûr au système américain, mais également au droit chinois qui est en train de concevoir un régime de lutte contre la corruption applicable aux entreprises. L'Union européenne ne pourra pas sans risque s'exonérer d'avoir elle aussi un système de lutte contre la corruption dans les transactions commerciales internationales.

Jean-Marc Barki : En s'appuyant sur le label des relations fournisseurs-responsables que l'État a lancé il y a quelques années, nous avons fait une forte communication sur la compliance et la prévention de la corruption. On a considéré qu'il ne fallait pas faire de distinction entre les petites, les moyennes et les grandes entreprises, afin de permettre à une PME d'accéder à ce type de label tout comme les autres entreprises visées à l'origine. Nous tentons aujourd'hui de le compléter et de suivre les mêmes critères

qu'une grande entreprise. Mais si l'on doit suivre parfaitement la totalité des éléments, c'est ingérable. Comment fait-on, dans un pays comme la France où la taille moyenne des PME est de 20 salariés, et de 500 salariés pour les ETI ? Comment peut-on demander à leurs dirigeants, qui souhaitent exporter un tout petit peu aux États-Unis par exemple, de gérer ce type de problèmes ?

Hélène Saint Loubert : La mise en place de cette conformité est très lourde et coûteuse, pour des cas qui peuvent ne jamais se produire. Ma société compte 80 salariés et il n'y a pas de directeur juridique. Ces questions-là, on les survole parce que nous n'avons pas les moyens, ni les ressources, de faire autrement.

Marie-Anne Frison-Roche : Cela se comprend parfaitement car il est nouveau, voire contestable, que le droit pénal

devienne ainsi du quotidien des entreprises, droit pénal, compliance et droit commun (c'est-à-dire, droit ordinaire) devenant presque synonymes. En effet, le droit pénal est classiquement indissociable du procès, il ne s'active que par lui. Or, surtout dans une tradition française qui centre le droit sur la loi, le procès est « pathologique » et le procès pénal devrait relever de l'« ultra-pathologique ». Mais si le pénal devient la voie d'exé-

cution de tout le droit ordinaire, du droit des sociétés, du travail, de l'environnement, des contrats de commerce international, etc., alors il faudrait vivre avec un avocat pénaliste à côté de soi à chaque instant. Mais cette importation d'un mode de droit qui n'est pas le nôtre, et peut-être pas un modèle sans reproche, impose aux entreprises relativement petites d'avoir des réflexions juridiques permanentes dans ce droit ordinaire que serait devenu le droit pénal. Pour les grands groupes, c'est un coût mais elles peuvent l'absorber. Pour des entreprises de moindre taille, ce n'est pas possible.

Jean-Marc Barki : Croissance Plus regroupe des entreprises qui comptent jusqu'à 15 000 salariés. Nous constatons qu'il existe très peu de dirigeants qui sont capables d'avoir cette pensée juridique, qui ont une ouverture d'esprit, un peu de formation en droit ou une vision globale du monde de l'entreprise. Ce sont des barrières qui sont mises entre les entreprises et la possibilité de faire de la croissance. Ces problèmes n'existent pas en Allemagne et en Italie ; qui sont deux nations où l'entrepreneuriat est particulièrement développé et les entreprises très exportatrices.

Hélène Saint Loubert

Présidente et co-fondatrice, Grenade & Sparks



De l'identité du représentant légal

Marie-Anne Frison-Roche : La jurisprudence « Pétrole contre nourriture », précédemment citée, est très importante. Elle considère que pour engager la responsabilité pénale de la personne morale, il n'y a pas besoin de démontrer la responsabilité individuelles de personne physique dirigeante, mais de viser l'organe sociétaire et d'impliquer la totalité de ses membres sans plus chercher qui a décidé quoi, cette sorte de responsabilité personnelle collective pénale devenant le reflet de la responsabilité de la personne morale, et se cumulant avec elle. Il y a bien rupture avec les principes même du droit pénal, car c'est un raisonnement de droit des sociétés ! On en comprend la raison : l'efficacité de la répression pour obtenir un résultat dans des matières où le but est légitime et très difficile à atteindre. Ici la violation des embargos. Là, le changement climatique, le blanchiment d'argent, la corruption, le tra-

