

Les cahiers de la justice

Revue trimestrielle de l'École nationale de la magistrature

#2013/3

TRIBUNE “ Le monde, un défi pour le juge français
de XXI^e siècle
par Antoine Garapon

DOSSIER [] Le juge à l'écoute du monde

Chantal Arens | Boris Bernabé | Magalie Bouvier | Loïc Cadiet | Frederick T. Davis |
Christiane Féral-Schuhl | Natalie Fricero | Roger Grass | Frédéric Gros |
Serge Guinchard | Horatia Muir Watt | Stéphanie Robin | Dominique Salvary

CHRONIQUES { La justice brésilienne face au système
interaméricain de protection des droits
de l'homme

par Kathia Martin-Chenut

Les magistrats et la diversité culturelle :
« comme M. Jourdain... »

par Anne Wyvekens

L'ordre public et le référent islamique
Usages d'un standard juridique
en contextes européen et nord-africain

par Nathalie Bernard-Maugiron
et Baudouin Dupret

Le récit de l'instruction préparatoire

par Anne-Sophie de Lamarzelle

Entre New York et Paris : quelles stratégies pour les avocats ?

par Frederick T. Davis

Frederick T. Davis, Avocat aux barreaux de Paris et de New York.

À l'aune des exemples français et américain, Frederick T. Davis observe que de nombreuses avancées ont eu lieu ces dernières années en vue d'une convergence législative. Il constate également que les écarts entre les systèmes juridiques restent importants s'agissant notamment de la lutte contre la corruption.

From the standpoint of the French and American examples, Frederick T. Davis observes that much progress has been made in recent years with a view to legislative convergence. He also notes that large gaps still exist between the legal systems, most notably as regards the fight against corruption.

La mondialisation de la procédure civile et de la procédure pénale peut être envisagée dans une perspective comparatiste entre la situation des États-Unis et celle de la France. On observe alors que l'optimisme qui paraît de mise au regard de la volonté de convergence législative doit être nuancé s'agissant des dites procédures, en particulier pénales, où les désaccords entre les deux pays ne s'estompent guère sur les modalités d'application des textes. Prenons l'exemple de la lutte contre la corruption. En 1977, j'étais jeune procureur au parquet fédéral de New York au moment de l'adoption de la législation dite « *Foreign Corrupt Practices Act* », principal texte américain relatif à la lutte contre la

corruption internationale. Ma réaction immédiate, tout à fait partagée avec mes collègues du parquet, fut que cette législation paraissait stupide parce qu'elle ne s'appliquait qu'aux entreprises (et aux personnes physiques) américaines, y compris lorsque celles-ci étaient en concurrence avec des ressortissants d'États étrangers. Imaginons en effet la situation simple, mais assez réaliste, d'un appel d'offres fait dans un pays émergent, auquel étaient susceptibles de répondre une société française et une société concurrente américaine. Si toutes les deux étaient tentées d'améliorer leurs chances de succès pour emporter le marché en faisant un petit « cadeau » au décideur, le résultat, selon cette nouvelle législation, était clair : l'entreprise américaine, et peut-être bien son

PDG, risquaient d'être condamnés au pénal, avec la possibilité d'une amende assortie d'emprisonnement pour la personne physique ; de son côté, en revanche, l'entreprise française pouvait bénéficier d'une déduction fiscale – qui était la règle fiscale en France à cette époque-là – et le PDG espérer quelques félicitations pour avoir damé le pion à une entreprise américaine !

Cette situation a fondamentalement changé en 1997, avec l'adoption par l'OCDE de la Convention sur la lutte contre la corruption internationale. Ce traité, qui a été rapidement adopté par les principales puissances économiques mondiales, y compris la France, obligeait en effet les signataires à adopter une législation anticorruption et à pratiquer entre eux une coopération dans la poursuite de ce délit. À l'heure actuelle, non sans satisfaction d'ailleurs, on doit noter que la convergence est de plus en plus forte en matière de corruption entre les lois pénales des États-Unis et de la France (et même au-delà, avec tous ceux qui ont signé le traité). Certes, des différences subsistent, qui en certains cas pourraient s'avérer gênantes, mais, d'une manière générale, dorénavant, un pot de vin est reconnu comme illégal dans chacun de ces pays ; y compris lorsqu'il est pratiqué à l'étranger et dans un contexte de concurrence internationale exacerbée. Dans la sphère anglo-saxonne, on parle d'un « *level playing field* », c'est-à-dire d'une situation où tous les concurrents sont traités de façon égalitaire. Telle est plus ou moins la situation actuelle résultant du traité de l'OCDE évoqué précédemment.

