

REVUE LAMY

Droit des Affaires

Dossier : le droit pénal des affaires de demain

Emmanuel DAOUD, Solène SFOGGIA, Guillaume MARTINE et Hugo PARTOUCHE

- Définition du consommateur et de l'action de groupe : l'éclairage apporté par la CJUE
Mathieu DARY et Victoria LICHET
- Faute de la victime et exigence de préavis en matière de rupture des relations commerciales établies : illustrations jurisprudentielles
Alexandre BAILLY et Xavier HARANGER
- De l'intérêt et de la mise en œuvre de la variabilité du capital social
Alexis MARCHAND et Philippe GUINOT

136 | MENSUEL
AVRIL 2018

RLDA 6434

Loi Sapin II, RGPD et loi Vigilance : enjeux internationaux de la compliance

À n'en plus douter, les contours de la *compliance* sont aussi internationaux que les dynamiques qui ont permis à cette source normative de prospérer à toutes les échelles du droit⁽¹⁾. Plus particulièrement, l'année 2018 voit consacrées des normes de *compliance* entretenant un fort lien avec la responsabilité sociale et environnementale de l'entreprise (« RSE »), que sont le règlement général de protection des données personnelles (« RGPD »), à 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 (« loi Sapin II ») et à la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (« loi Vigilance »). Or ces trois lois revêtent un caractère éminemment international, soit par leurs origines, soit par la chaîne de valeurs qu'elles encadrent.

Dès lors, il est essentiel en pratique d'avoir une vision globale des enjeux de ces chantiers de *compliance* dans un environnement international. Cette vision doit en effet créer des réflexes et une culture, mais aussi informer les stratégies juridiques des entreprises et la manifestation managériale de celles-ci – en termes de formation, de communication, de gestion du risque, de comptabilité financière ou encore de développement à l'international.

Par surcroît, toute violation de la Loi Sapin II ou de la loi Vigilance porte en elle une dimension pénale, du fait de la gravité des troubles à l'ordre public encadrés. De même, le droit pénal s'appuie de façon croissante sur des traitements informatiques et protège le droit à la vie privée.

(1) A. Gaudemet, La compliance : un monde nouveau ?, Panthéon-Assas Paris II, nov. 2016 ; V. aussi, M.-A. Frison-Roche, Compliance : avant, maintenant, après, Working Paper, 12 déc. 2017.

Ainsi, loi Sapin II, RGPD ou loi Vigilance, la *compliance* est une composante clé du droit pénal des affaires de demain.

Si la *compliance* continue de se développer dans un environnement international, le RGPD intègre toutefois plus naturellement une dimension internationale que les lois Sapin II et Vigilance.

I. — L'environnement international de la compliance

La *compliance* est naturellement internationale par ses sources et ses inspirations et par la culture qu'elle a vocation à promouvoir.

A. — Les sources internationales de la compliance

Outre les outils de régulation créés dans le but de réduire les asymétries d'information (marchés financiers, concurrence, communication extra-financière) qui ont facilité le développement de la *compliance*, le développement d'une responsabilité internationale de l'entreprise est le principal point commun aux chantiers de *compliance*⁽²⁾. On pense naturellement à la responsabilité sociale et environnementale d'où s'évince en réalité une éthique générale. La *compliance* en donne les outils, tandis que le droit pénal de demain en porte la responsabilité symbolique et dissuasive⁽³⁾.

(2) M.-A. Frison-Roche, Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance, Working Paper, v. <<http://mafr.fr/fr/article/du-droit-de-la-regulation-au-droit-de-la-compliance/>>.

(3) M. Delmas-Marty, Le droit pénal comme éthique de la mondialisation, RSC 2004. 1 ; Par ailleurs, la théorie des parties prenantes nous en donne les acteurs et les dynamiques organisationnelles : M. Bonnafous-Boucher et J. Rendtorff, Théorie des parties prenantes. La Découverte, 2014.



Par Emmanuel
DAOUD
Avocat au Barreau
de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau
GESICA



Et Hugo
PARTOUCHE
Avocat au Barreau
de Paris
Cabinet Vigo
Membre du réseau
GESICA

Le point sur...

