

REVUE LAMY

# Droit des Affaires

## Loi Sapin II : l'arsenal répressif français et les défis de la modernité

*Caroline BOYER, Emmanuel DAOUD, Kevin EL GOHARI, César GHRENASSIA, Clarisse LE CORRE  
et Solène SFOGGIA*

- Le déséquilibre significatif permet un contrôle judiciaire du prix convenu entre les parties  
*Gaëlle LEROY et Sylvain BEAUMONT*
- La grande distribution : terrain privilégié de la publicité comparative innovante  
*Matthieu DARY et Thierry TITONE*

**125** | MENSUEL  
AVRIL 2017

# La convention judiciaire d'intérêt public : en attendant la transaction pénale

Avec la convention judiciaire d'intérêt public, le législateur a introduit, avec retard et réserve, un mécanisme de transaction en matière pénale et plus précisément en matière de corruption, trafic d'influence et blanchiment de fraude fiscale. Le constat d'échec de la lutte anticorruption en France, rapporté à l'efficacité des législations étrangères en la matière, et visant notamment des sociétés françaises, imposait une réforme. Cependant, la transaction en ce qu'elle tend à inciter les entreprises à adopter, en prévention, des programmes de conformité et, à consentir, en dissuasion, au paiement d'une amende pour éteindre l'action publique, sans reconnaissance de culpabilité, participe d'un changement de société. Il s'agit moins au terme d'un débat judiciaire public orienté vers la manifestation de la vérité soit de punir et réparer, soit dans le doute, de renoncer aux poursuites mais d'imposer, au terme d'une évaluation économique et rationnelle du risque, une normalisation du comportement des entreprises. Cette tendance associée aux nouveaux modèles de justice prédictive suppose une adaptation des rôles de l'avocat et des magistrats. Or, le système judiciaire français est réfractaire, à raison de ses structures, de son histoire et de ses habitudes, à ce changement de telle sorte que la réforme de compromis, telle qu'elle a été votée, risque de se heurter à l'épreuve de la réalité. Pour la complète information du lecteur, cet article a été rédigé avant la parution du décret d'application de la réforme.

**1.** Aux termes de l'article 5 du code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, « l'action publique a pour objet de punir les atteintes portées à l'ordre social. Elle appartient essentiellement au peuple. Elle est exercée en son nom par des fonction-

naires spécialement établis à cet effet »<sup>(1)</sup>. C'est dire que le droit pénal est d'abord le droit de punir et par conséquent l'une des formes les plus violentes de l'expression de la souveraineté. C'est dire aussi que la souveraineté n'appartient pas à ceux qui ont pour mission de poursuivre et réprimer les délits et les crimes, et qui ne peuvent agir que dans le strict cadre de ce mandat, de telle sorte qu'on enseigne généralement que l'action publique est indisponible et incessible<sup>(2)</sup>.

**2.** Dans cette perspective, l'idée qu'une personne puisse échapper à la poursuite ou se libérer du fait de la justice en s'accordant avec ceux qui, au nom de la société, ont charge de punir ne peut que surprendre, sinon choquer. De même, en suivant l'évolution d'un droit pénal non plus seulement répressif mais également soucieux des libertés individuelles, de la présomption d'innocence et de la réinsertion des condamnés, la solution intriguera également et à un double point de vue : celui d'une peine sans culpabilité et celui d'une culpabilité sans aveu<sup>(3)</sup>.

**3.** La réalité judiciaire est plus nuancée en ce que, d'une part, le droit français s'accommode de nombreuses exceptions et tempéraments à ce principe et en ce que, d'autre part, les entreprises françaises ayant une activité internationale sont, en puissance, soumises à d'autres ordres juridiques.

(1) Code des délits et des peines du 3 brumaire, an 4, (25 octobre 1795) contenant les lois relatives à l'instruction des affaires criminelles.

(2) J.-Cl. Action publique et action civile, Fasc. 20, C. Ribeyre, § 13 ; J. Leblois-Happe, de la transaction pénale à la composition pénale, JCP G 2000, doctrine 198.

(3) Sur le passage d'une société de souveraineté à une société disciplinaire, « Surveiller et Punir. Naissance de la prison », M. Foucault, Gallimard, 1975.



