

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

31 Les personnes physiques face à la justice pénale négociée

David contre Goliath ?



CONSTANCE ASCIONE LE DREAU,
avocate à la Cour,
Visconti & Grundler

BENJAMIN GRUNDLER,
avocat à la Cour, associé,
Visconti & Grundler

Société Générale, Alstom, Siemens, HSBC, to name but a few: the multiplication of negotiated agreements entered into by judicial authorities and legal persons in recent years and in major white collar crime cases raises the question of the judicial treatment of individuals involved in these very cases. Indeed, while enforcement authorities and legal entities undeniably benefit from such agreements, the incentives seem less significant for natural persons. Further, even when individuals are not party to such agreements, the mere existence of these conventions can impair their defence rights. Could it be that this new form of negotiated criminal justice develops at the expense of individuals? We believe that far from stereotyped antagonisms, it is in the interest and the power of all stakeholders to ensure the right to a fair trial for all parties, particularly in the way they conduct negotiation proceedings and potential parallel judicial proceedings, and in the way they define defence strategies.

U.S. District Court, Eastern District of New York (Central Islip), Criminal Docket for case #: 2:17-cr-00464-JS All Defendants

Le 17 décembre 2018, une audience, provoquée par une ancienne salariée de Société Générale, se tenait devant le tribunal fédéral du district Est de New York. L'ancienne salariée contestait sa mise en accusation dans l'une des affaires dites du Libor, quelques mois après la conclusion d'un accord entre Société Générale et le *Department of Justice* (DoJ) américain¹, notamment en lien avec les dossiers Libor.

De tels accords négociés sont désormais admis dans de nombreux systèmes judiciaires, au premier rang desquels les États-Unis, le Royaume-Uni et la France². En vertu de ces accords négociés, *Deferred Prosecution Agreements* (DPA), *Non Prosecution Agreements* (NPA), ou encore convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), les personnes morales et les autorités judiciaires s'accordent sur une forme de pénalité, en échange d'une reconnaissance de faits, mais sans déclaration de culpabilité. L'intérêt de tels accords est manifeste, tant pour les personnes

morales que pour les autorités judiciaires : célérité et efficacité, coûts de procédure évités, amendes significatives mais impact réputationnel réduit, maîtrise accrue du risque et de l'incertitude, etc. Pourtant, si les avantages présentés par ces accords paraissent indubitables pour les autorités judiciaires et pour les personnes morales, ces conventions négociées ne sont pas nécessairement si bénéfiques pour les personnes physiques : peuvent-elles y recourir dans les mêmes conditions que les personnes morales ? Y ont-elles intérêt ? Peuvent-elles au contraire en être comme victimes ? En sont-elles les grandes perdantes ?

S'il est indéniable que ces accords semblent moins favorables aux personnes physiques, voire peuvent leur être préjudiciables (1), il est néanmoins possible, pour les autorités judiciaires, les personnes physiques et morales et leurs conseils, de préserver les droits et les intérêts de chacun dans le cadre de cette justice négociée (2).

1. Les écueils de la justice pénale négociée pour les personnes physiques

Le recours à un accord négocié peut sembler moins attrayant pour les personnes physiques que pour les personnes morales ou les autorités judiciaires, car leurs motivations sont distinctes, de même que les conditions pour y recourir (A). De plus, quand bien même la personne

1 V. DPA entre Société Générale SA et le DoJ, 5 juin 2018.

2 L. n° 2016-1691, 9 déc. 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, art. 22 : JO 10 déc. 2016, texte n° 2.

physique choisit de ne pas recourir à un tel accord, l'existence d'une telle convention entre la personne morale et l'autorité judiciaire peut lui être préjudiciable (B).