Le droit pénal des affaires

En effet, les droits protégés internationalement englobent l'essentiel des risques de *compliance*. Ce constat est particulièrement marqué en matière de droits de l'homme, ainsi que de droits sociaux et environnementaux, parce que les risques sont eux-mêmes, par nature, internationaux. C'est le cas de la fourniture de matière première dans une industrie mondialisée⁽⁴⁾, exemple topique de la superposition d'enjeux de *compliance* sur une chaîne de valeur longue et complexe. Pas plus que les droits humains fondamentaux, ni les questions environnementales⁽⁵⁾, ni la transmission de l'information n'ont de frontières.

Dans ce contexte, les États ont l'obligation négative et positive de protéger ces droits. Ainsi, par exemple, le droit international et européen des droits de l'homme a peu à peu élargi ces obligations et consacré la notion d' « effet horizontal »⁽⁶⁾, obligeant les États à veiller au respect des standards internationaux par leurs sujets de droits entre eux – personnes physiques et morales.

Un grand nombre de sources internationales abordent la chaîne de valeur dans son ensemble. Ainsi, les conventions de l'OIT ou les principes directeurs de l'OCDE⁽⁷⁾ et de l'ONU⁽⁸⁾. Pour sa part, le droit de l'Union européenne a, en sus de la Charte des droits fondamentaux, développé des obligations positives (en matière d'obligations extra financières⁽⁹⁾ ou de la traçabilité des « minerais de conflits »⁽¹⁰⁾, et naturellement de protection des données personnelles).

Ainsi, les sources de la *compliance* ont permis de reprendre la distinction entre obligations négatives et positives pour les appliquer aux personnes morales, bientôt sujets auto-

nomes de droit international⁽¹¹⁾, en tout cas susceptibles de voir engagée leur responsabilité⁽¹²⁾.

Cette expansion continue des instruments nationaux et internationaux a conduit certains auteurs à parler de « jungle normative »⁽¹³⁾, dont il résulterait un flou juridique. La transposition et l'intégration en droit interne de nouveaux instruments normatifs ou de lignes directrices viennent éclairer les entreprises sur la conduite à adopter. Outre les lois *Sapin II*, *Vigilance* et RGPD, la France s'est ainsi dotée d'un plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises⁽¹⁴⁾.

Ce plan rappelle les obligations incombant à l'État à toutes les échelles, et qui s'appliquent aux entreprises par le biais de l'effet horizontal des droits fondamentaux. Il définit ensuite la responsabilité directe des entreprises. Elle se manifeste par six items qui sont tous des volets d'une approche de *compliance* : élaboration de chartes, formation et information au sein des entreprises, analyse des risques et évaluation des impacts, promotion des accords cadre internationaux (avec les fédérations syndicales notamment) implication des représentants du personnels en matière de droits de l'homme comme moyen d'une prise en compte croissante des parties prenantes de l'entreprise et, enfin, obligation de *reporting*⁽¹⁵⁾ en matière de droits de l'homme. En clarifiant le droit interne, le législateur permet de limiter les incertitudes et donc les risques. Toutefois, cette clarification passe nécessairement par l'accès au droit. C'est le dernier volet du plan national d'action.

En conséquence, les entreprises doivent, spontanément, identifier et prévenir les risques. À cet égard, les obligations de cartographie sont partagées⁽¹⁶⁾, directement, par la loi *Vigilance* et la lutte anticorruption au titre de la loi *Sapin II*⁽¹⁷⁾ et, indirectement, par le RGPD au travers de l'obligation d'une analyse d'impact⁽¹⁸⁾. Elles sont éga-

(4) Par ex. *Monterrico*, poursuivie pour complicité de torture, du fait des activités de sa filiale péruvienne. *Monterrico* a finalement indemnisé 33 plaignants aux termes d'une conciliation ; Business and Human Rights, UK: *Mining company Monterrico Metals settles case with Peruvian claimants over alleged complicity in torture - company does not admit liability* : v. <<https://business-humanrights.org/en/uk-mining-company-monterrico-metals-settles-case-with-peruvian-claimants-over-alleged-complicity-in-torture-company-does-not-admit-liability#c60103>>.

(5) L. Neyret (dir.), *Des écocrimes à l'écocide - Le droit pénal au secours de l'environnement*, Bruylant 2015.

(6) V. par ex., A. Seifert, *L'effet horizontal des droits fondamentaux*, RTD eur. 2012, p. 801.

(7) OCDE, *Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales : Recommandations pour une conduite responsable des entreprises dans le contexte international*, 25 mai 2011.