fic des êtres humains. Oui, qui ne veut pas atteindre des buts ? Mais justement le droit pénal a pour raison d'être que la fin ne justifie pas les moyens, le droit pénal est à distance de la « répression efficace ». C'est pourquoi il est indissociable de la procédure, des droits de la défense, etc. L'évolution sous l'influence d'une pensée économique centrée sur la notion d'efficacité et qui conçoit le droit comme un moyen et non pas comme un ordre autonome balaye cette nature classique du droit pénal. Dans le cas de la personne physique apte à répondre pénalement de l'action de la personne morale, on va non plus rechercher l'être humain qui aura voulu et choisi mais tout membre d'un organe sociétaire de droit (conseil d'administration) ou de fait (comex) pour faire bouger l'entreprise, et ainsi par exemple obtenir des preuves ou des accords. Et on poursuit les personnes physiques qui les composent, même



si elles n'ont pas le pouvoir de décider. Est-ce encore du droit pénal? N'est-ce pas plutôt une technique de répression pour atteindre efficacement des fins louables? Mais la fin ne justifie pas les moyens.

Astrid Mignon Colombet: La responsabilité de la personne morale et celle des personnes physiques peuvent être engagées de manière cumulative pour les mêmes faits. S'agissant spécifiquement de la personne morale, il faut établir que sa responsabilité est engagée du fait des infractions commises, pour son compte, par l'un de ses organes ou représentants au sens de l'article 121-2 du code pénal.

Marie-Anne Frison-Roche: La personne morale est donc traitée comme une « vraie » personne »! Et comme au XIX^e siècle, les organes sociétaires sont traités comme des organes corporels, le conseil d'administration étant le « cerveau » de la personne. Dès lors, la personne morale peut directement être responsable

pénalement puisqu'elle a des « organes ». Elle n'a plus à emprunter à des personnes physiques leur propre discernement du bien et du mal. Cette vision organistique des organisations a été en vogue, elle prônait une répression extrême: il fallait repérer les « criminels nés » et utiliser le droit pénal comme un outil *ex ante*, plutôt qu'en *ex post*. Cette théorie dite de la « défense sociale » a eu de mauvais effets. Ces pénalistes considèrent parfois aujourd'hui que les programmes de compliance, qui sont de l'*ex ante* et du droit pénal structurel, y ressemblent. C'est pourquoi il faut à l'inverse faire attention et veiller à maintenir les principes classiques du droit pénal, distinct de la répression et conçu pour protéger la personne poursuivie, et veiller à lutter contre une conception trop mécanique du droit de la compliance, lequel doit être avant tout un droit qui vise à protéger les personnes.

Ludovic Malgrain: Il faut préciser que nous nous emparons de ce sujet juridique pour

Benjamin Grundler

Associé,
Visconti &
Grunder



Marie-Anne Frison-Roche

Professeur
des universités,
Institut d'études
politiques
de Paris



revenir à une stricte application de l'article L.121-2 du code pénal, à travers la nécessaire identification de l'organe/du représentant de la personne morale sans que la défense se contente d'actes de poursuites identifiant globalement « par exemple un comité » comme vecteur d'engagement de la responsabilité de la personne morale. Ce n'est pas le sens de la loi, aujourd'hui, et c'est une tendance de la jurisprudence qui est gravement préjudiciable à la fois au dirigeant et à la personne morale.

Benjamin Grundler : Il existe un mouvement de la chambre criminelle de la Cour de cassation, sur les fautes non intentionnelles, qui revient à une conception plus orthodoxe et rigoureuse sur la nécessité d'identifier le représentant de la personne morale afin d'engager la responsabilité de cette dernière. Il s'agit d'un motif d'espoir aux termes duquel la Cour de cassation se fait la gardienne d'une interprétation stricte et rigoureuse du droit pénal.

