

Le risque pénal pour les entreprises et
leurs dirigeants



Colloque BusinessGuard

Les Livrets Blancs de Chartis

Le risque pénal pour les entreprises et leurs dirigeants
12° Colloque BusinessGuard du 27 octobre 2011
à la Maison du Barreau de Paris

Pour ce 12ème Colloque, le thème annoncé de la nouvelle pénalisation de la vie des affaires dans le monde a suscité auprès des invités un tel intérêt que près de 200 d'entre eux se sont rendus à la Maison du Barreau pour entendre les intervenants, une tribune de haut niveau pour cerner ces nouveaux enjeux pénaux qui menacent de plus en plus entreprises et dirigeants.

Elle est loin de nous cette volonté politique qui souhaitait dépenaliser la vie des affaires... La France en quelques années est devenue l'un des pays les plus sévères en la matière. Si les Etats-Unis ont lancé le mouvement en 2010 avec le fameux « Dodd-Franck Wall Steet Act », l'Angleterre a sorti le texte le plus ambitieux dans le monde contre la corruption, avec en 2011 le « Bribery Act ». Outre ces pays, on note que l'Espagne, la Chine et de nombreux pays émergents rejoignent ce mouvement de fond. Manager aujourd'hui le risque juridique dans l'entreprise n'est donc pas une mince affaire. Refonder nos attitudes et nos comportements, repenser les programmes de « compliance », anticiper les risques nouveaux... Les six intervenants de ce Colloque dessinent les principales facettes de ce nouveau décor.

Maître Jean-Yves Le BORGNE

Vice Bâtonnier du Barreau de Paris

La révolution de la réforme de la garde à vue

L'orateur commence son propos en rappelant que la retenue d'un suspect par la police avant sa comparution devant un tribunal, sans assistance juridique, sera la norme jusqu'à la fin du XIX^e siècle. **« Dans ce temps très à part où le suspect est interrogé, l'avocat reste dramatiquement absent »**. Ce n'est que tardivement dans notre histoire que l'avocat ne sera plus exclusivement celui qui plaide, mais deviendra aussi celui qui assiste le gardé à vue. Au départ, cette assistance est timide et limitée, mais elle constitue une première révolution.

Comme cette présence de l'avocat commence en toute fin de garde à vue, la police profite alors un maximum de **« cette élasticité administrative, ce temps innommé entre l'arrestation et le temps judiciaire »**. Maître Le Borgne souligne avec verve et humour qu'entre 1897 et 1958, aucun texte ne viendra régir ce temps vide qui s'étend de 24 à 48 heures. C'est le temps où la police a tout le loisir de **« faire parler »** le suspect... Selon l'avocat, **« cette garde à vue s'assimile à une sorte d'usurpation policière. C'est une extraordinaire anomalie dans une démocratie »**.

Progressivement, dans les esprits, ce temps sans avocat devient inadmissible. Il faudra toutefois attendre 1993 pour que l'avocat obtienne progressivement un droit de visite dès la première heure. Encore limité, encore restreint, ce nouveau droit est un pas de géant. Devant la forte pression de la Cour Européenne de Strasbourg, la législation évolue pour élargir le temps de présence de l'avocat auprès de son client. Débats après débats, arrêts après arrêts, on arrive au fait juridique : tout individu, dès son arrestation et durant sa garde à vue a **« droit à une réelle assistance juridique »**. Nous sommes dans les années 2000 ; quel chemin en un siècle !

Pour le Vice Bâtonnier, l'esprit de la Loi consiste à retrouver aujourd'hui dans la garde à vue le même type de libertés dont l'avocat dispose au moment de l'instruction. Pour le législateur en effet, il s'agit de créer au niveau de la garde à vue ce caractère effectif de l'assistance juridique. Dans ce cadre, **« l'avocat quitte son rôle de potiche judiciaire pour retrouver la vérité et la noblesse de sa fonction d'assistance à personne fragilisée »**.

Pour Jean-Yves Le Borgne, notre société vise ainsi à briser la solitude de la garde à vue au moment où cette procédure explose quantitativement. En 2008, on a compté pas moins de 790 000 gardes à vue, dont environ 300 000 cas pour les interpellations liées à la conduite sous alcool ! Devant l'ampleur de ce phénomène sociologique, la garde à vue devient un vrai sujet de société.