(8) Conseil des droits de l'homme, rés. 17/4 e, 17 juin 2011, *Principes directeurs relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises*.

(9) Dir. 2014/95/UE, 22 oct. 2014.

(10) Règl. (UE) n° 2017/821, 17 mai 2017. Il s'agit là encore d'une harmonisation avec la loi américaine, en l'occurrence avec l'article 1502 de la loi *Dodd-Frank* (« *Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Act* ») de 2010.

(11) V. par ex., E. Decaux, *L'applicabilité des normes relatives aux droits de l'homme aux personnes morales de droit privé*, RIDC 2002, n° 54-2, p. 549-578.

(12) En 2007 la compagnie américaine *Chiquita* a payé une amende de 25 millions de dollars pour avoir financé le groupe paramilitaire des AUC en Colombie entre 1997 et 2004, et le Procureur général de Colombie a ouvert à son encontre une enquête à l'encontre de *Chiquita* pour crimes contre l'humanité. *The Washington Post*, *Chiquita to Pay \$25M Fine in Terror Case*, 15 mars 2007.

(13) K. Martin-Chenut, *Devoir de vigilance : internormativité et durcissement de la RSE*, Dr. Soc. 2017, p. 798.

(14) Plan national d'action pour la mise en œuvre des principes directeurs des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme et aux entreprises, 26 avr. 2017.

(15) Ce dernier point doit être repris dans la transposition de la directive 2014/95/UE.

(16) G. Péronne et E. Daoud, *Loi Sapin II, loi Vigilance et RGPD*, D. IP/IT 2017, 584.

(17) L. n° 2017-399, préc., art. 1, et L. n° 2016-1691, préc., art. 17 II-3°.

(18) Règl. (UE) n° 2016/679, 27 avr. 2016, art. 35.

lement rappelées, dans le plan national d'action, par les items « analyse des risques » et « reporting ».

Outre l'identification et la prévention des risques, il ne semble pas inutile de rappeler que les différents chantiers de *compliance* ont également en commun d'exiger le développement d'une culture qui doit soit être compatible avec les différences culturelles qui marquent la pratique des affaires à l'international, soit se décliner pour être comprise partout.

B. — Une culture de la compliance à vocation internationale

Pour avoir un impact positif sur le développement de l'entreprise, la *compliance* doit s'accompagner d'une véritable culture. Or, cette culture a vocation à être internationale, en attestent la pratique de l'alerte et les conditions de production des documents de *compliance*.

→ La culture de l'alerte vertueuse

En premier lieu, la loi *Sapin II*, très fortement adossée au droit pénal, inclut des dispositions relatives au statut du lanceur d'alerte. Au titre de l'article 6 de la loi, les alertes peuvent porter sur tout type d'infractions à la loi ou au règlement, voire simplement à un ordre public à définir. En conséquence, il ne fait aucun doute que les obligations tirées de la loi *Vigilance* ou celles relatives à l'application du RGPD sont bien couvertes par le champ de l'alerte au sens de la loi *Sapin II*. Or, cette dernière repose sur le droit pénal de plusieurs façons : irresponsabilité pénale du lanceur d'alerte lorsqu'il remplit les critères de l'article 6⁽¹⁹⁾, délit d'entrave à l'alerte⁽²⁰⁾, délit de violation de la confidentialité de l'alerte⁽²¹⁾ ou encore protection contre les procédures-baillons⁽²²⁾, à n'en pas douter les inquiétudes que certains d'entre nous relayaient sur les risques d'une culture de la délation au profit de l'éthique des affaires⁽²³⁾ ont été traitées par la voie pénale.

Si l'origine du statut de lanceur d'alerte est elle-même étrangère⁽²⁴⁾ et si les entreprises ont intérêt à ouvrir leur système d'alerte au plus grand nombre de leurs collaborateurs permanents ou occasionnels à l'étranger dès lors que ces procédures vont permettre d'identifier des risques sur l'ensemble des chantiers

de *compliance*⁽²⁵⁾, la dimension pénale de l'alerte ne modifie pas les règles d'application de la loi pénale dans l'espace.

Or, l'efficacité et l'intégrité des alertes dépendent de la protection offerte au lanceur d'alerte et à la personne visée par l'alerte. Pour pallier cette absence de protection internationale d'une alerte qui doit être internationale, l'entreprise peut donc promouvoir une culture de l'alerte, au-delà des protections spécifiques prévues en droit interne.

