



MARCHÉ & ANALYSE

Les tables rondes d'Option Droit & Affaires

La convention judiciaire d'intérêt public peut-elle tenir toutes ses promesses ?

Souvent critiquée pour son manque d'efficacité en matière de lutte contre la corruption, la France a réagi en renforçant son dispositif législatif avec la loi Sapin 2. Celle-ci crée une procédure de transaction pénale avec l'introduction de la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Qualifiée de «DPA à la française», cette innovation juridique soulève de nombreuses questions quant à son fonctionnement et à son efficacité.



De gauche à droite : **Dominique Penin**, associé, Kramer Levin ; **Iohann Le Frapper**, general counsel, ChetWode, Chair of the board of ACC ; Vice-chair of ICC Corporate Responsibility commission ; **Didier Rebut**, professeur de droit à l'Université Panthéon-Assas ; **Ludovic Malgrain**, associé, White & Case ; **Dominique Bourrinet**, directeur juridique groupe, Société Générale (en médaillon)



L'ORIGINE DU PROJET

Iohann Le Frapper : Le contexte international est indéniablement à l'origine de cette impulsion car l'absence de condamnations définitives d'entreprises françaises, en France, pour des faits de corruption faisait tache auprès de la communauté internationale et en particulier vis-à-vis des Etats membres de la Convention OCDE comme de la convention de Mérida des Nations unies.

Le mécanisme de revue par les pairs de l'OCDE, entraînant un état des lieux régulier par certains de ces Etats membres afin de s'assurer que tel ou tel Etat membre a bien mis en œuvre ses engagements, faisait figurer la France parmi les mauvais élèves. Sa réputation était très mauvaise au regard de son bilan effectif, non pas en raison de l'état du droit positif, qui contient toutes les incriminations que l'on peut imaginer, mais en raison de l'absence de condamnations d'entreprises.

Je note deux principaux moteurs à l'origine de la CJIP : les rapports négatifs et récurrents de l'OCDE ainsi que d'autres

organisations internationales comme Transparency International, et la volonté des entreprises françaises aspirant à la création d'une voie transactionnelle. En effet, plusieurs grandes entreprises à l'instar d'Alstom, Alcatel, Total et Technip ont été particulièrement échaudées et chahutées par la force de frappe du FCPA américain...

Ces affaires ont démontré l'intensité du pouvoir d'attraction des autorités américaines sur nos entreprises pour faire respecter les règles du jeu dans le commerce international. Les autorités françaises se sont alors trouvées dans un rôle d'accompagnement, avec certes des échanges d'informations avec les autorités américaines en particulier, mais en n'étant à l'initiative ni des procédures ni des contrôles. L'apparition de la transaction pénale à la française illustre donc l'objectif de faire respecter la souveraineté économique française.

Les entreprises françaises souhaitaient également ardemment que le législateur français prévoie un dispositif permettant de transiger rapidement. N'oublions pas qu'une enquête, et il y en



À LIRE AUSSI

▶ p.21

Vigilance et compliance : vers des contentieux complexes

▶ p.24

Les aspects économiques des contentieux relatifs aux prix de transfert dans le contexte BEPS

▶ p.26

La question prioritaire de constitutionnalité s'inscrit dans la stratégie judiciaire

▶ p.28

La réparation des préjudices économiques

▶ p.30

Arbitrage, Paris tente de maintenir sa place historique

▶ p.32

Les Débats du Cercle confirment leur succès

a plusieurs en cours, dure en moyenne entre 10 et 15 ans avant d'aboutir à un jugement.

La longueur de ces procédures et l'incertitude sur leur issue sont très déstabilisantes pour l'entreprise et son image et plus particulièrement pour l'état-major, distrait durablement de la gestion des affaires. Les entreprises souhaitaient donc pouvoir transiger rapidement et ainsi tourner la page et aller de l'avant.

Ludovic Malgrain : La genèse de cette innovation semble procéder du fait que trop peu de condamnations pénales définitives aient été prononcées à l'encontre de personnes morales. Le législateur tente ainsi de renforcer un dispositif. Pourtant, antérieurement à cette loi, il n'y avait pas, à ma connaissance, d'impunité et les incriminations existaient. Sans doute, les autorités sont parties du constat qu'il était difficile d'investiguer, de faire toute la lumière sur les faits, et de condamner ; elles tentent aujourd'hui d'obtenir plus facilement procéduralement la sanction de ces comportements.

La démarche américaine de l'enquête interne est nécessairement sous-jacente car si l'entreprise se lance dans la négociation d'une telle convention, c'est qu'elle a examiné en son sein d'éventuelles défaillances et qu'elle a acquis la conviction qu'elle risque d'être jugée pénalement responsable. Dans ces conditions, cette transaction devient une nécessité pour l'entreprise afin de mettre un terme aux investigations dont elle ne maîtrise pas les développements, également en matière de mises en cause de personnes physiques. Cette transaction permet également d'éviter un procès public. Il y a en définitive dans cette innovation la recherche d'une certaine efficacité.

Didier Rebut : Rappelons que ce texte est une création parlementaire, puisqu'il ne figurait pas dans le projet de loi déposé à l'Assemblée par le gouvernement.

