

Les instruments allemands de répression de la grande délinquance d'affaires : justice consensuelle et enquêtes internes

Juliette Lelieur¹

1. Introduction

En 2008, l'affaire « Siemens » connaît un retentissement mondial. La prestigieuse société allemande, reconnue d'un côté victime d'un détournement de fonds commis par ses dirigeants pour constituer des « caisses noires »², est de l'autre côté mise en cause par la justice munichoise. Les caisses noires servaient en effet, de longue date, à corrompre des agents publics étrangers à des fins commerciales. Un accord est passé entre le ministère public de Munich et la société Siemens AG, qui oblige celle-ci au versement d'une somme de 395 millions d'euros en contrepartie de la suspension des poursuites³.

Concurrence judiciaire internationale. Le traitement pénal de ce scandale a présenté de nombreuses particularités, dont la plus emblématique à l'échelle internationale consiste dans le fait que Siemens a dû rendre compte de certains actes auprès des autorités américaines mettant en œuvre le FCPA (*Foreign Corruption practices Act*). En plus des millions d'euros payés à la justice allemande, la société Siemens AG s'est acquittée aux États-Unis d'une somme de 450 millions de dollars auprès du DoJ (*Department of Justice*) et de 350 millions de dollars supplémentaires auprès de la SEC (*Security and Exchange Commission*) en contrepartie de la suspension de poursuites répressives pour d'autres faits de corruption commis à l'étranger. Comme à l'égard de la justice allemande, elle a préféré « coopérer » avec la justice américaine en vue de l'éclaircissement des faits plutôt que de se défendre dans le cadre d'un procès traditionnel.

¹ Maître de conférences (HDR) à l'Université de Strasbourg. Membre de l'UMR DRES.

² Voir l'arrêt de la Cour de justice fédérale du 29 août 2008 (*Bundesgerichtshof*, 2 StR 587/07, *BGHSt*, vol. 52, 2008, p. 323 et s.). Pour une discussion en français de cet arrêt, voir Julien Walther, « La corruption en droit pénal des affaires allemand », *RPDP (Revue pénitentiaire et de droit pénal)*, 2010, p. 493 et s.

³ Par ailleurs, la société Siemens-Com-Sparte a été condamnée en 2007 au paiement d'une somme de 201 millions d'euros pour des faits similaires par le tribunal régional de Munich.

REPOUDRE DEVANT QUI ?

Quelques années plus tard, la concurrente française de Siemens connaît aux États-Unis un sort similaire⁴. Alstom, déjà inquiétée précédemment dans le cadre de procédures pénales menées contre la société ou ses employés dans différents pays pour des affaires de corruption, paye 772 millions de dollars au DoJ en 2014 pour éviter d'avoir à répondre de ses actes devant la justice pénale américaine. Auparavant, d'autres entreprises multinationales ont versé aux autorités américaines des sommes plus élevées encore en dehors du contexte de la corruption. Ainsi, en 2012, HSBC a payé 1,9 milliards pour que soient suspendues à son égard des poursuites relatives à sa participation, au Mexique, à un réseau de blanchiment de l'argent de la drogue. Enfin, en 2015, BNP Paribas paye 8,9 milliards de dollars pour avoir violé les embargos américains sur le Soudan, Cuba et l'Iran.

Au-delà de la stupeur provoquée par la hauteur des montants en cause, la délocalisation d'une partie du contentieux pénal de la grande délinquance d'affaires vers les États-Unis ne manque pas d'interpeller les observateurs⁵. Ce n'était pourtant pas la solution envisagée dans les enceintes internationales par les États engagés dans la lutte contre la criminalité économique. Pour reprendre l'exemple de la corruption, la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* de l'OCDE adoptée en 1997 prévoit en son article 4 relatif à la compétence juridictionnelle que les États sont compétents pour juger des infractions commises sur leur territoire ou, éventuellement, par leurs ressortissants. Mais un constat s'impose. Devant l'incapacité prolongée de certaines justices nationales (au premier rang desquelles figure la justice française) à sanctionner de manière dissuasive les pratiques déloyales des entreprises qui, notamment, continuent d'utiliser le pot de vin comme arme commerciale, les autorités américaines perdent patience.