→ La production documentaire dans un environnement international

Quel que soit le chantier de *compliance* concerné, l'importance des documents produits dans sa mise en œuvre est certaine⁽²⁶⁾. En effet, la *compliance* exige soit un ensemble précis de documents dont l'établissement est dû, soit de la preuve des diligences réalisées pour identifier et prévenir les risques. La fonction théorique de ces exigences probatoires est double : il s'agit de provoquer la gestion des risques en obligeant à leur identification et ainsi d'éviter que les entreprises organisent systématiquement leur propre ignorance.

Plus que l'organisation d'une défense de bonne foi⁽²⁷⁾, ces exigences probatoires permettent de tarir en partie le débat sur les critères de l'évaluation du respect par l'entreprise de ses obligations de moyen⁽²⁸⁾. Dans ce contexte d'application spontanée des normes pénales mondialisées,⁽²⁹⁾ devenue prévention obligatoire des risques, la relation des entreprises avec leurs conseils doit elle aussi être envisagée à l'échelle internationale. Les différences de nature entre le secret professionnel des avocats dans les systèmes sans *discovery* et le *legal privilege* des pays de *Common law* n'est plus une question purement théorique ou qui se poserait seulement à quelques entreprises multinationales.

À titre d'exemple, le *privilege* en Angleterre et Pays de Galles se décompose entre *privilege contentieux* (qui protège aussi les tiers) et *privilege de conseil* (limité au client). Les enquêtes de conformité ne sont pas immédiatement

(19) L. n° 2016-1691, préc., art. 7.

(20) L. n° 2016-1691, préc., art. 13-I.

(21) L. n° 2016-1691, préc., art. 9.

(22) L. n° 2016-1691, préc., art. 13-II.

(23) E. Bailly et E. Daoud, Le *whistleblowing* et la protection des données à caractère personnel : le compromis américano-européen, AJ pénal 2010, p. 269.

(24) V. par ex., N. Lenoir, JCP E 2015, n° 1492, Les lanceurs d'alerte – Une innovation française venue d'outre-Atlantique.

(25) Transparency International, *The business case for 'speaking up': how internal reporting mechanisms strengthen private-sector organisations*, 31 juill. 2017.

(26) E. Daoud et S. Sfoggia, La gestion de la preuve à l'ère de la conformité (loi *Sapin II*, RGPD, loi *Vigilance*) : réflexions sur une révolution interne, RLDA 2017/130, n° 6318.

(27) H. Muir Watt, Devoir de vigilance et droit international privé. Le symbole et le procédé de la loi du 27 mars 2017, *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 4, déc. 2017, étude 95.

(28) J.-Cl. Travail Traité, Fasc. 1-50 : Responsabilité sociétale des entreprises, § 44.

(29) M.-E. Boursier, La mondialisation du droit pénal économique, RSC 2017, 465.

Le point sur...

Le droit pénal des affaires

couvertes par le privilège contentieux tant qu'elles n'ont qu'une mission d'établissement des faits.

En dépit du caractère à première vue nouveau de ce type de catégories pour le secret professionnel de l'avocat français, elles connaissent un succès croissant. Ainsi, sur la question de la production de documents confidentiels, le Barreau de Paris s'est doté en 2016 d'une nouvelle annexe à son règlement intérieur traitant spécifiquement de l'avocat intervenant dans une enquête interne⁽³⁰⁾. Ce *vadémécum* propose une approche similaire en distinguant l'avocat expert, amené à entendre des tiers et qui doit s'abstenir d'intervenir en qualité de conseil dans un litige en lien avec l'enquête, et l'avocat conseil, amené à accompagner la personne morale dans sa démarche précontentieuse et contentieuse⁽³¹⁾.

On commence également à voir émerger cette distinction en jurisprudence. Ainsi, la Cour de cassation a réaffirmé que le secret professionnel ne s'étendait qu'aux avocats au sens français du terme et n'était pas superposable avec le *legal privilege*⁽³²⁾. Elle a également accepté de distinguer entre les conversations « dont le contenu est étranger à tout exercice des droits de la défense » et celles qui entretiendraient un lien direct avec une procédure⁽³³⁾.