César  
GHRÉNASSIA

Avocat à la Cour  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA  
Ancien secrétaire  
de la Conférence



Kevin  
EL GOHARI

Avocat à la Cour  
Cabinet Vigo  
Membre du réseau  
GESICA

# Le point sur...

## Droit pénal des affaires

4. En effet, en premier lieu et dans l'ordre interne, si « le ministère public exerce l'action publique et requiert l'application de la loi »<sup>(4)</sup>, il conserve, conformément au principe d'opportunité des poursuites<sup>(5)</sup>, la faculté de ne pas poursuivre tous les auteurs d'infraction<sup>(6)</sup>. À cet égard, il n'est pas inutile de rappeler que le principe de l'opportunité des poursuites jugé compatible avec l'exigence d'un procès équitable<sup>(7)</sup> a trouvé son assise dans une pratique du ministère public et dans la jurisprudence bien avant d'être consacré par la loi. Ainsi, dès 1826, la chambre criminelle a jugé que « le législateur n'a pas voulu astreindre un officier du ministère public à diriger des poursuites d'office et sans l'intervention des parties civiles sur toutes les plaintes, même les plus légères et les plus insignifiantes ; sur des plaintes qui n'intéressent point directement l'ordre public et qui souvent n'ont d'autres buts que de satisfaire les passions ou des haines particulières, des intérêts de vanité ou d'amour propre ou de procurer, aux dépens de l'État et sans aucune espèce d'utilité pour l'ordre social, la réparation de quelques torts, légers, éprouvés par des particuliers »<sup>(8)</sup>.

5. Par ailleurs, et par exception au principe de l'absence de disposition de l'action publique, l'article 6 du code de procédure pénale prévoit, depuis 1958, que l'action publique peut s'éteindre par transaction lorsque la loi en dispose expressément<sup>(9)</sup>.

6. Du reste, certaines administrations qui peuvent exceptionnellement mettre en mouvement l'action publique, se voient reconnaître le pouvoir de transiger avec le mis en cause, c'est le cas notamment pour l'administration des forêts<sup>(10)</sup>, en matière de pêche<sup>(11)</sup>, d'infractions à la santé publique, vétérinaire et à la protection des végétaux<sup>(12)</sup>, en matière de voirie<sup>(13)</sup>, de discrimination<sup>(14)</sup> ou encore en matière de concurrence et de consommation<sup>(15)</sup>.

7. Pour certaines infractions, le maire<sup>(16)</sup> ainsi que les officiers de police judiciaire<sup>(17)</sup> ont la faculté de proposer une transaction.

8. Enfin et surtout, l'ordre juridique français prévoit que l'autorité judiciaire ne peut poursuivre certaines infractions sans une plainte préalable de l'Administration. Ainsi faut-il une plainte du ministre de l'Économie et des Finances, ou de l'un de ses représentants habilités, s'agissant des fraudes à la législation et à la réglementation des relations financières avec l'étranger<sup>(18)</sup>, ou encore de l'administration fiscale, après avis conforme préalable de la commission des infractions fiscales<sup>(19)</sup>, pour le contentieux de l'impôt<sup>(20)</sup>.

9. En second lieu, et dans l'ordre international, il importe de rappeler que les États, conscients des menaces nouvelles et transfrontières que font peser la criminalité organisée et le terrorisme sur la sécurité de leur peuple, voire pour certains d'entre eux sur leur souveraineté, ont conclu un certain nombre de conventions internationales tendant à assurer une coopération internationale renforcée. C'est notamment le cas en matière de terrorisme, de blanchiment ou encore de corruption. Or, ces dispositifs innovent en ce qu'ils mettent généralement à la charge d'opérateurs économiques des obligations de vigilance ou de dénonciation<sup>(21)</sup>.

10. En matière de corruption, les sociétés françaises se trouvent exposées à l'emprise de législations étrangères en particulier américaines<sup>(22)</sup>, britanniques<sup>(23)</sup> ou hollan-

(4) C. pr. pén., art. 31.

(5) C. pr. pén., art. 40-1.

(6) Traité de procédure pénale, F. Desportes, L. Lazergues-Cousquer, Economica, § 1138 et s.

(7) Cass. crim., 21 sept. 1993, n° 92-85 854, 92-85 855 et 92-85 856.

(8) Cass. crim., 8 déc. 1826, B, n° 250.

(9) E. Dezeuze et G. Pellegrin, Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire intérêts publics. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, JCP G 2017, doct. 64.

(10) C. for., art. L. 153-2.

(11) C. env., art. L. 437-14.

(12) C. rur. pêche mar., art. L. 205-10.

(13) C. voirie routière, art. L. 116-8.

(14) L. n° 2004-1486, 30 déc. 2004 et L. n° 2011-333, 29 mars 2011, relative aux défenseurs des droits.

(15) C. com., art. L. 470-4-1.

(16) L. n° 2006-396, 31 mars 2006, art. 51, JCP 2006, acte 154, aperçu rapide G. Auzero ; C. pr. pén., art. 44-1.

(17) L. n° 2014-896, 15 août 2014, art. 35, JCP 2014, doct. 952, J. Pradel, art. 41-1-1, art. R. 15-33-37-1 à R. 15-33-37-6. Cons. const., 23 sept. 2016, n° 2016-596 QPC ; E. Dezeuze et G. Pellegrin, article préc. ; Voir par ex. J.-B. Perrier, La transaction pénale de l'article 41-1-1 du code de procédure pénale, bonne idée ou outil dangereux ?, D. 2014, p. 2182 ; C. Miansoni, La transaction par officier de police judiciaire ou TOPJ, AJ pénal 2015, p. 469 ; H. Rouidi, Du pouvoir de l'OPJ de transiger sur l'action publique, Dr. pén. 2016, étude 2.