Or, la justice pénale américaine est puissante, à l'égard des grands comme des petits. Elle sait se montrer créative face aux difficultés de faire aboutir les procédures. Notamment, en utilisant des procédures de justice négociée qui débouchent sur des accords – qu'on appelle encore *deals* – entre le ministère public et les sociétés suspectées d'avoir commis des infractions, tels les *non*

⁴ En 2010, les entreprises françaises Technip et Alcatel-Lucent avaient déjà conclu des accords de non-poursuite avec les autorités américaines, pour 338 et 137 millions de dollars respectivement. En 2013, Total s'était acquittée de 398 de dollars dans le même contexte à propos de « paiements illicites » contrevenant au programme « pétrole contre nourriture ».

⁵ A. O. Makinwa, "Negociated Settlements for Corruption Offences, Wither Europe?" in *Negotiated Settlements for corruption offences. A European perspective*, A. O. Makinwa (dir.), eleven international publishing, 2015, p. 1-15. En France, v. l'ouvrage collectif *Deals of justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, A. Garapon et P. Servan-Schreiber (dir.), PUF, 2013, ainsi que Sarah Albertin, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal*, 2015, p. 354 et s.

JUSTICE CONSENSUELLE ET ENQUETES INTERNES

prosecution agreements (NPA) et *deferred prosecution agreements* (DPA), elle parvient à contourner l'application de principes procéduraux fermement ancrés dans la tradition judiciaire pénale. Il en va ainsi du principe, découlant de la présomption d'innocence, qui impose aux autorités de poursuite de faire la preuve de l'infraction dans ses éléments matériels et psychologiques. Par les accords passés avec le ministère public, les entreprises suspectées s'engagent en effet à soumettre elles-mêmes à la justice les éléments de fait qui ont contribué à la réalisation de l'infraction. Elles doivent à cette fin effectuer des « enquêtes internes », qui sont menées au regard de leurs documents, comptes et autres, et auprès de leurs personnels par des avocats spécialisés rendant compte au ministère public. Enfin, toujours en application de l'accord, ces entreprises font généralement l'objet d'une sorte de contrôle judiciaire exercé pendant plusieurs années par le ministère public et tendant à ce qu'elles se corrigent, c'est-à-dire qu'elles mettent en place des programmes de conformité⁶ destinés à prévenir la commission d'infractions futures. Il faut ainsi comprendre que les amendes payées par les sociétés mises en causes, aussi spectaculaires soient-elles, ne sont que la partie visible de l'iceberg.

Interrogations françaises. Cette nouvelle forme de justice mondiale inquiète les responsables politiques français, qui ont compris que le contentieux relatif aux infractions des entreprises nationales est en voie d'échapper à la justice nationale. L'heure est à la réflexion et un projet de loi a été déposé en 2015 par le ministre des Finances et des Comptes publics Michel Sapin⁷. Il tend, par la création d'une agence nationale de prévention et de détection de la corruption, ainsi que par la mise en place d'une obligation de prévention contre les risques de corruption et d'une peine de mise en conformité de l'entreprise, à importer une partie du dispositif américain. Par ailleurs, du côté de la société civile, un franc appel est lancé en faveur de l'instauration d'une justice transactionnelle « à la française », depuis 2015 également⁸.

Pour tous, il est clair qu'en l'état, même armé de son nouveau procureur financier, le système judiciaire français n'est pas en capacité de faire face à cette grande délinquance d'affaire aussi discrète que coriace. Pour en limiter les effets néfastes à défaut d'en venir à bout, il est pressenti qu'une évolution de la culture judiciaire française sera nécessaire. En effet, face à la complexité des montages juridico-économiques utilisés par les sociétés

⁶ V. terme thésaurus « conformité » : www.rse.cnrs.fr.

⁷ www.lemonde.fr/politique/article/2015/07/22/une-nouvelle-loi-anti-corruption-prevue-en-2016_4693636_823448.html ; www.agefi.fr/articles/le-projet-de-loi-sapin-2-veut-ameliorer-la-lutte-contre-la-corruption-1382185.html.

⁸ « Prévenir et combattre la corruption dans les transactions commerciales internationales – Plaidoyer pour la justice transactionnelle », Transparence International France, rapport de M. Perdriel-Vaissière, 2015, www.transparency-france.org/e_upload/pdf/consultation_justice_transactionnellefv25022015.pdf.

REPOUDRE DEVANT QUI ?

délinquantes et à l'enchevêtrement de leurs ramifications internationales, le système de l'information judiciaire qui oblige le juge d'instruction à établir par lui-même ou avec l'assistance des enquêteurs de police judiciaire l'intégralité des éléments constitutifs des infractions, n'est plus adapté.