En d'autres termes, on commence à apercevoir une convergence des règles de confidentialité, partant à l'émergence d'une culture de plus en plus partagée de l'intervention des conseils dans la production des documents de *compliance*.

Grâce à cette convergence, l'avocat français a vocation à être un acteur particulièrement actif d'une mise en conformité de bonne foi dans un environnement international, au travers des enquêtes internes, mais également en assumant les fonctions de délégué à la protection des données personnelles au sens du RGPD⁽³⁴⁾ ou en tant que référent accueillant le dispositif d'alerte au sens de la loi *Sapin II*.

Ainsi, du fait de ses sources, de ses inspirations et de la culture qu'elle a vocation à promouvoir, la *compliance* est internationale. Toutefois, cela ne fait pas disparaître les spécificités des lois *Vigilance* et *Sapin II* et du RGPD.

(30) Annexe XXIV : *Vadémécum* de l'avocat chargé d'une enquête interne.

(31) On peut aussi comparer cette approche avec la doctrine américaine du *Work product*.

(32) Cass. 1^{re} civ., 3 nov. 2016, n° 15-20.495, P+B+I.

(33) Cass. crim., 22 mars 2016, n° 15-B3.205, Bull. crim., n° 93.

(34) Article 6.3.3. du règlement intérieur national de la profession d'avocat (modification entrant en vigueur le 25 mai 2018).

II. — Les spécificités du RGPD, de la loi *Vigilance* et de la loi *Sapin II* dans un cadre international

En matière de protection des données, le RGPD intègre naturellement une dimension internationale, alors que la loi *Vigilance* et de la loi *Sapin II* restent très liées au droit interne.

Pour avoir un impact positif sur le développement de l'entreprise, la compliance doit s'accompagner d'une véritable culture.

A. — La dimension naturellement internationale du RGPD

Le RGPD a un champ d'application extrêmement large⁽³⁵⁾. Un exemple topique de ce champ d'application très large est le cas des transferts de données hors de l'Union européenne qui restent couverts par le règlement⁽³⁶⁾.

Bien plus encore que les lois *Vigilance* ou *Sapin II*, les mécanismes européens de protection des données entendent créer une autorégulation en obligeant des responsables de traitement qu'ils démontrent la conformité de leur système au règlement. En matière de transferts hors de l'Union, le responsable de traitement peut être tenu de déployer des outils spécifiques tels que les BCR (*binding corporate rules* ou règles internes d'entreprise) ou les clauses types adoptées par la Commission. Ces outils ne sont pas nouveaux⁽³⁷⁾ mais ils ont été renforcés par l'adoption du RGPD qui inclut également un mécanisme de certification ou la possibilité de se doter d'un code conduite⁽³⁸⁾. La Commission a rappelé l'importance de tels outils à l'occasion d'une note relative à la sortie du Royaume-Uni de l'Union⁽³⁹⁾.

Au demeurant, les montants considérables des sanctions pouvant être appliquées en cas de non-respect du RGPD s'expliquent par le haut niveau de coopération attendu en amont, partant de prévention de bonne foi des risques.

S'agissant des transferts internationaux vers des pays qui n'offrent pas une protection adéquate, ils sont en principe

(35) Règl. RGPD, préc., art. 2.

(36) Règl. RGPD, préc., art. 44, al. 1.

(37) Décisions de la Commission européenne n° 2001/497/CE, n° 2004/915/CE et n° 2010/87/EU.

(38) Règl. RGPD, préc., art. 46.

(39) *Notice to stakeholders Withdrawal of the United Kingdom from the Union and EU rules in the field of data protection*, 9 janv. 2018.

interdits. Par exception, les traitements internationaux vers des pays ne garantissant pas une protection adéquate sont autorisés dans certains cas. À cet effet, l'Union a créé, d'une part, les BCR et, d'autre part, le système du bouclier de protection, négocié par la Commission.

Les BCR sont contraignantes pour l'entreprise à partir du moment où le responsable de traitement a démontré qu'elles s'imposaient à toutes les entreprises du groupe multinational européen concerné et qu'elles ont été approuvées par toutes les autorités nationales compétentes. L'adoption de ces BCR a été assouplie puisque désormais, la désignation d'une autorité nationale « chef de file » suffit, sans besoin de passer par la Commission.