(18) C. douanes, art. 458.

(19) Sur le caractère obligatoire de cet avis, voir Cass. crim., 26 févr. 1990, n° 89-81 312, Bull. crim., n° 95.

(20) CGI, art. 1741 et LPF, art. L. 226 et s., spéc. LPF, art. L. 228 ; J.-Cl. Action publique et action civile, Fasc. 20.

(21) Voir not. loi *Sarbanes-Oxley*, qui s'applique à toute société cotée en bourse aux États-Unis et prévoit la responsabilité pénale de toutes les personnes impliquées dans la déclaration de comptes frauduleux, y compris les juristes et les auditeurs externes aux sociétés concernées ; N. Norberg, Entreprises multinationales et lois extraterritoriales : l'interaction entre le droit américain et le droit international, Rev. sc. crim. 2005, p. 739 ; en matière de blanchiment, C. Ghrenassia, Blanchiment et avocat : de la confiance au soupçon, RLDA 2013/83, n° 4652.

(22) K. Berger et P. Lellouche, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de certaines lois des États-Unis, Rapp. AN, 5 oct. 2016.

(23) UKBA, entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2011, D. Dardy et O. Das, 3 questions : La nouvelle loi britannique anti-corruption (UKBA), JCP E 2011, 481.

daises<sup>(24)</sup>. Il existe des mécanismes comparables de justice négociée en Israël, Brésil, Canada, ou encore Danemark<sup>(25)</sup>.

**11.** Ainsi, et à titre d'exemples, Alstom France a transigé avec les autorités américaines, en décembre 2014 à hauteur de 772 millions US \$, Total SA France, en mai 2013 à hauteur de 398 millions US \$ ou encore Technip et associés au sein de *joint ventures*, en juin 2010 à hauteur de 338 millions US \$ pour Technip et 917 millions US \$ pour les associés<sup>(26)</sup>. Dans le même temps et depuis 2000<sup>(27)</sup>, aucune condamnation définitive du chef de corruption d'agent public étranger n'a été prononcée par une juridiction française contre une personne morale.

**12.** En définitive, non seulement la France faisait la preuve depuis plus de quinze ans de son impuissance à réprimer ses entreprises pour des actes de corruption<sup>(28)</sup> qui les exposaient à l'étranger, mais lesdites entreprises prenant en compte ce risque et l'anticipant prirent de leur côté l'initiative de chartes internes, de codes de conduite, de programmes de « compliance » destinés non seulement à réduire le risque de poursuites au titre des législations étrangères précitées mais également à leur permettre de concourir à des marchés publics étrangers<sup>(29)</sup>.

**13.** C'est dans ce contexte que le 11 décembre 2016, un nouvel article 41-1-2 du code de procédure pénale a été intégré à la section relative aux attributions du procureur de la République aux termes duquel : « *1. - Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits [de corruption, trafic d'influence], pour le blanchiment des infractions [de fraude fiscale], ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de [la fraude fiscale], de conclure une convention judiciaire d'intérêt public imposant une ou plusieurs des obligations suivantes : 1° Verser une amende d'intérêt public au Trésor public (...) dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel. (...); 2° Se soumettre,*

*pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption, à un programme de mise en conformité ».*

**14.** Cette « convention judiciaire d'intérêt public » avait en première lecture, et sous le nom de « convention de compensation d'intérêt public » fait l'objet d'un avis défavorable du Conseil d'État en date du 24 mars 2016 au motif notamment « *que le dispositif envisagé ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission, qui est de concourir à la restauration de la paix publique et à la prévention de la récidive. (...) En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée »*<sup>(30)</sup>. La réforme a été sauvée des eaux à l'initiative des parlementaires : les débats, en raison immédiate de l'avis du Conseil d'État, et plus généralement de la conception traditionnelle du droit pénal et des statut et mission des autorités de poursuite en France, ont abouti à un compromis que trahissent les appellations successives proposées ou choisies par le législateur pour ne pas appeler transaction ce qui non seulement y ressemble fort mais plus encore a vocation à y ressembler. Tout se passe comme si le législateur français ne pouvait plus fermer les yeux sur la modernité, l'emprise et l'efficacité des mécanismes étrangers de transaction, comme si les justiciables s'y étaient déjà adaptés tandis que les juristes n'avaient cessé d'en parler, comme si enfin chacun voyait que les résultats en France de la lutte anticorruption n'arrivaient pas, et comme si pourtant il fallait encore attendre avant de voter une véritable transaction pénale au service d'un service spécialisé susceptible de concurrencer ses homologues étrangers.

