

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'ambiguïté 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'éluider 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 plaçant 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 le 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.



© USCHOOLS UNIVERSITY IMAGES - ISTOCKPHOTO

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 n° 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 actions*¹⁶.

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

invalide par le Conseil constitutionnel en 1995 au motif que le prononcé par le procureur de mesures assimilables à des sanctions pénales nécessitent « 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^{er} 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.

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 ceux-ci 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 de la société.

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. 1^{er}, 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 ?

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.

« Par le DPA, la société se voit privée du droit de se défendre sur les faits objet des investigations. »

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).

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 de la société.

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, 5^e éd., t. 2, 2001, n° 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*, § 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.

30 Les DPA signés par les sociétés françaises prévoient que le *monitor* est de nationalité française.

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.

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 au monitor le pouvoir d'imposer directement la "recommandation", parfois après avoir consulté une autorité tierce, telle qu'en France le Service central de prévention de la corruption rattaché au ministère de la Justice. »

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.

34 F. Desportes et F. Le Gunehec, *Droit pénal général* : *Economica*, 16^e éd., 2009, n° 876.

35 DPA Technip, 24 juin 2010.

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

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