S'agissant plus particulièrement des transferts de données vers les États-Unis, le bouclier de protection des données UE (ou *privacy shield*) prévoit un régime de certifications – renouvelées annuellement – des entreprises américaines destinataires de données personnelles, qui, une fois encore, exige une mise en conformité très en amont des traitements et transferts.

Toutefois, le Groupe de l'article 29⁽⁴⁰⁾ a pointé les limites du bouclier que sont notamment l'absence d'un médiateur indépendant pour traiter les plaintes des citoyens de l'Union. Le Groupe 29 juge par ailleurs insuffisantes les preuves fournies par les États-Unis afin de démontrer que les traitements de données personnelles effectués sur le territoire américain ne sont ni généralisés ni systématiques⁽⁴¹⁾.

Enfin, si l'investissement à réaliser pour atteindre ces niveaux de conformité est important, ⁽⁴²⁾ il est bien inférieur au niveau du risque financier de l'absence mise en conformité dans son ensemble (RGPD, *Vigilance*, anticorruption).

Ainsi, le RGPD prévoit lui-même les modalités de son application à l'étranger et les relations des acteurs de la donnée avec l'étranger, de sorte que sa mise en œuvre peut rester implantée au siège du responsable de traitement, sans besoin de décliner la fonction dans tous les pays dans lesquels sont traitées des données à caractère personnel.

Par ailleurs, les investissements structurels rendus obligatoires par le RGPD porteront sur l'ensemble de la chaîne de valeur et sur les informations essentielles de l'entreprise, y compris sur celles relatives aux obligations de lutte contre la corruption et de vigilance. Ces investisse-

ments pourront donc constituer le support technique de la *compliance*.

B. — Loi Sapin II et loi Vigilance : entre particularismes locaux et assimilation du droit étranger

Contrairement au RGPD qui intègre naturellement une dimension internationale, les lois *Vigilance* et *Sapin II* conservent des dimensions locales fortes, même si certaines de leurs caractéristiques sont influencées par le droit étranger. Ainsi, la Convention judiciaire public propose un exemple d'assimilation du droit étranger.

→ L'importance des normes locales

Les normes internationales de référence en matière de droits humains, environnementaux et sociaux, ainsi qu'en matière d'anticorruption sont nombreuses et anciennes. Toutefois, il existe des différences substantielles dans le traitement par les droits internes de la gravité de certaines pratiques. Ainsi, aux cas des dispositions pénales françaises qui s'appliquent dans des lieux où le comportement n'est pas incriminé par le jeu de l'application de la loi pénale dans l'espace, s'ajoutent celles qui n'existent pas en France mais ailleurs, voire le cas de libertés reconnues en France et dont la jouissance est pénalisée à l'étranger: on pense par exemple à la liberté sexuelle, pénalisée dans de nombreux États. On pense également à la liberté syndicale reconnue de façon différente à travers le monde.

Plus généralement, s'agissant de toutes les obligations de vigilance qui n'entrent pas dans un cadre pénal applicable territorialement, la responsabilité civile de la société mère pourra toujours être recherchée. Toutefois, selon certains, des incertitudes subsisteraient encore quant à l'interaction des obligations de vigilance avec le droit international privé que le concept de loi de police, exception aux règles du règlement *Rome II*⁽⁴³⁾, ne suffirait pas à dépasser⁽⁴⁴⁾. Néanmoins, bien que la loi de police n'ait en principe pas vocation à s'appliquer à un régime tout entier de responsabilité délictuelle⁽⁴⁵⁾, c'est bien cette direction que la loi *Vigilance* semble vouloir lui faire prendre⁽⁴⁶⁾.

De même, la loi *Sapin II* ne crée pas une logique nouvelle s'agissant des règles du droit pénal international et

(40) Groupe de coordination des « CNIL européennes » créé par l'article 29 de la directive 95/46/CE.

(41) Article 29, *Data protection working party, U.S. Privacy Shield, First annual Joint Review*, 28 nov. 2019.

(42) V. par ex., pour une évaluation rapide des coûts : La facture du RGPD estimée à 30 millions d'euros, S. Dumoulin, *Les Échos*, 29 mai 2017. En ligne : <www.lesechos.fr/29/05/2017/LesEchos/22454-092-ECH_la-facture-du-rgpd-estimee-a-30-millions-d-euros.htm>.

(43) Règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007, art. 26.