**15.** Il n'en reste pas moins que la convention judiciaire d'intérêt public (ci-après, « CJIP »), en offrant aux autorités de poursuite, la faculté, d'une part, de sanctionner sans condamner et, d'autre part, de contraindre à un programme de mise en conformité, s'inscrit en réalité dans un mouvement plus global de transformation politique, juridique et économique d'une société de discipline à une société de contrôle<sup>(31)</sup>. Et ceci sans pour autant renier l'origine, sinon l'objectif latent des juridictions répressives qui est d'obtenir du justiciable non plus seulement l'aveu de sa faute et la pénitence pour celle-ci mais également une conduite réglée, normée, habituelle pour ne pas dire une ascèse<sup>(32)</sup>.

(24) Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la république, 24 mai 2016, compte-rendu n° 83.

(25) « La nouvelle procédure de Convention judiciaire d'intérêt public », S. Bonifassi et G. Massoulier.

(26) Rapport du Service central de prévention de la corruption 2014.

(27) Loi de ratification de la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans la transaction commerciale internationale, adoptée à l'Organisation de Coopération et Développement Économique (OCDE), le 21 novembre 1997 et ratifiée par la France en 1999.

(28) O. Duvour, Quel avenir pour la convention judiciaire d'intérêt public ?, LPA 2016, n° 222, p. 4. La France est 23<sup>e</sup> au classement Transparency International.

(29) S. Beal, M. Marguerite, J.-Y. Torchon et F. Verdun, Les risques juridiques liés à la mise en place d'une démarche éthique dans l'entreprise, Cah. dr. entr. 2012, Fasc. 4, p. 9.

(30) CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262, § 13.

(31) G. Deleuze, Pourparlers. 1972-1990, éd. Minuit, p. 236 et s. ; M. Foucault, Naissance de la Biopolitique. Cours au Collège de France 1978-1979 Citant Polanyi, p. 179.

(32) M. Foucault, Du Gouvernement des vivants. Cours au Collège de France 1979-1980.

# Le point sur...

## Droit pénal des affaires

16. Afin d'apprécier ce qui est susceptible de durer, et ce qui risque de périlcliter, il convient de distinguer ces deux moments, de la prévention à la sanction et de la sanction à la prévention, c'est-à-dire la phase allant de la détection de la non-conformité à la CJIP (I) et celle allant de la CJIP à la conformité (II).

### I. – De la non-conformité à la CJIP

17. Contrairement aux exemples étrangers de transaction ou *deferred prosecution agreement*, et sous réserve du décret d'application annoncé, et le cas échéant d'une circulaire, le choix de recourir à la CJIP, les conditions de ce recours, le cadre d'une éventuelle négociation avant sa validation ne sont à ce stade pas encadrés par des critères fiables (A). De même, la nature de l'audience de validation et plus largement les contours de l'intervention des représentants des parties à la CJIP, des plaignants ou, aux termes de la loi, des « victimes » ou encore du juge de la validation n'apparaissent pas clairement (B).

#### A. – Opportunité de la CJIP

18. Aux termes de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour certaines infractions de conclure une CJIP, tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, ce qui correspond en pratique et sauf cas très exceptionnel, au cadre de l'enquête préliminaire. À cet égard, il convient toutefois de rappeler qu'à l'origine, l'enquête préliminaire ou « officieuse » se cantonnait à des vérifications sommaires sur le sérieux d'une plainte. « *La nécessité de traiter dans les plus brefs délais possibles voire en "temps réel" une masse d'affaires toujours plus importante, la création à cet effet de procédures rapides et d'alternatives aux poursuites ont conduit les praticiens à privilégier la voie de l'enquête seule adaptée à la mise en œuvre des nouveaux modes de traitement de la délinquance de masse* »<sup>(33)</sup>. Du reste, et pour mémoire, une enquête préliminaire peut être ouverte sur la base d'un simple renseignement anonyme<sup>(34)</sup> et sur la base d'un renseignement anonyme également et sous réserve du contrôle par le juge des libertés et de la détention, des interceptions téléphoniques peuvent également être ordonnées<sup>(35)</sup>.

19. Si des juridictions du fond ont annulé des enquêtes préliminaires en raison de la violation de l'égalité des

armes, au visa des articles préliminaires du Code de procédure pénale et 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après Conv. EDH)<sup>(36)</sup>, la Cour de cassation a refusé de transmettre au Conseil constitutionnel la question prioritaire de constitutionnalité de l'article 75 du code de procédure pénale<sup>(37)</sup>. Néanmoins, et en contradiction avec l'esprit de la jurisprudence de la Conv. EDH, et dans une moindre mesure avec les directives relatives au droit d'accès à l'information dans le cadre des procédures pénales, l'enquête préliminaire demeure secrète et non contradictoire, de telle sorte que, sauf exception résultant de la réforme du 3 juin 2016 et notamment l'article 77-2 du code de procédure pénale<sup>(38)</sup>, le suspect n'a pas, au stade de l'enquête préliminaire, accès au dossier de la procédure. Du reste, la notion de personne mise en cause, si elle peut recouvrir les hypothèses d'audition libre ou de garde à vue n'apparaît pas exactement identique.