Pierre Laporte : Certes il faut défendre les personnes physiques suivant les grands principes du droit, mais il faut aussi avoir une justice économique qui sanctionne les infractions et la délinquance financière. Je pense qu'une grande partie de la tension que connaît la France sur ces sujets est liée à une forme d'inefficacité de la justice économique. L'invasion de règles de droit étrangères est en grande partie due à cette ineffectivité présente de la justice économique dans l'Hexagone.

Marie-Anne Frison-Roche : C'est frappant de parler dans une optique de « justice économique » alors qu'il s'agit de droit pénal. Il faudrait donc prendre acte que le droit pénal est désormais un instrument d'efficacité pour d'autres règles que lui-même : le droit économique. Tous les moyens seraient bons pour atteindre un but : l'efficacité du droit économique. Dans cette conception, il restera mécaniquement bien peu de ce qui a été l'autonomie du droit



pénal... En effet, pour rendre efficaces des règles ordinaires de droit économique, il faut utiliser largement cette voie d'exécution que serait devenu le droit pénal (sauf à ce que la jurisprudence veille ou restaure la nature de celui-ci). Je constate à ce propos qu'on utilise aujourd'hui, pour plus d'efficacité, non plus du droit pénal spécial mais du droit pénal commun – comme l'incrimination d'association de malfaiteurs –, les personnes poursuivies pouvant plus difficilement se défendre dans les incriminations larges qu'étroites. Cette mutation du droit pénal comme instrument d'efficacité d'autres règles que les siennes est-elle nécessaire et inévitable? Si elle se poursuit, toutes les règles propres au droit pénal substantiel tomberont, comme son interpréta-

tion restrictive, car une simple voie d'exécution est toujours d'application large, l'efficacité étant sa seule loi. Cela est donc regrettable, car le droit pénal est requis et le cumul des responsabilités justifié, mais pas cette dénaturalisation du droit pénal. Cela n'est pas nécessaire si l'on trouve d'autres moyens pour atteindre les « buts monumentaux » comme la lutte contre la corruption pour le droit pénal ainsi appliqué.

Astrid Mignon Colombet
Associé, Soulez Larivière & Associés

Les deals de justice, une remise en cause de notre culture juridique pénale?

Benjamin Grundler : Je considère que les transactions de justice, en matière pénale, sont de nature à remettre en cause, même s'il n'y a pas de reconnaissance formelle de culpabilité, une certaine application stricte du droit pénal. En réalité, de nombreuses sociétés souhaitant absolument transiger, pour des raisons évidentes, se soucient peu ou moins de questions juridiques. Mais pour autant, si ces dossiers avaient été au bout du processus judiciaire, certains d'entre eux auraient sans doute donné lieu à des décisions de relaxe du fait de considérations purement juridiques. En d'autres termes, la justice

négociée peut se faire au prix de concessions sur le plan des arguments juridiques.

Alexis Werl : Je pense, paradoxalement, que l'on peut faire la même observation s'agissant du système américain, malgré les pressions très fortes exercées par les autorités de poursuite sur les entreprises et sur leurs dirigeants pour les contraindre à accepter des solutions négociées, même très désavantageuses. J'en veux pour preuve l'arrêt Hoskins, rendu en août 2018 par une cour d'appel fédérale (3^e circuit). Dans cette affaire, Lawrence Hoskins, de nationalité britannique, cadre d'Alstom



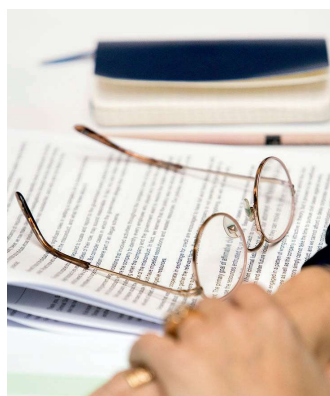


UK, avait refusé de transiger avec le DoJ et contesté l'application du FCPA, la loi américaine réprimant les faits de corruption commis hors de son territoire, à sa personne et aux faits qui lui étaient reprochés. La cour d'appel fédérale lui a donné raison, contre le Department of Justice (parquet fédéral), qui avait, on s'en souvient, poursuivi Alstom, puis convaincu l'entreprise française de verser une amende record de plus de 770 millions de dollars.