A. - Les avantages amoindris des accords négociés pour les personnes physiques

La justice pénale négociée présente un intérêt indéniable pour les autorités judiciaires comme pour les personnes morales. Pour les autorités judiciaires, ces accords permettent de recouvrer des amendes souvent élevées : ainsi de l'amende de 300 millions d'euros infligée à la banque suisse HSBC par les autorités françaises en octobre 2017³, ou encore de l'amende de 422 millions de dollars subie par la société Keppel aux États-Unis en décembre 2017⁴. En outre, ces procédures négociées trouvent une issue dans des délais beaucoup plus courts qu'une procédure judiciaire classique : dans le cas de la banque française Société Générale, l'enquête préliminaire, côté français, n'a ainsi duré que 18 mois⁵, là où les investigations concernant la banque UBS ont duré plus de 7 ans entre l'ouverture de l'enquête préliminaire et la tenue de l'audience⁶. Ces procédures négociées deviennent également, selon le mot des magistrats Guillaume Daïeff et Ghislain Poissonnier, au-delà de simples « alternatives au jugement », de véritables « alternatives à l'enquête »⁷ : ces accords sont souvent le fruit d'investigations menées par les personnes morales elles-mêmes, à leur frais, limitant d'autant les coûts de procédure pour les autorités judiciaires engorgées, et aux moyens plus limités. Pour les personnes morales, la célérité de ces procédures négociées est également un avantage indéniable, l'atteinte potentielle à l'image et à la réputation étant clairement circonscrite dans le temps. De plus, ces procédures mettent fin à des incertitudes auxquelles les entreprises, comme les marchés, sont particulièrement averses. Enfin, l'absence de déclaration de culpabilité permet d'éviter des conséquences potentiellement désastreuses pour la personne morale, telle que l'exclusion des marchés publics. Si l'intérêt des accords négociés est donc patent pour les autorités judiciaires et les personnes morales, la question est plus complexe s'agissant des personnes physiques.

En effet, certains pays, comme la France, à la différence des États-Unis, ne permettent pas la conclusion d'un tel accord, sans déclaration de culpabilité, pour la personne physique. Dès lors, la personne physique, qui se voit contrainte, pour pouvoir bénéficier d'un accord, de reconnaître sa culpabilité, et d'en porter la marque à son casier judiciaire, trouvera nécessairement le processus moins attrayant que la personne morale, dont la simple reconnaissance factuelle laissera le casier indemne. De plus, l'exemple de Patrick de Fayet, dont la reconnaissance de culpabilité n'a finalement pas été homologuée, et qui a fait l'objet d'un renvoi devant le tribunal correctionnel pour y être jugé en même temps que son ancien employeur, la banque UBS, n'est pas sans interroger sur l'indépendance du traitement procédural qui serait réservé à

la personne physique. Par ailleurs, dans la majorité des cas, bien qu'il existe des exceptions, l'impératif de célérité est moins crucial pour les personnes physiques, les frais de défense sont souvent pris en charge par les employeurs ou anciens employeurs, et les amendes encourues moins colossales, si bien que les enjeux financiers sont moins considérables. Enfin, l'impact réputationnel et professionnel d'une condamnation, s'il ne peut être négligé, a des conséquences souvent plus limitées. Les personnes physiques sont donc moins incitées à recourir systématiquement à ces accords négociés. De plus, la justice négociée peut s'avérer attentatoire aux droits de la défense des personnes physiques, même lorsqu'elles n'y sont pas directement parties.

B. - La fragilisation des droits de la défense de la personne physique par la justice négociée

Les procédures à l'encontre des personnes morales et physiques étant, en théorie, indépendantes, il est fréquent qu'une personne physique soit poursuivie après, ou en parallèle, de la conclusion d'un accord entre la personne morale, employeur ou ancien employeur de la personne physique, et les autorités judiciaires. Or, dans de tels cas, les droits de la défense de la personne physique peuvent être mis à mal. En effet, en théorie, ces conventions ne constituent pas des aveux de culpabilité et ne lient pas les personnes physiques, qui y sont tierces. Elles contiennent pourtant des reconnaissances factuelles, mais également, souvent, des qualifications pénales. Ainsi, la troisième CJIP conclue entre le Parquet de Nanterre et la société SAS Set Environnement mentionne expressément la qualification pénale de corruption⁸. Le risque est donc manifeste que le contenu de ces accords, devenu vérité judiciaire, ne couvre la voix de la personne physique qui entreprendrait de prouver son innocence, mettant à mal son droit au procès équitable, et notamment, à un tribunal impartial.