(44) H. Muir Watt, préc. ; O. Boskovic, *Brèves remarques sur le devoir de vigilance et le droit international privé*, D. 2016, 385. Sur l'articulation entre certaines normes pénales et droit international privé ; v. également sur cette articulation complexe, D. Chilstein, *Droit pénal international et lois de police*, D. 2003, § 223 et s.

(45) É. Pataut, *Le devoir de vigilance - Aspects de droit international privé*, Dr. Soc. 2017, p. 833.

(46) S. Cossart et M.-L. Guislain, *Le devoir de vigilance pour les entreprises multinationales, un impératif juridique pour une économie durable*, RDLA 2015/104, n 5587.

Le point sur...

Le droit pénal des affaires

il serait difficile de parler d'émergence d'un droit pénal international de la *compliance*. Tout au plus, la France a étendu sa compétence en matière de corruption en élargissant les règles de rattachement et en supprimant les « verrous » que constituaient le monopole du parquet en matière de poursuite et la plainte préalable de la victime dans l'État de commission des faits présumés⁽⁴⁷⁾. Sur le plan de la compétence, la loi pénale française a donc assimilé la concurrence du FCPA et du *UK Bribery Act* pour modifier l'ordre juridique interne. Ce n'est pas le cas de la substance des infractions considérées qui reste inchangée, à l'exception de la création d'un délit de trafic d'influence d'agent public étranger⁽⁴⁸⁾.

En conséquence, tant en matière pénale qu'en matière de vigilance, les juges nationaux feront application des critères substantiels applicables à la matière considérée dès lors que le droit international privé ou pénal le permettra.

→ *L'assimilation progressive d'une justice pénale négociée*

La loi *Sapin II* porte possibilité, pour les personnes morales mises en cause pour des faits d'atteinte à la probité et de blanchiment de fraude fiscale, de conclure avec le parquet une convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP »)⁽⁴⁹⁾. La CJIP a été décrite comme hybride, de sorte qu'il apparaissait difficile de savoir si la France allait développer une culture de la coopération⁽⁵⁰⁾, voire de l'autodénonciation⁽⁵¹⁾, similaire à celle que connaissent les États-Unis.

Aux États-Unis, la justice négociée fonctionne sur la base d'une telle coopération, pensée comme le pendant essentiel des obligations préventives au travers desquelles les entreprises sont amenées à découvrir des manquements sujets à sanctions⁽⁵²⁾. Ainsi, en matière de FCPA⁽⁵³⁾, le *Department of Justice* a construit trois étapes de coopération : « *Voluntary self-disclosure* », « *Full cooperation* » et « *Remediation* »⁽⁵⁴⁾.

En France, les CJIP publiées en 2017 et 2018 ne répondent pas directement à l'interrogation des entreprises quant à l'intensité de la coopération attendue

d'elles par les parquets. Ainsi, dans la CJIP conclue le 30 octobre 2017 avec HSBC, le parquet national financier note que la banque a apporté une coopération minimale à l'enquête et n'a pas révélé spontanément les faits, mais sans établir de lien clair entre ce constat et la sanction proposée⁽⁵⁵⁾.

Contrairement au RGPD qui intègre naturellement une dimension internationale, les lois Vigilance et Sapin II conservent des dimensions locales fortes (...)

En 2018, deux CJIP ont été conclues par le parquet de Nanterre. Dans la première (*SAS Kaefffer Wannier* ou « KW »), le Ministère public a retenu deux facteurs atténuants : coopération de l'entreprise à l'enquête et efforts « afin d'éviter que les faits ne se reproduisent »⁽⁵⁶⁾. Le montant de l'amende est égal à environ 8 % du chiffre d'affaires obtenu en contrepartie de la commission des infractions. Dans ce dossier, le parquet n'a pas noté d'autres facteurs atténuants.

Inversement, dans le second cas, relatif à la SAS SET Environnement (« SET »), l'entreprise ne semble pas avoir justifié d'une coopération qualifiée de facteur atténuant, ni d'ailleurs d'un programme de mise en conformité⁽⁵⁷⁾. Toutefois, la CJIP inclut trois facteurs atténuants⁽⁵⁸⁾ qui pourraient sembler, pour une entreprise française ayant eu l'expérience de poursuites pénales, aussi importants que l'autodénonciation. En l'espèce, la CJIP SET inclut le paiement d'une amende égale à près de 16 % du chiffre d'affaires obtenu grâce à la commission de l'infraction, soit le double du pourcentage retenu pour KW. *In abstracto*, ce constat pourrait faire penser que le parquet de Nanterre a l'intention d'encourager les dénonciations et la coopération, puisqu'elles permettraient de réduire de moitié le montant de l'amende calculé sur la base des avantages tirés des faits reconnus⁽⁵⁹⁾.