En 2008, la Réforme Constitutionnelle intervient dans notre pays. Le 30 juillet 2010, suite à une « QPC » (question prioritaire de constitutionnalité), nos textes sur la garde à vue sont jugés inconstitutionnels... Devant ce « changement des circonstances », le Conseil Constitutionnel déclare que l'avocat assistera son client, dans tous les cas d'interpellation, durant toute la durée de sa garde à vue et notamment dès son début. Le 15 avril 2011, les nouvelles règles sont figées. C'est la seconde révolution.

Pour le Vice Bâtonnier de Paris, ce nouveau cadre juridique est éminemment positif même si des avancées restent à conquérir comme l'accès complet au dossier du client.

Aujourd'hui à Paris, ce nouveau dispositif ne monopolise pas moins de 1000 avocats de permanence !

Pour Maître Le Borgne, les temps changent dans le bon sens, car désormais « **la garde à vue devient une étape très réelle de la procédure judiciaire** ».

Maître Jean REINHART

Avocat associé, Cabinet Reinhart Marville Torre

Le salut par un classeur rouge

Maître Reinhart ouvre son intervention en soulignant une importante conséquence juridique des propos tenus précédemment par Jean-Yves Le Borgne. « **Toutes les gardes à vue traitées par les tribunaux avant 2011 sont aujourd'hui frappées de nullité** ». Déterminant dans certaines affaires !

L'avocat évoque alors son métier de pénaliste dans les temps présents. Il confie sa passion pour « **cette intimité et cette complicité** » hors norme avec son client dans un des moments les plus forts de sa vie, celui où il perd ses repères. « **L'avocat est celui qui va rendre son humanité, sa dignité à l'individu blessé, perdu dans sa garde à vue** ». Pour Jean Reinhart, le pénaliste est un avocat qui dans le match de boxe de la vie a choisi définitivement le ring plutôt que les vestiaires.

Voulant faire profiter l'auditoire de quelques conseils, Jean Reinhart définit le risque pénal comme celui qu'on ne maîtrise jamais. Au moment d'un coup de tonnerre, l'entreprise doute toujours d'elle-même et la situation lui échappe. Manipulation, malveillance, escroquerie, corruption... La révélation du délit est toujours un traumatisme. Dès lors, le conseil de l'avocat se résume à une seule chose : **le classeur rouge**. (*Étonnement dans la salle...*)

Jean Reinhart précise alors qu'il s'agit du registre des procédures d'urgence en vigueur dans un sous-marin nucléaire...

À ses yeux, toutes les entreprises, tous les dirigeants devraient avoir ce livre rouge où toutes les procédures d'actions sont consignées pour agir quand on ne sait plus quoi faire. « **C'est le seul et bon moyen d'agir intelligemment, c'est-à-dire, sans réfléchir, au moment où les hommes et les entreprises sont totalement démunis parce que totalement fragilisés** ».

Devant un décès brutal, une rumeur financière qui enfle, un abus de bien social, une escroquerie interne... Jean Reinhart avoue son étonnement devant la totale déconvenue des entreprises et leur non préparation à ces événements pourtant fréquents. Pour le pénaliste, savoir réunir instantanément un comité de crise avec sa check-list préétablie, savoir réagir à une garde à vue dès 6 heures du matin, accueillir la Brigade Financière dans le cadre d'une perquisition en sachant quoi dire et ne pas dire, quoi fournir, quoi faire et ne pas faire... Tous ces éléments réclament des scénarii écrits d'avance. L'avocat évoque ses expériences qui témoignent que les bonnes réactions, les justes mécanismes à suivre imposent une préparation pour gérer positivement l'événement. Pour lui, « **en cas de perquisition, de garde à vue, comme pour communiquer aux médias ou en interne, l'improvisation tue et coûte quand l'anticipation sauve et minimise les conséquences** ».

