



Les premières lignes directrices communes PNF/AFA

ALERT | AUG. 14, 2019

Une clarification bienvenue quant au comportement attendu des entreprises dans le cadre de la procédure de transaction pénale à la française

Introduction : l'approche commune des deux agences françaises compétentes en matière d'anti-corruption

Lorsque la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 (« Loi Sapin II ») a créé la convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») sur le modèle des transactions pénales américaines (*Deferred Prosecution Agreement* ou « DPA »), on a pu craindre que l'existence en France de deux agences, soit le Parquet national financier (« PNF ») et l'Agence française anticorruption (« AFA »), pour appréhender les pratiques de corruption des entreprises, puisse conduire à une certaine rivalité peu propice à l'efficacité de leur action.

Si en effet le PNF, composé exclusivement de procureurs, est chargé des poursuites suivies le cas échéant d'amendes pénales dans le cadre de la CJIP, l'AFA, agence placée auprès des ministres de la Justice et du Budget, est certes dirigée par un magistrat, mais elle est composée, à côté de magistrats, d'auditeurs du secteur public comme privé. Elle a une double mission de conseil et de contrôle, tout en disposant comme le PNF d'un pouvoir de sanction. A ce dernier titre, l'AFA peut enjoindre à l'entité contrôlée d'adapter ses procédures de conformité et/ou infliger des amendes allant jusqu'à 200 000 d'euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales. Quant au PNF, outre une amende dite d'intérêt public, il peut imposer à l'entité concernée de se soumettre, pour trois ans au maximum sous le contrôle de l'AFA, à un programme de conformité et, s'il y a lieu, de réparer le dommage causé aux victimes (article 41-1-2, I, du code de procédure pénale (« CPP »)).

L'AFA veille, pour sa part, à la demande du Premier ministre, au respect de la loi n° 68-678^{III}, dite « loi de blocage », lorsqu'un DPA conclu notamment avec le département de la Justice américain (« DOJ ») ou le *Serious Fraud Office* britannique (« SFO ») enjoint à l'entité sanctionnée de se doter pour trois ans renouvelables d'un « moniteur ». Le moniteur, personnalité indépendante désigné par ces autorités, est chargé de leur transmettre des rapports réguliers accompagnés de tous documents de nature à attester que les pratiques de l'entreprise sont désormais strictement conformes aux exigences de la gestion des risques de corruption.

L'imbrication des rôles du PNF et de l'AFA rendait nécessaire un rapprochement des deux agences quant à leur approche de leurs relations avec les opérateurs dans la poursuite de leur but commun de lutte contre la corruption. C'est chose faite depuis le 27 juin 2019 avec la publication des premières lignes directrices communes des deux autorités relatives à mise en œuvre de la CJIP.

Rappelons que la CJIP peut être proposée par le procureur de la République, tant que l'action publique n'est pas encore mise en œuvre, comme elle peut aussi être conclue au cours d'une information judiciaire, alors même que l'action publique a déjà été mise en mouvement.

Une fois acceptée par l'entreprise ou l'administration en cause, elle est soumise à la validation du président du tribunal de grande instance de Paris (« TGI »). Le principal intérêt de la procédure pour l'entité concernée est qu'à l'instar de ce qui est prévu pour les DPA, la décision de validation du président du TGI n'emporte pas déclaration de culpabilité. Elle n'est donc pas inscrite au casier judiciaire.

La ministre de la Justice a adopté le 31 janvier 2018 une circulaire aux parquets sur les modalités de mise en œuvre des dispositions pénales de la Loi Sapin II^[2]. La ministre y évoque longuement la CJIP comme une « *alternative aux poursuites* » fondée sur un « *mécanisme transactionnel entre le ministère public et la personne morale mise en cause* ». Elle insiste sur la singularité de la formule par rapport aux autres alternatives « *puisque'elle permet de s'assurer par l'intermédiaire du programme de mise en conformité effectué sous le contrôle de l'AFA, que la personne morale se dote d'un système efficace destiné à prévenir la réitération de faits similaires* ».

Toutefois, cette circulaire reste elliptique sur la façon dont l'entreprise ou l'administration visée doit se comporter pour pouvoir bénéficier d'une CJIP lui évitant de voir sa responsabilité pénale engagée devant une juridiction. C'est cette lacune que tendent à combler les lignes directrices du 27 juin dernier qui s'adressent cette fois-ci avant tout aux personnes morales susceptibles d'être poursuivies pour faits de corruption et de trafic d'influence par le PNF^[3].