Même s'il s'agit, en l'espèce, d'un arrêt d'appel, qui n'a pas l'autorité d'une décision de la Cour suprême, il montre que, loin des idées reçues, les juges américains font une application plus stricte du droit que les autorités de poursuite – ce qui est, somme toute, très logique. Il rappelle également aux avocats que la négociation avec le DoJ n'est pas la seule solution possible; que, dans certaines circonstances, la meilleure stratégie peut consister à refuser de négocier et à aller jusqu'au procès.

Il en est de même en France, où l'on a également vu des parties refuser de conclure une CJIP (Convention judiciaire d'intérêt public) avec le PNF (parquet national financier).

Marie-Anne Frison-Roche : Cette décision américaine n'est pas définitive. Un recours est pendant, le dossier sera peut-être examiné par la Cour suprême. Ce cas montre qu'en la matière la question prin-



cipale est le temps. Sans porter d'appréciation sur le fond dans l'affaire BNP Paribas, la banque affirme que si le temps lui en avait été laissé, elle aurait voulu soumettre son cas à la Cour suprême. Mais ni le pouvoir de décision des régulateurs ni le temps des marchés ne lui ont permis. Et là, on est au-delà de la question de l'aléa juridictionnel.

Ludovic Malgrain : S'agissant des établissements bancaires, le

seul risque de perte de licence est très préoccupant...

Astrid Mignon Colombet : La justice négociée existait déjà dans notre code de procédure pénale français depuis plusieurs années, mais elle avait principalement pour objet de négocier le quantum de la peine; il s'agissait donc d'une négociation à la marge. La vraie révolution est l'introduction de la CJIP dans notre dispositif pénal: elle peut être proposée aux personnes morales pour des faits de corruption, de trafic d'influence, de blanchiment de fraude fiscale ou, désormais, de fraude fiscale. L'avantage pour les entreprises est évident. La CJIP permet en effet de « tourner la page » sans obérer l'avenir, en réglant sans reconnaissance de culpabilité une affaire comportant des faits complexes parfois réputés commis dans plusieurs pays. Elle présente aussi l'avantage majeur, en cas de procédures multiples, de permettre un règlement global des poursuites transnationales.

Jean-Marc Barki : Cette introduction en France de la justice négociée est intéressante. Mais elle nous place dans une situation



où l'on sera contraint à la négociation, en se rendant compte que la procédure judiciaire sera trop longue et que l'on n'aura pas les moyens de l'assumer.

Ceci sera préjudiciable dans la mesure où l'entreprise n'est pas du tout en cause dans certains litiges, mais simplement le fruit d'une forme de chantage économique. Le risque est grand, il va falloir rester vigilant.

Pierre Laporte : Le peu de succès à ce jour que rencontre la CJIP – il n'y en a eu que cinq en deux ans – résulte de deux analyses de risques distinctes. Il y a une forte probabilité d'être condamné sévèrement dans une CJIP et, proportionnellement, le risque est moins élevé d'être condamné par un tribunal correctionnel. Cette première analyse de risque ne milite pas à recommander de conclure une CJIP. Pourtant, le dirigeant d'un groupe français coupable de faits de corruption internationale pourrait être incité à ce que son entreprise négocie une CJIP à l'issue d'une seconde analyse de risques. Celle-ci consiste à analyser s'il vaut mieux conclure une CJIP ou se voir appliquer le droit d'un autre pays, en l'occurrence celui des États-Unis, qui fait ris-

quer à son entreprise une lourde amende, susceptible de déstabiliser l'entreprise.

Benjamin Grundler : Sur les cinq CJIP conclues en France, deux concernent des multinationales (HSBC et Société Générale) et trois des PME. En réalité, cette convention peut aussi intéresser les petites et moyennes entreprises et les montants des sanctions n'ont rien à voir avec les centaines de millions réclamées aux deux banques. Ce mouvement de justice négociée présente des avantages évidents pour les personnes morales. Mais encore une fois, c'est une remise en cause de notre culture juridique de la défense pénale. Elle pousse à une coopération immédiate, parfois au prix d'une certaine défense. Aller au bout d'un processus juridique et judiciaire peut conduire, parfois, à de bonnes surprises. Plusieurs décisions en matière de corruption internationale en attestent. À Washington et à New York, il y a d'ailleurs un mouvement d'avocats pénalistes qui préconisent de plus en plus une véritable défense judiciaire, y compris pour les personnes morales.