20. Par ailleurs, et tandis que les législations étrangères et en particulier le DPA britannique fixe des critères justifiant que des négociations soient entamées et tenant en particulier à la gravité des faits, au comportement de l'entreprise une fois qu'elle a appris l'existence des faits délictuels, c'est-à-dire déclaration volontaire et coopération avec les autorités en charge de l'enquête, structure et organisation de la personne morale ou encore éventuel casier judiciaire de celle-ci, aucun cadre n'est fixé au procureur de la République, ce qui peut apparaître comme une nouvelle quoique paradoxale illustration du principe de l'opportunité des poursuites.

21. En second lieu, il importe de relever qu'une CJIP peut également, conformément à l'article 180-2 du code de procédure pénale, intervenir dans le cadre d'une information judiciaire lorsque « *la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue* ».

22. Cet aspect de la réforme appelle trois séries d'observations. De première part, la loi semble réintroduire, au stade de l'information judiciaire qui est, compte tenu de la complexité des investigations à mener en matière de corruption, trafic d'influence et blanchiment de fraude fiscale, un cadre fréquent d'investigation, l'exigence d'une reconnaissance préalable de culpabilité. À cet égard, il a été relevé que la formule retenue est à rapprocher du régime de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité. Du reste, cette reconnaissance n'est pas formalisée

(33) F. Desportes et L. Lazerges Cousquer, *Traité de procédure pénale*, Economica, p. 27.

(34) Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 10-82-918.

(35) Cass. crim., 23 mai 2006, n° 06-83-241.

(36) T. corr. Nanterre, 15 nov. 2012, n° 07141045445 ; B. Quentin, *Enquête préliminaire ne rime pas toujours avec procès équitable*, JCP G 2013, doct. 323.

(37) Cass. crim., 5 mars 2014, n° 13-90-042.

(38) L. n° 2016-731, 3 juin 2016.

et il appartiendra donc au magistrat instructeur de la reconnaître.

**23.** De deuxième part, et en conséquence, il est loisible de s'interroger sur la conformité de ce système, avec le devoir qui est fait au magistrat instructeur, agissant à charge mais également à décharge, de ne pas se prononcer en cours d'information sur l'éventuelle culpabilité du mis en examen, conformément à l'exigence d'impartialité que lui imposent la loi<sup>(39)</sup> et les engagements internationaux de la France<sup>(40)</sup>. C'est néanmoins dans cet esprit que certains parlementaires ont conçu le système arguant de ce que « *le juge d'instruction bénéficie d'un rapport de force dont le parquet ne peut pas toujours se prévaloir au stade de l'enquête préalable* »<sup>(41)</sup>.

**24.** De dernière part, la rédaction de l'article 180-2 du code de procédure pénale cantonne la mesure à la personne morale déjà mise en examen, ce qui interdit aux témoins assistés ou aux simples suspects, dès lors qu'une information judiciaire est ouverte, de bénéficier de la réforme.

## B. – Validité de la CJIP

**25.** Aux termes de son avis du 24 mars 2016, le Conseil d'État avait censuré le premier projet de loi aux motifs suivants : « (...) *le Conseil d'État a considéré que le dispositif envisagé ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission, qui est de concourir à la restauration de la paix publique et à la prévention de la récidive. Une audience publique est certes prévue, mais elle n'intervient que pour homologuer la convention définitive. En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile* »<sup>(42)</sup>. Cet avis peut néanmoins surprendre en ce que l'exigence d'exemplarité, procédant, à suivre le Conseil d'État, notamment de la garantie tirée de la publicité des débats, n'est, par exemple, pas jugée incompatible avec la nécessité d'une plainte préalable pour engager des poursuites pénales du chef de fraude fiscale. Pour mémoire, dans une décision du 22 juillet 2016<sup>(43)</sup>, le Conseil constitutionnel a estimé que ce « *verrou de Bercy* » n'était contraire ni au principe d'égalité devant la loi ni aux principes d'indépendance de l'autorité judiciaire et de séparation des pouvoirs ni au principe de

nécessité des peines. Il a considéré notamment que les dispositions du texte, telles qu'interprétées par une jurisprudence constante, ne portent pas une atteinte disproportionnée au principe selon lequel le procureur de la République exerce librement, en recherchant la protection des intérêts de la société, l'action publique devant les juridictions pénales<sup>(44)</sup>.