L'objectif principal de ce document est « *d'inciter les personnes morales à adopter une approche de coopération avec l'autorité judiciaire comme avec l'AFA* » de manière à garantir un minimum de sécurité juridique aux opérateurs économiques. Les lignes directrices sont aussi destinées à éclairer les autorités judiciaires étrangères sur les procédures françaises. En effet, on peut s'attendre à ce que de plus en plus fréquemment des enquêtes conjointes soient menées faisant intervenir à côté du PNF, des autorités judiciaires tels qu'en particulier le DOJ et le SFO, comme ce fut le cas dans l'affaire Société générale ; la banque ayant concomitamment conclu une CJIP avec le PNF^[4] et un DPA avec le DOJ^[5]. Il y aura de même coopération internationale lorsqu'un moniteur est désigné par une autorité étrangère, l'AFA étant alors chargée d'appliquer la loi de blocage.

I. La coopération avec les autorités, condition *sine qua non* pour pouvoir bénéficier d'une CJIP

D'abord, les lignes directrices rappellent que la coopération de la personne morale concernée constitue un « *préalable nécessaire* » à la conclusion de la CJIP ; ce qui rejoint la doctrine du DOJ^[6] comme du SFO^[7] qui font de cette coopération le critère déterminant pour pouvoir bénéficier d'un DPA. Par ailleurs, les lignes directrices précisent les formes de la coopération prises en compte par le PNF.

Pour le reste, les lignes directrices, à la suite de la circulaire du 31 janvier 2018, indiquent que le fait pour la personne morale d'avoir antérieurement fait objet de sanctions pour atteintes à la probité, que ce soit par une juridiction française ou une autorité étrangère, est un sérieux handicap pour se voir proposer une CJIP. Il en est de même si un DPA a été conclu auparavant pour des faits de cette nature.

Toutefois, l'existence d'antécédents pourra être modulée par la prise en considération d'autres facteurs, comme l'ancienneté ou le périmètre des faits ayant donné lieu à de précédentes sanctions. Ce qui veut dire que, comme les autorités américaines^[8] et britanniques^[9], le PNF prend en compte la récidive lorsqu'il s'agit de proposer le cas échéant une CJIP.

II. Les formes de la coopération : autodénonciation et enquêtes internes

La coopération se concrétise d'abord par l'initiative prise par la personne morale de s'autodénoncer. Encore faut-il que cette autodénonciation soit faite dans des délais raisonnables pour être prise en compte favorablement ; précision qui fait écho aux directives du DOJ^[10] et du SFO^[11].

Ensuite, la révélation spontanée des faits répréhensibles doit être suffisamment détaillée pour permettre au PNF d'appréhender véritablement les faits en cause. L'entité ne doit pas se contenter d'évoquer les faits. Elle doit procéder à une enquête interne ou un audit approfondi faisant nettement apparaître la nature, la portée et les circonstances des manquements : l'entité doit « *activement participer à la manifestation de la vérité* » en transmettant les documents et informations pertinents dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire. Cette enquête interne peut être conduite intégralement avant la révélation au PNF. Elle peut se poursuivre ultérieurement si l'ampleur et la complexité des pratiques requièrent des investigations plus poussées. Si le signalement des pratiques n'a pas été le fait de l'entité, celle-ci peut malgré tout faire montre de sa coopération en diligentant une enquête interne menée parallèlement à l'enquête judiciaire. Dans tous les cas, la coopération donne lieu à des échanges réguliers entre les conseils de l'entreprise ou de l'administration et le parquet.

Si la CJIP permet uniquement d'incriminer la personne morale – entreprise ou administration – les investigations internes doivent appréhender également les responsabilités individuelles. Celles-ci peuvent concerner des représentants légaux de l'entreprise (dirigeants, cadres, voire

administrateurs) ou de tiers (intermédiaires, auditeurs externes, conseils, bénéficiaires des pratiques corruptives). A noter en effet que la Loi Sapin II permet, comme le *UK Bribery Act*^[42], de sanctionner la corruption passive et non seulement active, alors que le *Foreign Corrupt Practice Act*^[43] (« FCPA ») se limite à l'incrimination des corrupteurs, à l'exclusion des bénéficiaires de la corruption.