Observation du dispositif allemand. L'objectif de cette contribution est de montrer comment l'Allemagne, un autre pays de tradition juridique romano-germanique confronté à la concurrence judiciaire américaine comme en témoigne l'affaire Siemens, procède pour réprimer la grande délinquance d'affaires commise par le biais des entreprises ou avec leur support. L'observation du dispositif allemand est intéressante en soi, mais elle est aussi enrichissante dans la perspective à plus long terme de la création d'un procureur ou d'un parquet européen. Si cette nouvelle figure judiciaire devait voir le jour, la question de son pouvoir de transiger se poserait naturellement⁹ et l'expérience allemande serait éclairante.

À titre liminaire, il convient de désigner les destinataires potentiels de la répression. Il peut naturellement s'agir de personnes physiques, mais également de personnes morales.

Responsabilité administrative des personnes morales. Certes, le droit allemand ne connaît pas de responsabilité *pénale* des personnes morales¹⁰. Il dispose cependant d'une très efficace responsabilité administrative des entités juridiques, prévue par le § 30 de la loi relative aux infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*). Sa mise en œuvre suppose qu'un organe ou membre d'un organe, un dirigeant ou un représentant de l'entité ait commis une infraction pénale ou administrative, par laquelle des devoirs de l'entreprise ont été violés ou grâce à laquelle l'entreprise s'est enrichie. La condamnation administrative de l'entité juridique s'ajoute généralement à la condamnation – pénale ou administrative – de la personne physique. Elle peut toutefois aussi être retenue de façon autonome, si la personne physique n'est pas poursuivie ou ne l'est plus en raison de la suspension des poursuites, ou encore si elle bénéficie d'une dispense de peine. Elle nécessite qu'aucun motif de droit ne s'oppose à la condamnation de la personne physique qui a commis

⁹ A. O. Makinwa, *op. cit.* ; J. Lelieur, « La place de l'Union européenne et de son futur procureur financier dans la lutte contre la corruption », in *Comprendre et lutter contre la corruption*, Ph. Bonfils, L. Mucchielli et A. Roux (dir.), Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2015, p. 89-106 ; M. Delmas-Marty, « Un parquet européen en prise sur la mondialisation ? », in *Le contrôle judiciaire du parquet européen : nécessité, modèles, enjeux*, G. Guidicelli-Delage, S. Manacorda et J. Tricot (dir.), Société de législation comparée, 2015, p. 331.

¹⁰ Les raisons de cette absence sont expliquées en français par J. Walther, « La *criminal compliance* : outil de prévention du risque pénal ou miroir aux alouettes ? Questions d'actualités sur les responsabilités au sein de l'entreprise en droit pénal des affaires allemand », *RPDP*, 2012, p. 205 et s.

JUSTICE CONSENSUELLE ET ENQUÊTES INTERNES

l'infraction, mais elle n'exige nullement que cette personne soit effectivement condamnée¹¹.

Du point de vue procédural, l'instance compétente pour sanctionner la personne morale est celle qui a compétence pour statuer sur le sort de la personne physique : il s'agit donc de l'autorité administrative compétente à l'égard de la personne physique si celle-ci a commis une infraction administrative et du tribunal pénal compétent si l'infraction est de nature pénale. Dans l'hypothèse où la personne physique n'est pas poursuivie, l'instance saisie pour sanctionner l'entité juridique est celle qui aurait été compétente pour la personne physique si les poursuites à son encontre avaient eu lieu.

Les sanctions pécuniaires touchant les entités juridiques peuvent aller jusqu'à 10 millions d'euros en cas d'infraction pénale intentionnelle commise par la personne physique et jusqu'à 5 millions si l'infraction n'était pas intentionnelle¹². Dans l'hypothèse d'une infraction administrative commise par la personne physique, leur montant peut atteindre dix fois le montant de la sanction administrative prévue pour les personnes physiques.

Toutefois, l'instance compétente peut préférer infliger la confiscation du produit du crime (*Gewinnabschöpfung*), qui est redoutable. Celle-ci permet d'infliger à une société le paiement de sommes très importantes – aussi importantes que le profit financier réalisé par les infractions commises. C'est de cette manière que les deux sociétés sanctionnées en Allemagne dans le cadre du scandale Siemens, se sont vues imposer par la justice allemande le versement de montants avoisinant ceux des sanctions américaines et se chiffrent en centaines de millions d'euros¹³. On observe donc que le caractère non pénal de la responsabilité des personnes morales n'est pas un obstacle à la mise en œuvre d'une répression sévère à l'égard des sociétés – ou associations – mêlées à des malversations pénalement répréhensibles.