Ce risque est d'autant plus significatif que le positionnement de certaines autorités judiciaires incite expressément les personnes morales à la coopération afin, notamment, de permettre la poursuite des personnes physiques. Dans le *Yates Memo*, paru en septembre 2015, la *Deputy Attorney General* Sally Yates indiquait sans ambages : « une des façons les plus efficaces de poursuivre les manquements des sociétés est de rechercher la responsabilité des individus auteurs de ces manquements »⁹. Ce même mémo mettait en place une « politique de responsabilité individuelle », en vertu de laquelle, selon les termes mêmes du DoJ, « une société doit fournir toutes les informations pertinentes (...) quant aux personnes physiques impliquées dans les manquements, afin de pouvoir recevoir un quelconque bénéfice à raison de sa coopération. Ceci constitue une condition essentielle, et si elle n'est pas remplie, la société sera inéligible à un crédit de coopération »¹⁰. Une telle posture se retrouve également de l'autre côté de l'Atlantique, puisqu'en Grande-Bretagne, lors d'une conférence en mars 2018, la directrice adjointe de la division corruption du *Serious Fraud Office* (SFO), indiquait que si une société souhaitait coopérer avec le SFO et bénéficier ainsi d'un traitement favorable, il lui incombait d'assister le SFO dans

3 V. CJIP entre HSBC Private Bank Suisse SA et le Parquet national financier, 30 oct. 2017 : *Rev. int. Compliance* 2017, comm. 97, par R. Family.

4 V. DPA entre Keppel Offshore Marine Ltd. et le DoJ, 18 déc. 2017.

5 V. S. de Navacelle et S. Dos Santos, La première CJIP conclue avec le Parquet national financier en matière de corruption internationale et en accord avec le Department of Justice étasunien : *Rev. int. Compliance* 2018, comm. 111.

6 V. C. Le et V. de S., *Evasion fiscale : UBS France visé par plusieurs enquêtes* : *Les Echos*, 22 mars 2012.

7 V. G. Daïeff et G. Poissonnier, *Les premiers pas prometteurs de la justice pénale négociée* : *JCP G* 2018, 952.

8 V. CJIP entre SAS Set Environnement et le Parquet de Nanterre, 14 févr. 2018 : *Rev. int. Compliance* 2018, comm. 68, par Ch. Dargham.

9 V. *Yates Memo*, 9 sept. 2015 : "One of the most effective ways to combat corporate misconduct is by seeking accountability from the individuals who perpetrated the wrongdoing".

10 V. DoJ, *Frequently asked questions: corporate cooperation and the individual accountability policy*, 30 nov. 2016.

son enquête, et notamment de « faciliter les investigations du SFO, et, le cas échéant, faciliter la poursuite d'autres suspects, notamment les personnes physiques »¹¹. En pratique, les personnes morales sont donc incitées à communiquer tous les éléments en leur possession quant à la responsabilité éventuelle de personnes physiques, y compris - voire surtout - les éléments incriminants, dont la personne physique n'aura pas nécessairement connaissance. La conclusion d'un accord négocié par la personne morale peut donc impacter très négativement les droits de la défense de la personne physique, et mettre à mal le principe du procès équitable. Néanmoins, il est possible de concilier et préserver les droits de chacun, et notamment, des personnes physiques, dans un contexte d'accord négocié.

2. La protection des intérêts des personnes physiques et morales dans un contexte de conventions négociées

Dans l'état actuel du droit et de la pratique, la justice pénale négociée n'est pas véritablement favorable aux personnes physiques, mais certaines évolutions de politique pénale peuvent permettre de renforcer leurs droits dans ce cadre (A). De plus, certaines stratégies de défense permettent de concilier et protéger les intérêts des personnes physiques comme des personnes morales dans un cadre de négociation (B).