S'agissant de la corruption active, les lignes directrices du PNF et de l'AFA retiennent la même approche que le SFO et le DOJ. Dans ses directives sur la coopération publiées le 6 août 2019, le SFO précise que l'entité concernée doit s'attacher à identifier les individus responsables dans l'entreprise indépendamment de leur séniorité ou du niveau de leur positionnement^[44]. Dans le même sens, le mémo « *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing* »^[45], publié par le DOJ en 2015, subordonne la prise en compte de la coopération des entreprises à la transmission de toutes informations sur les individus impliqués dans les pratiques incriminées. Cette obligation de coopération demeure, même si depuis 2018, elle ne concerne plus que les individus impliqués « *de façon significative* » dans ces pratiques^[46].

III. A propos des documents à transmettre aux autorités judiciaires

Selon l'article 41-1-2 du CPP, « *si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur de la République ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale au cours de la procédure* ». Un doute subsistait concernant la portée de la confidentialité des éléments issus de l'enquête interne diligentée par l'entreprise ou l'administration : s'applique-t-elle uniquement aux CJIP conclues ou également aux négociations en vue de la conclusion de la CJIP ayant échouées avant que celle-ci ne soit finalisée. Les lignes directrices répondent à cette question en prévoyant que la confidentialité ne couvre que les documents échangés à compter de la formalisation d'une proposition de la CJIP par le procureur. En d'autres termes, tout ce qui a été communiqué par l'entreprise lors des pourparlers informels ayant éventuellement précédé la formalisation de cette proposition, peut être utilisée par le parquet devant la juridiction saisie.

Les lignes directrices rejoignent ici les directives du SFO qui énumèrent les documents (e.g., contrats, documents comptables, courriels, rapports issus de l'enquête interne, déclarations de témoins etc.) pouvant être utilisés par le procureur en cas d'échec des négociations ou si le tribunal rejette la proposition de DPA^[47]. Toutefois, les documents relatant les discussions ou les négociations mises en place par l'entreprise en vue de la conclusion d'un DPA (e.g., le projet de DPA et d'exposé des faits, toute déclaration indiquant que l'entreprise a entamé les négociations en vue d'un DPA) ne peuvent pas être utilisés ultérieurement à l'encontre de l'entreprise^[48]. La procédure américaine en revanche n'offre aucune protection : si les négociations en vue d'un DPA échouent ou si l'entreprise méconnaît les obligations telles que mentionnées dans le DPA qu'elle a conclu, le procureur peut utiliser l'ensemble des preuves fournies à quel que moment que ce soit par

l'entreprise contre celle-ci.

Les lignes directrices évoquent le rôle de l'AFA de veiller à l'application de la loi de blocage, lorsque l'entité condamnée est soumise à un programme de conformité anti-corruption par une autorité étrangère. Cette loi en effet oblige à ne pas transmettre des documents ou renseignements dont la communication à une autorité étrangère serait de nature à porter atteinte à des intérêts publics majeurs, tel que « *les intérêts économiques essentiels de la France* »^[19]. Toutefois, les lignes directrices ne disent mot de l'application de cette loi durant les investigations diligentées par une autorité étrangère, avant que l'entité ne soit éventuellement condamnée par celle-ci. Ce sujet délicat est abordé par le rapport de M. Raphaël Gauvain, député, sur l'extraterritorialité des législations étrangères, qui fait un certain nombre de propositions à cet égard^[20].

En revanche, les lignes directrices traitent du secret professionnel de l'avocat en rappelant qu'il appartient à la personne morale de déterminer les documents à ne pas transmettre au parquet parce que couverts par ce secret. Clairement, les lignes directrices laissent transparaître une forte réticence des autorités à admettre que ce secret puisse leur être opposé. Elles soulignent qu'en cas de refus de la personne morale de transmettre certains documents, le parquet reste à même d'apprécier si ce refus est justifié ; en cas de désaccord, le refus pèsera sur l'évaluation de niveau de coopération de la personne morale.

Les lignes directrices reconnaissent que cette approche peut poser des difficultés en entraînant la renonciation par l'entité concernée à se prévaloir du secret professionnel de l'avocat devant les autorités étrangères, alors que ces dernières n'expriment pas la même méfiance quand ce secret leur est opposé.