**26.** En tout état de cause, aux termes de l'article 41-1-2-II du code de procédure pénale, est donc prévue une « *audition, en audience publique, de la personne morale mise en cause et de la victime assistées, le cas échéant, de leur avocat. À l'issue de cette audition, le président du tribunal prend la décision de valider ou non la proposition de convention, en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende (...) et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. La décision du président du tribunal, qui est notifiée à la personne morale mise en cause et, le cas échéant, à la victime, n'est pas susceptible de recours* ».

**27.** Plusieurs incertitudes procèdent de cette réforme. En premier lieu, il convient de rappeler que les personnes physiques et en particulier les dirigeants des personnes morales mises en cause sont exclus de la CJIP. En pratique, ceci ne devrait pas les inciter, en l'absence de critères de négociation, à recourir à la CJIP. En droit, la question se pose de la conformité de cette solution avec l'avis même du Conseil d'État aux termes duquel il était également indiqué : « *dès lors que cette procédure ne serait applicable qu'aux seules personnes morales, il n'apparaît pas qu'il soit dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice et dans celui des victimes d'instituer, pour l'ensemble des faits de corruption et de trafic d'influence, une voie procédurale impliquant un traitement judiciaire différent, d'une part, pour les personnes physiques (dirigeants ou salariés de l'entreprise) et les personnes morales auteurs des mêmes faits, d'autre part, pour le corrupteur et le corrompu, alors que les infractions en cause sont par nature bilatérales* »<sup>(45)</sup>. Dans la mesure où l'article 22 de la loi Sapin II n'a pas été soumis au Conseil constitutionnel, une QPC apparaît concevable. Il aurait sans doute suffi au législateur, ainsi que l'y invitait le Conseil d'État, de circonscrire le champ de la CJIP aux faits de corruption transnationale pour éviter ce potentiel écueil.

**28.** En deuxième lieu, force est de constater que le texte ne prévoit pas expressément, conformément au droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination, notification à la personne morale et à son représentant de son droit de se taire, de faire de simples déclai-

(39) Cass. crim., 23 mars 2004, n° 03-87854.

(40) CEDH, 15 oct. 2009, aff. 17056/06, Miguel Helft c/ Malte, § 93 à 99.

(41) AN, Commission des lois, 25 mai 2016, compte-rendu n° 86, S. Mazetier.

(42) CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262, § 13, b.

(43) Cons. const., 22 juill. 2016, n° 2016-555 QPC.

(44) J.-Cl. Action publique et action civile, Fasc. 20, C. Ribeyre.

(45) CE, avis, 24 mars 2016, n° 391.262, § 13.

# Le point sur...

## Droit pénal des affaires

rations ou de répondre aux questions. Du reste, aucun guide d'audience, circulaire ou conseil n'est en l'état arrêté.

**29.** En troisième lieu, le statut du plaignant, ou aux termes de la loi de la « victime » et non de la partie civile n'est pas plus à ce stade arrêté. D'un point de vue terminologique, et à strictement parler, il n'y a de victime d'une infraction qu'en cas de condamnation. Au stade de l'enquête, de l'instruction, et conformément au principe de présomption d'innocence, il n'y a que des parties civiles. D'un point de vue juridique, le régime de recevabilité des parties civiles devrait être celui des articles 2 et suivants du code de procédure pénale. Il en résulte qu'un État, victime de la corruption de ses agents, par une entreprise française, serait sans doute recevable à intervenir à l'audience. Cette question ouvre des difficultés non seulement diplomatiques mais également pratiques d'évaluation du préjudice, et le cas échéant, des modalités de recouvrement des dommages et intérêts dès lors que l'État victime d'actes de corruption en est souvent complice. D'un point de vue procédural, la recevabilité de la constitution des associations de lutte contre la corruption est susceptible de modifier l'équilibre de la loi, dès lors que ces dernières ne sont pas soumises à l'exigence de secret des négociations, qu'elles ont, si l'audience est contradictoire, vocation à avoir accès au dossier et qu'elles bénéficieront dans le cadre d'une audience judiciaire de l'immunité prévue par l'article 41 de la loi du 29 juillet 1881.

**30.** En dernier lieu, l'exigence non seulement d'une validation de la CJIP par un magistrat du siège mais d'une validation à l'issue d'une audience publique, renvoie au statut hybride du ministère public en France. S'il s'agit d'un magistrat indépendant et impartial, ce qui dans la tradition française, concourt à lui donner autorité pour garantir au « mis en cause » dans le cadre d'une enquête de flagrance ou préliminaire la sûreté et la plénitude de ses droits, le soupçon du législateur, et avant lui du Conseil d'État, n'apparaît pas légitime. Si en revanche et comme l'ont jugé la CEDH<sup>(46)</sup> et la Cour de cassation<sup>(47)</sup>, le procureur de la République ne saurait être considéré comme un magistrat indépendant et impartial alors le principe d'opportunité des poursuites, c'est-à-dire l'orientation discrétionnaire des affaires pénales, devient critiquable<sup>(48)</sup>.