A. - Des évolutions de politique pénale souhaitables pour renforcer l'équilibre de la justice négociée

Les autorités judiciaires peuvent, par certaines orientations, rétablir un équilibre plus favorable aux personnes physiques dans le cadre de la justice pénale négociée. Il convient à titre liminaire de noter que s'il pourrait sembler opportun, en France, d'étendre la procédure de CJIP aux personnes physiques, il n'est pas certain que cela suffise à rendre la justice pénale négociée plus attractive pour la personne physique, dont les intérêts à négocier peuvent parfois différer de ceux de la personne morale et des autorités judiciaires, comme évoqué précédemment.

En revanche, les droits des personnes physiques peuvent être renforcés par le positionnement des autorités judiciaires. L'on peut ainsi saluer l'annonce en novembre 2018, de la modification du Yates Memo, afin d'abaisser les conditions de l'octroi de crédits de coopération aux personnes morales dans le cadre d'une négociation : alors que celles-ci devaient auparavant fournir « tous les faits en lien avec les individus impliqués dans le manquement, quelle que soit la place dans l'organigramme de ces individus », elles ne sont désormais plus tenues qu'à l'identification des individus qui ont « été impliqués de façon significative »¹² dans le manquement allégué. De même, au Royaume-Uni, à l'exclusion du premier DPA conclu avec Standard Bank, les DPA suivants ne mentionnaient volontairement pas le nom des éventuelles personnes physiques impliquées dans les manquements. Dans sa décision approuvant le DPA entre Rolls Royce et le SFO, le juge a expressément indiqué qu'il avait eu connaissance de l'identité des personnes visées

11 V. C. Black, K. Coppens and T. Bowden, *United Kingdom: Cooperation since Rolls-Royce: learning points for companies and individuals: Global Investigations Review*, 30 mai 2018.

12 *New DoJ Policy revises "Yates Memorandum": Program on Corporate Compliance and Enforcement*, M. W. Peregrine et R. Martin.

par le *Statement of Facts*, mais que celle-ci ne serait pas dévoilée afin de ne pas porter préjudice à de potentielles procédures pénales parallèles¹³.

De façon similaire, il est indispensable que les autorités judiciaires conservent une distance raisonnable avec le contenu des enquêtes internes que peuvent réaliser les personnes morales en vue de la conclusion d'un accord, et ce tant dans l'intérêt des personnes physiques et morales. Pour le magistrat français Guillaume Daëff, « la tentation [est] grande de se contenter des pièces fournies par l'entreprise pour fonder ses poursuites : courriels, bandes sonores, notes manuscrites, documents, relevés informatiques, auditions internes (faites par des auditeurs internes ou externes) » mais les autorités judiciaires s'exposeront alors à deux critiques majeures que sont la « déloyauté dans l'obtention de la preuve » et « un risque de manipulation de la part de la société ». Il appartient donc aux autorités de poursuite de ne pas être « prisonni[ères] des orientations prises lors de l'enquête interne, orientations qui peuvent résulter de décisions prises involontairement ou malicieusement »¹⁴. Si les autorités judiciaires peuvent donc, par leurs pratiques, renforcer les droits de chacun dans le cadre de la justice négociée, et notamment des personnes physiques, les stratégies de défense mises en place par celles-ci et par les personnes morales, peuvent également former un rempart efficace contre toute atteinte au procès équitable.

B. - La mise en place de stratégies de défense respectueuses des intérêts de chacun

Les personnes physiques, les personnes morales et leurs conseils ont tout intérêt à mettre en place des stratégies de défense qui ne soient pas dictées par des antagonismes de principe. Il serait ainsi contreproductif pour les personnes morales d'opter pour une stratégie du « bouc-émissaire »¹⁵, en vertu de laquelle une personne physique serait jetée en pâture aux autorités de poursuite, comme un écran de fumée pour dissimuler d'autres responsabilités. La coopération avec les autorités de poursuite doit à ce titre être fondée sur une analyse strictement objective des éléments recueillis. De même, il est essentiel, au cours des enquêtes internes, de recueillir les positions de chacune des personnes physiques susceptibles d'être impliquées, et d'être particulièrement vigilant sur les éventuelles conclusions de l'enquête. Les personnes morales éviteront ainsi que des déclarations ou éléments postérieurs viennent décrédibiliser leur enquête interne, voire contredire le contenu de l'accord passé avec les autorités de poursuite.