Ainsi, si dans l'ensemble les lignes directrices retiennent en matière de coopération de l'entreprise poursuivie une approche similaire à celles des directives des homologues étrangers du PNF, cette réticence des autorités françaises face à l'application du secret professionnel de l'avocat contraste avec les conceptions du DOJ et, à un moindre degré, du SFO^[21]. Pour le DOJ, l'estimation du niveau de coopération d'une entreprise « *ne peut en aucun cas être fondée sur la renonciation au secret professionnel ou à la protection des documents de travail des avocats* »^[22]. Le SFO, quant à lui, ne pénalise pas les entreprises qui invoquent à bon droit le secret professionnel de l'avocat, tout en considérant que toute renonciation volontaire à la protection de ce secret constitue un indice non négligeable de la volonté de coopérer^[23].

IV. La mise en œuvre d'un programme de conformité effectif

La Loi Sapin II impose aux personnes morales rentrant dans son champ d'application d'adopter un programme de conformité anti-corruption. Selon les lignes directrices, le non-respect de cette obligation n'est pas sans conséquences sur la décision du procureur de proposer une CJIP ou sur le

montant de l'amende. La mise en œuvre d'un tel programme par les personnes morales non soumises à cette obligation est de nature en outre à jouer en faveur du bénéfice d'une CJIP. Le procureur peut demander à l'AFA une expertise pour déterminer l'adéquation et l'efficacité du programme en question.

On retrouve cette même approche chez le SFO^[24] et le DOJ^[25] qui, tous deux, font valoir qu'il ne suffit pas qu'un programme de conformité ait été élaboré, encore faut-il qu'il soit effectivement appliqué. C'est la condition pour qu'il puisse être pris en considération qu'il ait existé au moment de l'infraction ou soit mis en œuvre durant la procédure de négociation d'un DPA.

V. L'indemnisation spontanée des victimes

Par ailleurs, les lignes directrices précisent que le fait pour l'entreprise d'indemniser à son initiative le préjudice des victimes avant même que l'offre de la CJIP ne lui soit faite, est un indicateur d'une bonne coopération. Même si les victimes ont été préalablement indemnisées, le procureur les informe de sa proposition de conclure une CJIP.

VI. Coopération et fixation de l'amende

Les lignes directrices ne donnent pas davantage de détails sur la prise en compte de la coopération dans la fixation de la peine. On est encore très loin des systèmes britannique ou américain qui comportent d'intéressantes précisions sur ce qui sera proposé à l'entreprise si elle coopère. Le Royaume-Uni a, par exemple, publié les lignes directrices en matière de détermination de la peine dans les affaires de fraude, de corruption et de blanchiment de capitaux^[26] permettant ainsi aux entreprises avoir une idée de l'avantage qu'elle est susceptible de tirer de sa coopération. De même, aux Etats-Unis, les montants de pénalités infligées en application du FCPA sont déterminés à partir de l'application de directives pénales, les *US Federal Sentencing Guidelines*^[27], qui prévoient un processus « objectif » pour fixer le montant d'amende. Il convient par ailleurs de préciser que les entreprises ayant révélé spontanément des faits incriminés, coopéré et pris des mesures préventives et réparatrices adéquates bénéficient d'une présomption selon laquelle les circonstances aggravantes ne leur seront pas applicables^[28].

En guise de conclusion

Après la circulaire au parquet du 31 janvier 2018, ces lignes directrices explicitent cette fois-ci à destination des opérateurs concernés la façon dont leur comportement peut compter favorablement que ce soit pour bénéficier d'une CJIP ou pour se voir infliger une amende plus modulée tenant compte d'une coopération aussi poussée que possible.

Toutefois, elles ne sont qu'une première étape et il faudra sans doute préciser d'autres aspects de la mise en œuvre de cette procédure de transaction pénale particulièrement innovante dans la

tradition juridique française, contrairement à celle de la *common law*.

De plus, il semble urgent de clarifier le sort des documents à transmettre ou non aux autorités françaises ou étrangères. Trois types de dispositifs sont envisageables : (i) le premier, prévu en France vis-à-vis des seules autorités étrangères, relève de la loi de blocage (si celle-ci manque encore de clarté et d'efficacité, le rapport Gauvain tente d'y remédier) ; (ii) le deuxième consiste dans l'application du secret professionnel des avocats qui devrait être appliqué en France comme il l'est aux Etats-Unis et au Royaume-Uni ; (iii) le troisième dispositif n'est pas évoqué dans les lignes directrices du 27 juin dernier. Il s'agit du « privilège légal » du juriste d'entreprise non encore reconnu en France. Là encore des avancées sont possibles sur la base des propositions du rapport Gauvain qui préconise une réforme législative^[29].