Lorsque l'on opère cependant un glissement du questionnement de la notion d'illécite (« quel comportement est interdit ? ») vers celle de la répression (« comment les autorités vont-elles poursuivre une violation de ces règles ? »), on constate non seulement un défaut de convergence des procédures entre les deux pays mais également des différences notables dans les pratiques ; parmi beaucoup d'autres, relevons par exemple la possibilité (ou non) d'une négociation entre une entreprise impliquée dans une affaire de corruption internationale et les autorités de poursuite.

Là encore, imaginons une mise en situation simple et concrète : supposons que le directeur des affaires juridiques d'une entreprise découvre que, dans le passé, un responsable de l'entreprise (qui a quitté celle-ci depuis lors) avait autorisé le paiement d'un « cadeau » d'un montant important au beau-frère du dictateur d'un État, cadeau qui avait mené à un contrat important et lucratif. Que conseiller au directeur juridique de cette malheureuse entreprise ? La réponse varie selon le pays susceptible d'enquêter sur cette affaire. Dans l'hypothèse où il s'agit d'une entreprise américaine ou britannique (ou de toute autre entreprise soumise aux lois de ces pays, en raison, par exemple, de la cotation de ses actions sur ces marchés ou de la présence d'une de ses filiales sur leur territoire), la situation est claire : il faut tout d'abord s'informer, d'une manière détaillée et complète, sur tous les faits pertinents afin de faire une évaluation de l'importance du « cadeau » consenti et des risques que comporte la situation. Normalement, cette

sorte d'« enquête interne » peut être faite par un avocat et les fruits de ces travaux protégés par le secret professionnel (ou son quasi-équivalent dans les pays de *common law*, notamment « *the attorney-client privilege* »). Bien souvent cependant, cette enquête sera faite à la demande même du comité d'audit du conseil d'administration de l'entreprise.

Ainsi informée des risques, la direction de l'entreprise peut ensuite faire un choix en toute connaissance de cause : dans certains cas, elle peut estimer qu'elle dispose d'une très bonne défense (tant pour ce qui concerne les faits que les points de droit soulevés) et donc décider de ne rien entreprendre dans la mesure où les risques d'une poursuite avec condamnation sont limités (les frais de procédure, eux-mêmes évalués, étant pour leur part reconnus peu élevés sinon « acceptables »). Dans d'autres cas, les dirigeants peuvent à l'inverse estimer que les faits sont précis et graves, qu'ils ne disposent pas d'une bonne défense en droit et que le risque est important de voir l'affaire « sortir » à un moment ou à un autre dans l'espace public après que les faits aient été découverts par les autorités (ce qui est souvent le cas lorsqu'il s'agit d'une entreprise cotée assujettie à des obligations particulières de contrôle de ses comptes et d'information du marché). En définitive, dans une telle situation, la meilleure stratégie pourrait bien être de s'entretenir préalablement du problème avec les autorités.

Dans plusieurs pays, notamment aux États-Unis et au Royaume-Uni, les autorités ont d'ailleurs fait connaître les règles de

procédure ainsi que les éléments de leur politique pour encourager une telle communication. Bien que la situation de ces deux pays ne soit pas totalement identique, notamment depuis l'arrivée d'un nouveau directeur du « *Serious Fraud Office* » à Londres, dans l'ensemble leur stratégie consiste à manier le « bâton » et la « carotte » ; la « carotte » étant qu'une entreprise se présentant d'une manière volontaire et avant toute découverte par les autorités peut espérer bénéficier d'une attitude bienveillante, voire d'une clémence, en contrepartie de sa coopération et de son choix de transparence totale vis-à-vis des autorités. Des exemples récents ont ainsi montré que des sociétés avaient échappé à toute sanction pénale en échange d'engagements relativement au passé et de l'établissement d'un programme de « compliance » pour l'avenir. Quant au « bâton », il consiste en ce que toute société ayant eu le choix de prendre une telle initiative, mais l'ayant refusé en préférant dissimuler les faits, sera poursuivie jusqu'au bout, avec pour elle (et ses dirigeants) le risque de sanctions importantes.

Il convient de souligner ici que la « bonne » stratégie à suivre varie selon la nature et les détails de l'affaire ; en d'autres termes, il n'existe pas « une » seule et unique stratégie. De surcroît, il est important de noter que tous les pays n'autorisent pas de telles pratiques ; en France notamment, la possibilité de négocier un *accord pénal* n'existe guère d'un point de vue procédural. Bien sûr, il y a la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (« CRPC »), mais celle-ci n'est pas vraiment

une « négociation », du moins telle que pratiquée dans le système américain ou britannique. D'après deux circulaires du ministre de la Justice, elle ne doit du reste pas être appliquée aux cas de corruption internationale importante. Et surtout, il n'y a aucun choix stratégique possible dans le cadre d'une instruction, car le magistrat en charge du dossier n'est pas en droit de négocier quoi que ce soit avec une entreprise mise en examen. Sans doute est-ce d'ailleurs cette différence entre les situations française et américaine qui explique en partie (mais ça n'est là qu'une hypothèse) le constat fait par l'OCDE dans son rapport biennuel de la performance de la France dans la lutte contre la corruption (émis en octobre 2012) selon lequel, d'un point de vue statistique,