Ludovic Malgrain : Ces accords sont parfois conclus au mépris, semble-t-il, des droits de la défense des personnes physiques impliquées. Les personnes morales ont besoin de leurs dirigeants/employés pour conduire leurs investigations, menées sur demande des autorités. Elles ont besoin de leurs explications quant à la documentation examinée et quant aux arguments à faire valoir auprès des autorités. On observe une tendance à sacrifier ces situations individuelles. Il est clair que les personnes physiques impliquées ne pourront plus user de toutes les voies de droit pour se défendre et se trouvent nécessai-

rement impactées par les termes d'un accord conclu par leur employeur.

Alexis Werl : Notons néanmoins qu'en cas de négociation d'une CJIP, la personne morale peut obtenir du PNF, dans le cadre d'un accord global, qu'il renonce à poursuivre tout ou partie des personnes physiques éventuellement impliquées.

Pierre Laporte

Ancien vice-président des ventes de la branche Énergie d'Alstom et associé d'Ikarian





Marie-Anne Frison-Roche : Dans cette nouvelle forme de justice, le procureur s'est transformé en personnage central. Associé au pouvoir d'opportunité des poursuites, ce pouvoir de négociation fait du procureur un acteur essentiel qui, de manière mécanique, « juge » et décide de plus en plus dans les grandes affaires.

Astrid Mignon Colombet : La loi Sapin 2 a exclu de manière explicite – et les travaux parlementaires vont dans ce sens – une immunité pour les personnes physiques. Mais le principe de l'opportunité des poursuites permet de tenir compte des situations au cas par cas.

Benjamin Grundler : Rappelons qu'à la suite de la CJIP signée

par la Société Générale au mois de juin dernier, Eliane Houlette et son correspondant du DoJ ont annoncé lors d'un colloque à l'OCDE que les personnes physiques françaises seraient éventuellement poursuivies par le PNF, et les personnes physiques étrangères par les autorités américaines. En réalité, il n'y a pas d'immunité.

Comment articuler justice négociée et procès pénal ?

Astrid Mignon Colombet : Comment articuler cette justice négociée avec les poursuites qui persistent contre les personnes physiques ? Aujourd'hui, la CJIP n'est pas ouverte aux personnes physiques, à la différence des DPA américains. Se pose donc un problème d'éthique et de procès équitable, lorsqu'une entreprise a révélé les faits et que, plusieurs années après, la personne physique est pour-

suivie. Comment défendre la personne physique une fois que l'accord est signé ? Bien sûr, il existe d'autres outils : la CRPC, le plaider-coupable, le procès pénal. Mais la stratégie judiciaire est complexe.

Benjamin Grundler : L'accord de CJIP signé par la personne morale n'est, certes, pas une reconnaissance de culpabilité, mais la présentation des faits révèle beaucoup d'éléments. Si

les personnes physiques poursuivies ne sont pas en phase avec ce qui a été écrit dans la transaction – qui est une sorte de vérité judiciaire –, il est difficile de convaincre les autorités de poursuite, puis le juge, que ce qui a été écrit est faux. Il s'agit d'une véritable difficulté à laquelle nous sommes confrontés depuis longtemps dans la défense de dirigeants français dans des procédures pénales étrangères

notamment aux États-Unis, en Grande Bretagne ou au Brésil. Les personnes morales qui vont signer ce type de convention doivent en être bien conscientes et faire très attention dans les positions qu'ils prennent.