**31.** Cette réticence du législateur français à intégrer les exigences de la transaction apparaît également à l'issue de la CJIP avec le droit de rétractation reconnu à la personne morale. En effet, soit le président du tribunal de

grande instance a, en quelque sorte, compétence liée pour valider une CJIP qui répond aux critères de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale et qui procède d'un échange conforme aux droits de la défense de la personne morale mise en cause, et la rétractation apparaît inutile pour ne pas dire absurde. Soit le président peut modifier, altérer ou adapter les termes de la CJIP, au regard le cas échéant des observations de la « victime » ou de l'audience publique, et alors c'est l'équilibre même de la CJIP qui se trouve menacé.

## II. – De la CJIP à la conformité

**32.** De l'aveu même du législateur, l'introduction de la CJIP dans notre droit, instrument au service du ministère public et de l'Agence française anticorruption, est destinée à concurrencer la prévalence des fors étrangers. Dans ces conditions, il est naturel de s'interroger sur les avantages (A) et les inconvénients (B) concurrentiels du modèle français.

### A. – Avantages concurrentiels de la CJIP

**33.** Aux termes de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale : « L'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. La convention judiciaire d'intérêt public n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire. Elle fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République ». C'est l'avantage majeur, pour ne pas dire la raison d'être du mécanisme, qui doit permettre à une entreprise souscrivant à cette mesure alternative, d'échapper à une éventuelle condamnation qui l'exclurait des marchés publics.

**34.** Cette condamnation sans culpabilité, pour ne pas dire cette peine sans infraction, n'a de sens qu'associée à la mise en place « d'un programme de mise en conformité destiné à s'assurer de l'existence et de la mise en œuvre en son sein des mesures et procédures énumérées au II de l'article 131-39-2 du code pénal », c'est-à-dire adoption d'un code de conduite, de dispositif d'alerte, de cartographie des risques, de procédures d'évaluation des partenaires de l'entreprise ou encore d'un régime disciplinaire contre les salariés de la personne morale en cas de violation du code de conduite de la personne morale.

**35.** À cet égard, il importe de relever que l'action publique n'est pas éteinte par la conclusion de la CJIP mais plus précisément par « l'exécution des obligations prévues par » la CJIP. Et « à peine de nullité, le procureur de la République notifie à la personne morale mise en cause l'interruption de l'exécution de la convention lorsque cette personne ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues ».

(46) CEDH, 29 mars 2010, n° 3394/03, Medvedyev c/ France, § 124.

(47) Cass. crim., 15 déc. 2010, n° 10-83674.

(48) CEDH, 15 oct. 2009, n° 17056/06, Miguel Helft c/ Malte, § 93 à 99.

Or, et sous réserve des décrets à venir, l'éventuelle question du contentieux de l'exécution de la CJIP ne nous apparaît pas réglée par la loi *Sapin II*. Tandis qu'en matière de *monitoring* de la peine de programme de mise en conformité, en application de l'article 764-44 du code de procédure pénale, il appartiendra au juge de l'application de trancher la difficulté, dans le cadre de la CJIP, le procureur de la République apprécie, sans plus de guide que pour le déclenchement ou la négociation de la CJIP, le caractère intégral de l'exécution. C'est à nouveau prendre le risque d'échouer la solution française comme un modèle de référence.

## B. – Inconvénients concurrentiels de la CJIP

**36.** En complément de ce qui a été indiqué, et du point de vue de la mise en conformité dans un environnement économique concurrentiel, la CJIP présente deux séries d'inconvénients supplémentaires. En premier lieu, la question de l'amende et de l'indemnisation recouvre plusieurs incertitudes. Concernant l'amende, il a été relevé que le législateur avait créé un « *outil hybride* » empruntant à l'amende transactionnelle, qui n'est pas reconnue comme une sanction<sup>(49)</sup> et à l'avantage tiré du manquement, plafonné par une quote-part du chiffre d'affaires, qui est une sanction, admise par exemple de pratiques restrictives de concurrence, et qui devrait permettre d'imposer aux entreprises à l'instar des deals de justice américains<sup>(50)</sup> le paiement de montants considérables<sup>(51)</sup>.