« Pour autant, les différences de procédure et de pratiques n'empêchent pas un certain mouvement de convergence, tout au moins informel. »

l'hexagone se situe loin derrière beaucoup d'autres pays. En d'autres termes, le seul véritable moyen de terminer une enquête anti-corruption d'importance en France est d'aller jusqu'au bout d'une instruction, de la faire suivre par un procès puis parfois par un appel ; mais ce faisant, de la durée de la procédure (très longue, probablement au minimum dix ans) résulteront des sanctions qui n'auront presque aucun rapport avec le délit commis et seront même « payées » par les actionnaires futurs.

De telles différences dans les procédures existantes et les pratiques professionnelles

prises en œuvre peuvent du reste s'avérer problématiques pour l'avocat qui conseille une entreprise visée concomitamment par les autorités de deux ou trois pays ; une approche jugée prudente dans l'un de ces pays pouvant en effet devenir à l'inverse suicidaire dans un autre. Prenons l'exemple d'une entreprise en pleine discussion avec les autorités américaines qui est prise pour cible dans une enquête en France et reconnaissons qu'il est assez difficile d'imaginer la possibilité pour elle d'aller frapper à une porte du Pôle Financier, rue des Italiens, pour commencer des « négociations » ! Pour autant, les différences de procédure et de pratiques n'empêchent pas un certain mouvement de convergence, tout au moins informel ; ainsi, des rapprochements s'opèrent de plus en plus entre les représentants des autorités de poursuite des deux côtés de l'Atlantique, qui se connaissent et tendent à favoriser des enquêtes « coopératives et bilatérales » entre les deux pays (à l'image des accords publics signés par Alcatel et Total dans le contexte d'une enquête menée par les autorités française et américaine). Deux derniers exemples encore, tirés cette fois de contextes différents, peuvent s'avérer éclairants : celui de l'arbitrage international et celui des tribunaux pénaux internationaux. Dans le premier cas, le modèle est intéressant car, en termes très généraux, un arbitrage international est une procédure consensuelle où les parties se mettent d'accord afin que leurs différends soient jugés, non pas selon les procédures en vigueur dans leur pays d'origine (ce qui évite le moindre avantage

partisan) mais en vertu des procédures « internationales » de leur choix. Certes, il a pu exister (et il existe encore) en la matière des exceptions, mais les modalités de fonctionnement et la « performance » de ces arbitrages internationaux sont plutôt satisfaisantes ; les arbitres et les avocats intervenant dans ces affaires connaissant et comprenant parfaitement le fait que les procédures mises en œuvre sont différentes de celles qu'ils avaient apprises à la faculté de droit et qu'elles ne leur sont pas pour autant inférieures – du moins surmontent-ils ces différences sans grande difficulté. Quant à la situation des tribunaux pénaux internationaux, elle est elle aussi édifiante, quoiqu'à bien des égards moins satisfaisante ; qu'il s'agisse du Tribunal pénal international pour le Rwanda, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie ou de la Cour pénale internationale. Malgré des exceptions heureuses, ni les juges ni les avocats qui plaident devant ces juridictions ne sont en effet parvenus à établir un consensus dans les procédures suivies et la plupart ont eu tendance à vouloir appliquer celles qui leur étaient les plus habituelles, celles qu'ils pratiquent devant leurs propres tribunaux.

Ce n'est d'ailleurs sans doute pas un hasard si, après plus de dix ans d'existence, un seul jugement définitif a été rendu par la CPI (jugement qui du reste est actuellement porté en appel), et si toutes les autres poursuites sont ralenties par d'interminables dis-

« Deux derniers exemples encore, tirés cette fois de contextes différents, peuvent s'avérer éclairants : celui de l'arbitrage international et celui des tribunaux pénaux internationaux. »

cussions et débats de procédure.

Si les juges et les avocats des générations précédentes ont pu considérer les procédures des pays qui n'étaient pas les leurs comme d'intéressantes curiosités intellectuelles, dans un monde qui aujourd'hui se « mondialise », tous sont désormais confrontés à des pratiques professionnelles différentes ; d'où l'importance primordiale d'instaurer un dialogue entre les juges et les avocats d'aujourd'hui qui, bien que venus de cultures juridiques et judiciaires parfois assez éloignées, ont intérêt, les uns comme les autres, à comprendre et à respecter les procédures et *habitus* qui, originellement, n'ont pas été les leurs.