Jean Reinhart confie qu'avec cette « précaution », plus de 70% des sujets se dégonfleraient naturellement. Belle leçon ! Pour lui, la plupart des infractions sont commises dans les entreprises par ce qu'il appelle « des malades mentaux à typologie particulière ». Ces acteurs négatifs veulent « **faire du mal à leurs entreprises pour se faire du bien à eux-mêmes** ». Le fameux classeur rouge doit prévoir le

recours en amont à un médecin-conseil ou un psychiatre pour détecter ce genre de pathologie potentielle dans toute organisation.

Ainsi et pour conclure, l'avocat pénaliste résume son conseil ; si le « training » et les conseils de spécialistes s'avèrent fort utiles pour les questions de perquisitions et de gardes à vue, l'essentiel, - on l'a compris - porte sur la dynamique d'anticipation de l'entreprise pour définir ses process comportementaux à venir.

Frédéric CRÉPIN

Directeur Juridique, Vivendi Universal

Expérience et vigilance

Pour un groupe international comme Vivendi, « **le risque pénal, quasi pénal, réglementaire occupe beaucoup la Direction Juridique** ». Frédéric Crépin avoue qu'il n'a pas de « classeur rouge » ; il se prépare empiriquement et quotidiennement à ces différents risques. « **Les perquisitions, les gardes à vue... j'en ai l'habitude aujourd'hui. Au début, il y a le feu partout... Peu à peu on apprend. On peut alors entrer dans un véritable processus de prévention** ».

Frédéric Crépin de lister alors les différents outils construits progressivement pour son groupe. Ensemble complet de formations des équipes, procédures de contrôles internes, règles internes... la volonté de prévenir l'entreprise des risques vise à protéger tout autant ses finances que son image. « **À nos yeux, les dégâts médiatiques d'une action pénale portent souvent autant de préjudices à l'entreprise qu'une condamnation financière** ».

Dans cet esprit, l'auditoire comprend l'importance chez Vivendi du responsable « Compliance » dont la mission est de définir et de mettre en œuvre tous les aspects d'une politique de conformité aux exigences légales et réglementaires.

En cas d'alerte sur un terrain judiciaire, Frédéric Crépin indique à l'auditoire le recours de son entreprise à des spécialistes extérieurs, avocats et communicants, « **pour distinguer radicalement la problématique d'un homme d'un destin d'entreprise** ».

Ensuite, le Directeur de Juridique de Vivendi Universal de citer quelques exemples de procédures de vigilance mises en œuvre dans son Groupe.

Et Frédéric Crépin de conclure que si le monde anglo-saxon pense culturellement et naturellement en termes de processus, force est de constater que le monde latin a plus de difficultés sur ce terrain.

« **Nous indiquons ainsi à nos entreprises des process « parapluies » qu'elles délivrent localement sur leurs territoires** ».

L'exposé de Frédéric Crépin témoigne de cette évolution du mode des affaires où la façon de se conduire devient essentielle à la pérennité des entreprises.

Maître Emmanuel DRAI

Avocat associé fondateur, Cabinet Drai Associés

La carotte et le bâton

Autre spécialiste, autre éclairage...

Emmanuel Drai construit son intervention sur deux idées. D'abord, la pénalisation du business est aujourd'hui un mouvement de fond, irréversible. Seconde idée : il est possible et assez facile de gérer ce phénomène ; les anglo-saxons savent le faire, pas nous.

Pour Emmanuel Drai, avec la mondialisation des affaires, la régulation pèse davantage aujourd'hui sur les entreprises que sur les Etats. « **Une entreprise est jugée aujourd'hui sur sa capacité à faire du profit, mais aussi et surtout sur sa manière de faire ce profit** ».

Au moment où 5% du PIB mondial vient de la corruption, l'entreprise est sous haute surveillance. Si on supprimait cette corruption galopante, les revenus des pays émergents augmenteraient de 400% !

Pour Maître Drai, la corruption est un cancer rampant dans nos entreprises, car elle fausse la concurrence en favorisant les produits moins technologiques, plus ordinaires. Lutter est donc pour l'avocat un devoir et la pénalisation est finalement salvatrice. Position originale...

Dans ce cadre nouveau, l'orateur précise que les politiques menées dans le monde manient à la fois « **la carotte et le bâton** ».