Astrid Mignon Colombet : Autre sujet important : l'entreprise qui a signé un DPA aux États-Unis et qui se retrouve confrontée par la suite à un procès dans un autre pays. Quelle est la valeur probatoire de ce DPA dans le système judiciaire étranger ? Est-ce un aveu ? Un élément de preuve ? En réalité, ce sujet en cache un autre, majeur, celui de l'applicabilité du principe « non bis in idem » lorsque l'entreprise ayant signé le DPA à l'étranger se trouve poursuivie en France pour les mêmes faits. La jurisprudence française est actuellement en construction sur ce sujet majeur.

Marie-Anne Frison-Roche : Est-ce une situation si nouvelle en jurisprudence ? Celle-ci admet depuis longtemps l'utilisation dans un procès de documents obtenus lors d'un contentieux administratif, la jurisprudence considérant que le juge pénal peut les prendre en considération comme élément

probatoire dans sa libre appréciation des preuves.

Dès lors, quelle que soit la qualification juridique de la CJIP ou d'un document obtenu dans une procédure étrangère, la même logique ne va-t-elle pas se poursuivre, considérant que c'est un élément probatoire comme un autre et qu'on peut donc l'utiliser sans porter atteinte aux droits de la défense dès l'instant qu'ils sont mis dans le débat contradictoire ?

Astrid Mignon Colombet : C'est la question qui a été récemment examinée par la Cour de cassation dans un arrêt inédit du 17 janvier 2018. La chambre criminelle a refusé d'appliquer le principe *non bis in idem* à un justiciable britannique déjà jugé aux États-Unis au motif qu'il avait signé un accord de *guilty plea* et était libre en France de ne pas s'auto-incriminer et d'exercer les droits de la défense. Cette décision me paraît contestable. Nous avons intérêt à ce que nos instruments de lutte contre la corruption s'harmonisent, car si nos systèmes judiciaires sont trop différents, la portée que l'on reconnaît à l'un des systèmes ne sera pas comprise dans l'autre système. En droit français, classiquement,

la vérité judiciaire résulte d'un débat public et contradictoire sur les faits objet de la poursuite devant le juge du siège. La vérité transactionnelle résulte quant à elle d'un débat entre la personne mise en cause et le procureur, qui aboutit à un accord soumis à la validation du juge judiciaire. Il s'agit donc d'éviter un choc des systèmes nuisible aux droits de la défense.

Ludovic Malgrain
Associé,
White & Case.



Comment rendre le procès de la personne physique plus équitable ?

Benjamin Grundler : C'est assez compliqué. À mon sens, il n'existe pas, en l'état, de système satisfaisant. Même si la CJIP était ouverte aux personnes physiques, le problème perdurerait, car certaines pourraient transiger et d'autres pas. Ces dernières se retrouveraient tou-

jours quelque peu enfermées par le contenu des accords passés. En outre, imaginer que le PNF – ou le juge d'instruction, qui envisage une convention judiciaire – doit a minima auditionner les personnes susceptibles de faire l'objet de poursuites est, en réalité, irréaliste. Cela



prendrait trop de temps et irait à l'encontre du principe de rapidité de cette procédure. En outre, l'identification des personnes physiques susceptibles d'être poursuivies peut intervenir au cours de la phase d'investigations.

Il convient également de noter que sur les cinq CJIP, quatre ont été signées après des investigations très poussées suite à l'ouverture d'informations judiciaires. Une seule, l'affaire Société Générale, a été conclue en dehors – a priori – de toute action coercitive des services d'enquête. Les autorités se sont donc approprié le travail réalisé par un acteur économique. C'est ce travail qui peut, dans un second temps, servir de base aux enquêteurs pour s'intéresser aux personnes physiques. Il convient donc que le parquet et les enquêteurs appréhendent de manière indépendante et critique le travail effectué par la personne morale, ce qui pourra parfois poser quelques difficultés matérielles et pratiques. Je rappelle que l'enquête

interne dans le dossier Rolls Royce a nécessité l'analyse de près de 30 millions de documents.

Alexis Werl : On pourrait envisager que la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) soit la solution pour les dirigeants, lorsque la personne morale négocie une CJIP. Étant précisé que cette dernière, lorsqu'elle est négociée au stade de l'instruction, implique une reconnaissance des faits mais également une reconnaissance de la qualification pénale. Elle se rapproche donc de la CRPC.