**37.** Du point de vue de l'indemnisation, la pratique lèvera, peut-être, l'incertitude relevée précédemment sur le statut des « victimes » au sens de l'article 22 la loi *Sapin II*. Le Conseil d'État s'est prononcé pour sa participation personnelle à l'œuvre de justice, les parlementaires ont insisté sur le fait qu'il s'agissait là d'un aspect essentiel de la procédure française, et la loi prévoit en conséquence, d'une part, en cas d'identification des victimes, une clause d'indemnisation valant injonction de payer, et faute d'identification, le droit d'ester devant les juridictions civiles nonobstant la CJIP. Dans cette dernière hypothèse, compte tenu des mesures de publication sur le site de l'Agence française anticorruption, la question se posera du droit de la victime à l'accès au dossier pénal ayant servi de base à la CJIP. Cette difficulté rejoint la question majeure pour la réputation des entreprises, et donc l'avenir de la CJIP, de la confidentialité et de la communication autour des

faits, de la qualification et de la procédure ayant abouti à la CJIP<sup>(52)</sup>. Et il convient de rappeler que si aux termes de la loi, et en cas d'échec de la CJIP, « *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 prévue au présent article* », cette garantie ne concerne pas la victime, n'est pas prévue à peine de nullité d'ordre public, et ne saurait faire obstacle, conformément au principe de liberté de la preuve en matière pénale<sup>(53)</sup>, à la divulgation par voie de presse ou à la production anonyme de documents censément protégés. L'expérience en matière de secret de l'enquête et de l'instruction invite ainsi à la prudence.

**38.** En second lieu, l'avenir de la CJIP dépendra également de la capacité des États à se concerter pour régler la question du for compétent pour exercer les poursuites, ou assumer les négociations aux fins de transaction. Dans ce contexte, les entreprises se soumettant aux contraintes de programmes de mise en conformité, ou au risque de la CJIP, devraient pouvoir bénéficier, avec plus de certitude, de la règle *non bis in idem*, tirée notamment de l'article 14.7 du Pacte international sur les droits civils et politiques du 16 décembre 1966. Certes, la « *CJIP se rapproche des DPA américain ou britannique* ». Et il est également exact que « *les développements récents vont dans le sens d'une plus grande coopération* » entre États « *voire d'une harmonisation de poursuites multi-juridictionnelles* » par exemple dans les affaires *Siemens*, *Odebrecht Braskem* ou encore, *Rolls Royce* en janvier 2017<sup>(54)</sup>. Il n'en reste pas moins, sous réserve des décrets d'application, que le système mis en place par la loi *Sapin II* présente encore trop d'incertitudes pour être attractif dans l'ordre international. Cette difficulté est aggravée par la faiblesse structurelle, en moyens, en ressources et en hommes, des services d'enquête et des autorités de poursuite.

**39.** En tout état de cause, l'introduction d'un mécanisme de transaction pénale en droit français, même s'il ne dit pas encore son nom, associée à l'émergence de plus en plus grande d'un principe contradictoire au stade de l'enquête<sup>(55)</sup> et d'une réforme du ministère public, annonce sans doute un bouleversement de notre conception de la justice. Un des aspects de ce mouvement de fond, susceptible de faire basculer le centre de gravité de la loi vers la jurisprudence, est, par exemple, la mise en place récente d'une base de

(49) Cons. const., 26 sept. 2014, n° 2014-416 QPC.

(50) A. Garapon et P. Servan Schreiber (ss dir.), *Deals de justice*, PUF, 2013.

(51) E. Dezeuze et G. Pellegrin, *Extension du domaine de la transaction pénale : la convention judiciaire intérêts publics. À propos de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016*, JCP G 2017, doct. 64.

(52) Voir ci-dessus n° 30.

(53) Cass. crim., 31 janv. 2012, n° 11.85-464.

(54) A. Mignon Colombet et S. Hannedouche-Leric, *Le nouveau dispositif anti-corruption de la loi Sapin II : quelles avancées et quelles zones d'ombre ?*, JCP G 2017, 128.

(55) E. Daoud et A. Jacquin, *L'effectivité du principe du contradictoire*, AJ pénal 2016, p. 112.

## Le point sur...

### Droit pénal des affaires

données des décisions des juridictions françaises accessible à tous les justiciables<sup>(56)</sup>. À l'aide de ces outils, se développent déjà des logiciels de justice prédictive<sup>(57)</sup>. L'avocat apparaît dans ce cadre comme un acteur incontournable de cette mutation en ce qu'il a de première part, l'expérience de la négociation, de l'évaluation des risques et du conseil, de deuxième part, et à notre sens, un rôle fondamental à assumer auprès des entreprises dans la conception et la mise en œuvre des programmes de mise en conformité et

en particulier dans la conception d'un système d'alerte respectueux des droits de celui qui dénonce et de celui qui est dénoncé, et en ce que, de dernière part, il est un rempart contre l'arbitraire. Dans ce contexte, le renforcement de la protection du secret professionnel de l'avocat apparaît inévitable et indispensable. Dans le cadre d'une concurrence entre fors étrangers, le législateur français pourrait ainsi retrouver un intérêt prépondérant à cette réforme salutaire et profitable. ■

(56) L. n° 2016-1321, 7 oct. 2016, art. 21.

(57) A. Garapon, Les enjeux de la justice prédictive, JCP G 2017, doctr. 31.