« **Le bâton, c'est pour taper de plus en plus fort sur le contrevenant aux règles, aux lois. Tout le monde le constate sur la planète. La carotte, c'est que les instances institutionnelles régulatrices laisseront en paix ceux qui mettent en œuvre de concrets et complets programmes de compliance** » ».

Dans ce cadre, l'information donnée aux Autorités comme aux Etats est toujours accueillie par tous avec beaucoup de bienveillance ! (*Rires dans la salle...*).

Pour l'orateur, cette double politique a des conséquences. On constate le durcissement régulier des textes visant la corruption, avec de plus en plus d'applications aujourd'hui totalement extra territoriales.

On remarque aussi cette tendance qui est de s'en prendre de plus en plus aux individus pour qu'ils

« donnent » leurs entreprises. Pour Maître Drai, « **il ne faut plus penser qu'on est en France.**

L'Europe, les USA, l'Angleterre, la Chine... toute la planète marche au même carburant !

Aujourd'hui la façon de faire ses affaires est devenue un élément de sa compétitivité ».

L'orateur insiste sur les perturbations créées par ces évolutions d'un monde à l'autre. À ses yeux, le succès de l'adaptation passe par quelques points fondamentaux :

- **La réalité et l'efficacité du contrôle interne**

Il est imposé partout par la Loi. Seule sa mise en place permet d'exonérer l'entreprise de sa responsabilité en cas de problèmes graves. Ces nouveaux process sont à mettre en œuvre dans un esprit de rationalisation maximum.

- **La nécessité que la « Compliance » soit une priorité affichée du management** et qu'elle soit directement rattachée au comité exécutif.
- **L'obligation de la formation** pour notamment faciliter les pré-arbitrages, former les équipes à gérer les risques, formaliser les relations avec le Responsable « Compliance »...
- **La mise en place des délégations (effectives) de pouvoir**, avec procédures et chaînes d'alerte.
- **La documentation permanente de la « Compliance »** pour conserver les traces des actions, mettre en place les corrections, maîtriser l'information et ses systèmes.

Ainsi, pour Emmanuel Draï, le maître mot du succès tient dans cette irrigation des contrôles internes au niveau de tous les postes de l'entreprise. C'est à ce prix que la conformité peut s'inscrire vraiment dans l'entreprise et lui être bénéfique.

Jean-Bernard DRUMMEN

Membre de l'Autorité de la Concurrence

Sanction et pragmatisme

Succédant en 2008 au Conseil de la Concurrence, l'Autorité a élargi ses compétences « **en veillant au respect de toutes les règles de la concurrence et en surveillant tout particulièrement les problèmes liés aux concentrations d'acteurs sur un marché** ». Ainsi, tout ce qui fausse la concurrence, comme toutes les pratiques abusives constituent le champ naturel de l'Autorité.

Institution indépendante, l'Autorité compte 17 membres ; son président est nommé par décret du Ministre de l'Economie. Elle travaille en collaboration étroite avec la Commission Européenne. L'Etat comme les entreprises peuvent saisir l'Autorité. Une fois saisie, l'Autorité va statuer sur un rapport complet rédigé par des experts. Jean-Bernard Drummen insiste sur l'exhaustivité et la qualité de ces rapports qui recensent les thèses contradictoires. La décision de l'Autorité est rendue après délibération. Et le membre de l'Autorité de distinguer deux types de décisions.

Selon les cas, il peut s'agir :

- de mesures conservatoires, avec injonction de mettre fin immédiate aux dérives relevées,
- de sanctions pécuniaires qui peuvent aller jusqu'à une amende de 10% du chiffre d'affaires mondial consolidé pour les entreprises.

L'orateur indique que « **les sanctions sont fixées par l'Autorité selon la gravité de l'acte, le dommage causé, la structure de l'entreprise fautive et sa capacité contributive** ». Jean-Bernard Drummen précise que se développe aujourd'hui, parce que souhaité par toutes les parties, « **un mode alternatif de règlement des conflits** ». Deux cas de figures sont relevés ; il s'agit de **la clémence** et de **la non constatation de griefs**.