Justice consensuelle et enquêtes internes. En revanche, ce type de sanctions n'aurait pas vu le jour en l'absence d'une certaine flexibilité procédurale. Dans les trente dernières années, particulièrement dans le contexte de la délinquance économique et financière, le système judiciaire allemand s'est ouvert à des procédures consensuelles de règlement des litiges pénaux qui présentent des ressemblances par rapport aux procédures américaines. Si les

¹¹ Pour davantage de précisions en français sur la mise en œuvre de cette responsabilité, voir J. Walther, *op. cit.* dans la note précédente.

¹² Ces montants résultent d'une loi du 26 juin 2013. Avant cette loi, les sanctions encourues étaient respectivement de 1 million et 500 000 euros.

¹³ Le cas de Siemens-Com-Sparte (déjà évoqué en note n° 2) est emblématique à cet égard. Sur les 201 millions que la société a été condamnée à payer, un million correspondait au maximum de l'amende administrative encourue (avant la loi du 26 juin 2013, expliquée dans la note précédente) tandis que les 200 autres millions équivalaient au produit réalisé par l'entreprise par la corruption d'individus en Russie et au Nigeria.

REPOUDRE DEVANT QUI ?

termes exprimant l'idée de négociation, comme *Verhandlung* ou *deal* – en « nouvel » allemand –, sont soigneusement évités par le législateur, comme par les juridictions et les membres de la doctrine qui approuvent le recours à ces procédures laissant une place à la volonté des parties au procès, l'idée d'une justice consensuelle reposant un accord (*Absprache*) entre les autorités judiciaires et la personne poursuivie a fait son chemin¹⁴ (2). L'un des aspects saillants de cette nouvelle forme de justice est qu'elle favorise le recours aux enquêtes internes (*interne Untersuchungen* ou *internal investigations*), c'est-à-dire à des investigations menées par l'entreprise en son sein pour élucider les faits et en référer à la justice, par l'intermédiaire d'avocats qui assurent ainsi – la manière ne manque pas d'originalité – sa défense. Malgré la discrétion du dispositif législatif à l'égard des enquêtes internes à visée défensive, celles-ci sont désormais établies outre-Rhin (3).

2. La justice consensuelle

Les procédures consensuelles de règlement des litiges pénaux sont nées de la pratique. Elles proviennent du souci des autorités judiciaires de donner une réponse pénale aux infractions dont la preuve est particulièrement difficile à rapporter, et pour lesquelles la relaxe serait à craindre en l'absence d'investigations aussi longues que coûteuses en termes de ressources judiciaires. Le procureur propose ainsi aux personnes suspectées de renoncer à les poursuivre ou de limiter les poursuites à une partie des faits en cause, en l'échange d'une certaine forme de coopération avec la justice et, généralement, du paiement d'un montant d'argent sur lequel les parties s'accordent. Pour la partie poursuivie, même si la facture peut être très élevée, son acceptation évite l'infamie et la lourdeur d'un procès pénal intégral. Les deux parties limitent donc chacune leur « risque processuel » par le fait de s'entendre sur les modalités et sur l'issue de la procédure. Pour de nombreux auteurs, la possibilité d'emprunter la voie consensuelle est considérée comme indispensable, voire « vitale » pour qu'un traitement pénal soit donné aux *white collar crimes* commis par les entreprises multinationales¹⁵, en particulier si ces infractions sont perpétrées à l'étranger.

¹⁴ En témoigne l'existence d'un véritable manuel intitulé « Les accords en procédure pénale », qui en est déjà à sa deuxième édition : D. Sauer et S. Münkler, *Absprachen im Strafprozess*, C. F. Müller, 2^e éd., 2014.

¹⁵ Anna Oehmichen, "Negociated Settlements for Corruption Offences: Position in Germany", in A. O. Makinwa (dir.), *Negotiated Settlements for corruption offences. A European perspective*, précité, p. 35 ; D. Sauer et S. Münkler, *op. cit.*, v. toute la première partie de l'ouvrage, p. 1-41 ; K. v. Frankenberg, *Grundlagen konsensualer Konfliktlösungsprozesse. Eine empirische Analyse von Konsensbildungsprozessen in abgesprochenen Wirtschaftsstrafverfahren*, Wissenschaftlicher Verlag Berlin, 2013, p. 16 et p. 272 ; Karsten Gaede, « Klug oder frech », www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-muenchen-beschluss-5kls405js16174111-einstellung-bestechung-ecclestone/.