(47) L. n° 2016-1691, préc., art. 21.

(48) L. n° 2016-1691, préc., art. 20.

(49) C. pr. pén., art. 41-1-2.

(50) A. Mignon Colombet, La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ?, AJ pénal 2017, p. 68.

(51) O. Claude, Réflexions sur la première convention judiciaire d'intérêt public, AJ pénal 2018, p. 30.

(52) Libres propos par L. Cohen-Tanugi et E. Breen, JCP G 2013, n° 954, Justice négociée – *Le Deferred prosecution agreement américain*. Un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale.

(53) *Foreign Corrupt Practices Act*.

(54) *Department of Justice, Corporate Enforcement Policy* (USAM 9-47.120).

(55) Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue par le Parquet national financier avec la société HSBC Private Bank (Suisse) SA le 30 octobre 2017.

(56) Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue entre le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nanterre et la SAS Kaeffer Wannier.

(57) Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) conclue entre le procureur de la République près le Tribunal de grande instance de Nanterre et la SAS Set Environnement.

(58) Le départ du président et licenciement des dirigeants impliqués, ainsi que la présence d'un nouvel actionnariat et d'une nouvelle direction.

(59) C. pr. pén., art. 41-1-2.

Si cette approche correspond à une véritable politique pénale, et non à une évaluation purement concrète des espèces concernées par les trois CJIP susmentionnées, la France pourra s'intégrer dans une compétition directe avec les régulateurs et autorités de poursuite américains et britanniques⁽⁶⁰⁾.

À cet égard, une autre question essentielle de la comparaison entre CJIP et justice négociée anglo-saxonne devait être que, contrairement au DPA⁽⁶¹⁾, seule la requête aux fins de validation de la CJIP doit contenir « *un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée* »⁽⁶²⁾.

Pour l'instant, les CJIP publiées exposent toutes précisément les faits et la qualification juridique appliquée dans la mesure où elles sont intervenues au stade de l'information judiciaire. Pour cette raison, elles doivent mentionner que la personne mise en examen reconnaît les faits et accepte la qualification pénale retenue⁽⁶³⁾.

Autrement dit, alors que la possibilité de conserver un certain degré de confidentialité concernant les faits concernés par la CJIP devait constituer un de ses atouts par rapport à d'autres modes de justice négociée, la spécificité française de l'information judiciaire vient perturber la comparaison et rend plus difficile l'évaluation *ab initio* des différents systèmes juridiques en concurrence.

Conclusion

Sans surprise, la mise en conformité occupe la vie des entreprises françaises de façon croissante. Et pour cause, la consolidation de l'édifice normatif interne et international en matière de *compliance* les oblige à intégrer une véritable politique de gestion des risques. Parce qu'un certain nombre de ces obligations autrefois contenues dans des normes de *soft law* se sont vues transformées en normes de *hard law*, les entreprises s'exposent à de nouveaux risques juridiques (civils, pénaux, administratifs).

Néanmoins, la mise en œuvre de la *compliance* dans un environnement international est encore la cause de certaines interrogations qui, pour certaines, attendent des réponses politiques. On pense ainsi aux négociations de la Commission avec les États-Unis ou à la définition de la politique pénale en matière de conventions judiciaires d'intérêt public. Pour d'autres, la réponse sera juridique. Ainsi en va-t-il notamment du contenu que les juges donneront au devoir de vigilance.

Ces interrogations ponctuelles et propres à des champs spécifiques de la *compliance* ne doivent pourtant pas éclipser l'intérêt financier, de réputation et de gestion à une approche cohérente de la *compliance* à toutes les échelles. ■

(60) S'ils étaient confirmés, ces chiffres seraient similaires à ce que prévoit la législation américaine en cas d'autodénonciation (*Corporate enforcement policy*, déjà citées).

(61) *Deferred Prosecution Agreement*.

(62) C. pr. pén., art. 41-1-2.

(63) C. pr. pén., art. 180-2.