« **La clémence bénéficie à ceux qui reconnaissent la mauvaise conduite, font part de regrets et collaborent avec l'Autorité pour que cette dernière puisse poursuivre une chaîne de contrevenants** ». Cette procédure, - on s'en doute - est fort appréciée par les sociétés épinglées. (*Rires dans la salle...*)

« **Pour la non constatation des griefs, cas qui permet à l'Autorité une économie très importante de moyens, nous demandons aux entreprises des engagements forts et formels dans de nouveaux programmes de conformité** ».

Dans ce cas, l'Autorité juge le dossier sur tout un ensemble de critères qui lui permet d'apprécier la réalité et le caractère effectif de l'engagement pris. En cas d'engagements sérieux, l'entreprise contrevenante bénéficie alors d'une remise de peine.

L'allocution de Jean-Bernard Drummen confirme cette nouvelle attention des institutions sur cette « façon de faire » son business en France et sur le plan international.

Didier SEIGNEUR

Chartis

L'assurabilité des risques

Si Didier Seigneur rappelle clairement que l'assureur ne saurait couvrir le risque pénal, les expériences nombreuses montrent que des « **îlots périphériques** » à ces risques peuvent l'être. L'auditoire tend l'oreille...

Globalement, le mécanisme bien connu de l'assurance des frais de défense permet à l'assuré de bénéficier d'une protection juridique qui aujourd'hui peut engager des frais très importants. L'assureur rappelle ici que la Responsabilité Civile Dirigeants (RCD) de Chartis prend en charge, sans limites, les frais de défense du Dirigeant, avec toujours pour ce dernier la liberté de choix de son avocat ou de plusieurs conseils si plusieurs dirigeants sont mis en cause.

Ainsi et par exemple, dans des procédures touchant au domaine classique de la responsabilité pénale en matière d'**Hygiène/Sécurité très fréquent lors d'accident du travail**, Didier Seigneur indique que « **les frais d'expertises nécessaires dans le cas d'une procédure pénale peuvent aujourd'hui s'élever à près d'un million d'euros** ». La prise en charge totale de ces frais par l'assurance se révèle souvent comme un fait déterminant. Chaque année Chartis est confronté à ce type de sinistre et gère ainsi plusieurs centaines de dossiers.

Didier Seigneur de prendre un autre exemple.

On rencontre en effet de plus en plus des affaires financières où un dirigeant est poursuivi par une Autorité comme l'AMF. Dans ce type de dossier, les frais dépassent très vite des centaines de milliers d'euros, pour atteindre des millions comme c'est actuellement le cas pour plusieurs sociétés du CAC 40. Là encore, le contrat RCD intervient.

Enfin, dans le cadre de sanctions financières prononcées par une Autorité Administrative à l'encontre d'un dirigeant, Didier Seigneur indique que « **dans certains cas spécifiques, l'assureur peut envisager la prise en charge de ces sanctions, jusqu'à 500 000 € et sous réserve l'assurabilité de cette sanction c'est-à-dire qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public** ».

Dernier exemple où la police RC Dirigeants peut intervenir. Dans le cadre d'une très forte amende infligée à une multinationale, les assureurs RCD ont été amenés à indemniser les dirigeants à hauteur de 100 millions d'euros suite à une réclamation intragroupe : le conseil de surveillance ayant mis en cause les dirigeants opérationnels pour faute de gestion caractérisée par le non respect des règles de « Compliance » ayant donné lieu à la sanction pécuniaire.

Pour finir, Didier Seigneur rappelle à tous que le « **contrat RCD permet aussi de couvrir le volet civil d'une affaire pénale** », comme cela est possible dans le cadre de réclamations des actionnaires vis-à-vis des dirigeants.

L'orateur insiste en conclusion sur la volonté affirmée de Chartis de continuer à accompagner les dirigeants sur tous ces nouveaux risques en adaptant ses textes en fonctions des évolutions législatives, comme Chartis sait le faire depuis plus de 30 ans.

6 témoignages passionnants et criants pour cerner les nouveaux contours du risque pénal pour les entreprises ; 6 façons complémentaires de voir et de vivre un monde qui bouge.
Un très bon cru BusinessGuard 2011 pour contribuer efficacement à mieux cerner le risque pénal et quasi pénal encouru aussi bien par l'entreprise que par ses dirigeants.