S'agissant des personnes physiques, il est souhaitable qu'elles participent, avec l'assistance d'un conseil, à l'enquête réalisée par la personne morale, afin d'exprimer clairement leur position. Si, malgré cela, le contenu de l'enquête, ses conclusions ou la teneur de l'accord finalement conclu avec les autorités judiciaires semblent inexacts ou

13 "I ought to add that the identities and positions of employees within Rolls-Royce referred to in the Statement of Facts have been made known to me so that I have been able to assess their comparative seniority and, thus, the responsibility of Rolls-Royce but, given the continued criminal investigation into individuals, to go further than the Statement of Facts or my summary and identify the employees or others by name, would be to prejudice potential criminal proceedings", V. *Jugement SFO v. Rolls-Royce PLC et Rolls-Royce Energy Systems Inc.*, 17 janv. 2017, § 32.

14 V. G. Daëff et G. Poissonnier, *art. préc.*

15 *Id.*

infondés, il est loisible aux personnes physiques mises en cause de les contester. La défense de la personne physique ne doit pas se considérer comme captive ou bridée. De récents exemples ont ainsi prouvé que, même en cas d'accord négocié conclu avec une société, un ancien employé mis en cause peut choisir, avec succès, la voie judiciaire. Tel est le cas de Monsieur Hoskins, ancien vice-président pour la région Asie d'Alstom, poursuivi pour divers agissements en lien avec les activités indonésiennes d'Alstom, qui faisaient partie du champ de l'accord conclu entre la société et le DoJ en 2014¹⁶. Monsieur Hoskins n'a lui-même pas plaidé coupable et a contesté judiciairement l'applicabilité du FCPA à son cas, dès lors qu'il n'appartient pas aux différentes catégories de personnes expressément visées par le FCPA. Dans une décision du 24 août 2018¹⁷, la Cour a examiné la position des autorités de

poursuite américaines, qui estimaient, en substance, qu'il était possible de poursuivre Monsieur Hoskins comme complice de violations commises par d'autres, alors même qu'il était impossible de le poursuivre comme auteur. La Cour, adoptant notamment une approche téléologique du FCPA, a rejeté cet argumentaire. Cet exemple illustre le fait que la personne physique et son conseil ne doivent pas renoncer au combat judiciaire lorsque celui-ci s'avèrera dans l'intérêt de la personne physique.

3. Conclusion

Si la vague de justice négociée, partie des États-Unis, et qui s'est peu à peu répandue dans de nombreuses juridictions, n'est pas nécessairement propice aux personnes physiques, elle ne leur est pas nécessairement préjudiciable, si tous les acteurs du système mettent en place les garde-fous nécessaires, en gardant pour boussole le droit au procès équitable de tous les sujets de droit.

16 V. DPA entre Alstom SA et le DoJ, 13 nov. 2015.

17 V. L. A. Low et B. Prelogar, *Judicial Limits on US Prosecution of Foreign Nationals for Overseas Bribery* : Rev. int. Compliance 2018, comm. 160.

LexisNexis®

#RGPD

DROIT DE LA DONNÉE
Principes théoriques et approche pratique
Matthieu Bourgeois
50 €

NOUVEAUTÉ

DROIT & PROFESSIONNELS

DROIT DE LA DONNÉE
Principes théoriques et approche pratique

L'ouvrage indispensable pour être prêt le 25 mai 2018 #RGPD

Retrouvez tous nos ouvrages sur boutique.lexisnexis.fr

502 029 431 RCS PARIS 181810042 - 02/2018 PHOTO © KEREM YUCEL - ISTOCKPHOTO.COM