Hélène Saint Loubert : Si je comprends bien, le dirigeant doit négocier pour l'entreprise et ensuite il doit penser à ce qu'il risque. C'est un positionnement compliqué pour lui...

Ludovic Malgrain : En tant que pénaliste, je regrette cette absence de discussions contradictoires portant sur les éléments d'un dossier complet d'investi-

gation, cette absence de débats judiciaires et de confrontations lors d'une audience, devant un juge dont la défense n'a rien à craindre. Tout cela est préoccupant, car les personnes physiques sont aussi intéressées par la vérité judiciaire. On a un peu l'impression de les sacrifier à l'aune d'autres circonstances qui sont l'aléa judiciaire et le temps. Dans ces circonstances, les parties conviennent d'un accord qui peut s'éloigner de ce qui serait jugé judiciairement.

Alexis Werl : Du point de vue de l'avocat, et des principes au nom desquels nous exerçons notre métier, je suis totalement d'accord. Mais du point de vue de nos clients, je suis plus nuancé. A cet égard, je me rappelle qu'il y a plusieurs années, j'avais défendu un groupe français accusé de corruption internationale. La procédure avait duré près de dix ans. Nous étions allés jusqu'à la cour d'appel pour obtenir une relaxe de la personne morale. J'ai revu certains responsables de



cette personne morale quelques années plus tard, à l'occasion d'une formation, et je leur ai demandé : « Si, aujourd'hui, c'était à refaire ? Si vous deviez choisir entre le paiement immédiat d'une amende significative, dans le cadre d'une CJIP, et la poursuite de la procédure pénale, pendant plusieurs années, avec, à la clé, une relaxe totale, quelle option choisiriez-vous ? ». Leur réponse a été sans équivoque : ils préféreraient payer immédiatement une amende, et tourner la page, plutôt que voir reconnaître leur innocence des années plus tard. Le coût d'une procédure pénale au long cours, en termes de réputation, de dommages sur l'organisation interne du groupe, de perte de confiance, était à leurs yeux supérieur à celui d'une amende, même importante.

Astrid Mignon Colombet : L'avenir des CJIP me semble plutôt résider dans leur discussion à un stade précoce de l'enquête judiciaire, c'est-à-dire au moment de l'enquête préliminaire

menée par le procureur plutôt qu'à l'issue de l'information judiciaire. L'enquête préliminaire française suppose des actes d'investigation effectués sous la direction du procureur ; elle connaîtra certainement des évolutions sous l'influence grandissante des enquêtes internes menées par les entreprises, avec le concours des avocats qui nourrissent sans la remplacer l'enquête judiciaire.

Je pense, d'ailleurs, que notre dispositif va donner lieu à des stratégies judiciaires à géométrie variable, selon la gravité des faits. Le procès sera réservé à certains types de dossiers. Tout dépendra des faits et de l'implication concrète des personnes physiques mises en cause. À cet égard, aux États-Unis, le Département de la justice, dans une récente circulaire du 29 novembre 2018, a recommandé que, dans le cadre de la coopération avec les autorités, les entreprises identifient les seules personnes physiques « substantiellement » impliquées dans les faits reprochés (R. Rosenstein, procureur général

adjoint, « Policy for Corporate Cooperation »).

Héléne Saint Loubert : La CJIP donne l'impression d'être un circuit court. Ce n'est pas à l'honneur de la justice car si elle allait dans le sens du business et gèrait correctement ses délais, on n'en serait pas contraint à négocier en dehors du cadre classique.

Marie-Anne Frison-Roche : N'est-ce pas étonnant comme l'ensemble de notre discussion a porté sur l'efficacité ou l'inefficacité de ces nouveaux modes de responsabilité des personnes morales et des personnes physiques pour des agissements économiques, sans que la question de la culpabilité ou de l'innocence n'affleure à la surface de nos débats... Comme si cette question-là, question première de preuve, fondement premier de la condamnation, ce pourquoi le droit pénal porte exception légitime à notre liberté, était devenue, aujourd'hui, une question presque secondaire ! ■