[1] Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères modifiée par la loi n° 80-538 du 16 juillet 1980.

[2] Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, CRIM/2018-01/G3.

[3] Les lignes directrices détaillent également les modalités du calcul de l'amende infligée aux personnes morales convaincues d'atteinte à la probité, évoquent le « monitorat » confié post-sanction à l'AFA et la façon dont cette dernière veille à la bonne exécution de l'obligation faite à l'entreprise ou l'administration de se doter d'un programme de conformité. Ces points ne font pas l'objet de la présente *newsletter*.

[4] TGI Paris, ord., 4 juin 2018, n° 15254000424, *Société Générale SA*.

[5] DPA, *U.S. v. Société Générale S.A.*, 5 juin 2018, n° 18-CR-253.

[6] FCPA *Corporate Enforcement Policy*, 9-47.120.

[7] SFO, *Deferred Prosecution Agreement Code of Practice*, 2014, para 2.8.2(i).

[8] *US Attorney's Manual*, 9-28.300.

[9] SFO, *Deferred Prosecution Agreement Code of Practice*, 2.8.1(i) et (iv).

[10] FCPA *Corporate Enforcement Policy*, 9-47.120.

[11] SFO, *Deferred Prosecution Agreement Code of Practice*, para 2.8.2(i).

[12] Section 2 de *Bribery Act 2010*.

[13] 15 U.S.C. §§ 78dd-1, et seq.

[14] SFO, *Corporate Co-operation Guidance*, 2019, p. 1.

[15] DOJ, *Individual Accountability for Corporate Wrongdoing*, 2015.

[16] *Principles of Federal Prosecution of Business Organizations*, 9-28.700.

[17] SFO, *Deferred Prosecution Agreement Code of Practice*, 2014, para 4.6.

[18] Annexe 17, para 13, du *Crime and Courts Act* 2013.

[19] Article 1^{er} de la loi de blocage.

[20] Rapport de M. Gauvain du 26 juin 2019 « Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale » ; voir également notre précédente *newsletter* sur le rapport Gauvain : <https://www.kramerlevin.com/en/perspectives-search/the-gauvain-report-and-other-recent-legal-developments-reaffirm-the-importance-of-the-french-blocking-statute.html>.

[21] Voir notre précédente *newsletter* : <https://www.kramerlevin.com/en/perspectives-search/uk-court-of-appeal-extends-privilege-in-internal-investigations.html>.

[22] FCPA *Corporate Enforcement Policy*, 9-47.120.

[23] SFO, *Corporate Co-operation Guidance*, 2019.

[24] SFO, *Deferred Prosecution Agreement Code of Practice*, 2.8.2(iii) : le SFO précise que l'un des facteurs que le procureur peut prendre en compte au moment de décider s'il y a lieu de conclure un DPA est « l'existence d'un programme proactif de mise en conformité des entreprises, tant au moment de l'infraction qu'au moment du signalement ».

[25] *US Attorney's Manual*, 9-28.300 : « Lorsqu'ils mènent une enquête, décident s'il y a lieu de porter des accusations et négocient des ententes sur le plaidoyer ou d'autres accords, les procureurs doivent tenir compte des facteurs suivants : (...) la pertinence et l'efficacité du programme de conformité de la société au moment de l'infraction, ainsi qu'au moment de la décision de poursuivre en justice ».

[26] *Sentencing Council, Fraud, Bribery and Money Laundering Offences, Definitive Guideline*, 2016.

[27] *US Sentencing Commission, Guidelines Manual*, 2018.

[28] FCPA *Corporate Enforcement Policy*, 9-47.120.

[29] Noëlle Lenoir, Le rapport Gauvain et la protection des « intérêts économiques essentiels » de la France, La Semaine Juridique – Edition Générale n° 29, 22 juillet 2019.

Noëlle Lenoir

Co-author

Paris

T +33 (0)1 44 09 16 10

F +33 (0)1 44 09 46 01

nlenoir@kramerlevin.com

Anita Maklakova

Co-author

Paris

T +33 (0)1 44 09 46 57

F +33 (0)1 44 09 46 01

amaklakova@kramerlevin.com

Hélène Bérion

Co-author

Paris

T +33 (0)1 44 09 46 88

F +33 (0)1 44 09 46 01

hberion@kramerlevin.com

Sabine Rudatsikira

Co-author

Paris

T +33 (0)1 44 09 46 20

F +33 (0)1 44 09 46 01

srudatsikira@kramerlevin.com