Celui-ci avait certes prévu une procédure de transaction dans son avant-projet de loi. Mais il y avait renoncé car le Conseil d'Etat s'y était opposé. Pour autant, le gouvernement avait fait passer le message suivant aux parlementaires : s'ils souhaitaient se saisir de la question, il n'était pas contre.

Ces hésitations s'expliquent par l'hostilité de notre procédure pénale aux mécanismes de transaction qui heurtent un certain nombre de principes classiques. Notre procédure y est cependant venue petit à petit, depuis une vingtaine d'années, pour des raisons de chiffre étant donné que les transactions permettent

d'apporter des réponses rapides et en grand nombre à des faits délictueux. La CIPJ est la dernière-née de ces procédures de transaction ; elle se situe, dans le Code de procédure pénale, entre la transaction stricto sensu et la composition pénale. Sa grande différence par rapport à celles-ci est qu'elle ne donne pas lieu à une reconnaissance de culpabilité.

Par ailleurs, la CIPJ introduit un vocabulaire de négociation, de contractualisation qui heurte de plein fouet la tradition française. En France, la peine ne se négocie pas, l'action publique est indisponible, face au parquet il n'existe pas d'espaces de discussion. C'est ainsi que la composition pénale a été conçue en 1998.

Or cette nouvelle transaction a un vocabulaire contractuel car c'est une « convention ». C'est la première fois que ce terme est utilisé. Le texte parle aussi de « rétractation » et de « proposition » ; tout cela va à l'encontre de la tradition française. Le législateur, cela est dit dans les travaux parlementaires, s'est explicitement inspiré du DPA. Cet aspect de négociation qui est neuf et qui la distingue des autres procédures avec l'absence de reconnaissance de culpabilité a pour but de ne pas pénaliser les entreprises pour l'accès à certains marchés avec des financements qui interdiraient d'y avoir accès si l'entreprise est condamnée.

UNE RECHERCHE D'EFFICACITÉ

Didier Rebut : Il n'y a jamais eu en France de condamnation de personne morale pour corruption, y compris pour des faits de corruption d'agents nationaux.

Dominique Penin : Alors qu'il est certain que la corruption existe.

Ludovic Malgrain : Et elle est généralement faite dans l'intérêt de la personne morale, rarement dans l'intérêt personnel du dirigeant.

Dominique Penin : Exactement. C'est bien là que réside la difficulté probatoire que ce système de convention cherche à dépasser.

Les dossiers de corruption internationale, de trafic d'influence international sont par définition des dossiers qui mettent en cause la souveraineté d'autres pays. Du point de vue de l'enquête, la principale difficulté que va rencontrer un juge d'instruction ou un procureur consistera à traverser les frontières pour réunir des preuves, ce qui explique pourquoi ces dossiers



conduisent rarement à des condamnations en France. Et, pour autant, les entreprises doivent soigner leur conformité, créer des départements dédiés qui doivent gérer ces nouveaux dispositifs de vigilance.

Le risque de sanction tempéré par la difficulté probatoire est maintenant contourné par la création de ce nouvel instrument qui permet d'évacuer la discussion de droit pénal sur les éléments constitutifs du délit et donc l'établissement d'une preuve positive toujours difficile à rapporter.

Dorénavant, on peut penser qu'il sera moins question de discuter du fond de l'affaire que de rechercher une dispense de culpabilité et d'éviter ainsi un bruit de fond médiatique parfois toxique.

Des dossiers, qui n'en étaient pas auparavant, pourraient être ainsi plus rapidement résolus, permettant ainsi aux acteurs des marchés internationaux d'avoir une solution de sortie, peut-être économiquement chère, mais médiatement beaucoup plus avantageuse.

Iohann Le Frapper : Le problème typiquement rencontré par le juge d'instruction enquêtant sur une affaire de corruption transnationale réside dans les obstacles dans l'exécution d'une commission rogatoire adressée à un Etat africain, par exemple. Confronté à d'autres intérêts et enjeux notamment diplomatiques, il ne parvient pas à faire avancer son enquête.

Dominique Penin : Cela pose la question de l'application du droit français à un phénomène de corruption à l'étranger. S'il est acquis, pour les juristes français, que le droit pénal français peut s'appliquer en dehors de nos frontières, à l'étranger, certaines personnes trouvent totalement illégitime le fait que le droit français puisse s'introduire sur leur territoire, et ce d'autant plus que de telles affaires impliquent parfois les dirigeants politiques des Etats concernés ou leurs proches.

Iohann Le Frapper : Au-delà de l'incertitude d'une éventuelle condamnation, les travaux parlementaires font ressortir le grand intérêt des grandes entreprises pour l'instauration de la transaction pénale en France, à l'instar du modèle américain et anglais, afin d'éviter le scénario catastrophe d'une condamnation pénale qui conduit dans de nombreux pays à l'interdiction d'accès aux marchés publics.

Pour beaucoup d'entreprises ou groupes industriels, ce point est le nerf de la guerre car sans accès au marché public, le business peut s'écrouler rapidement. La condamnation pénale peut par ailleurs compliquer, voire fermer la porte à l'accès aux financements à l'exportation et aux financements des banques multilatérales (ex. : groupe Banque mondiale). Les conséquences sont donc très périlleuses. Les incertitudes existent mais la capacité à transiger, avec certes une sanction financière et un préjudice réputationnel, permet tout de même de tourner la page plus rapidement et de préserver ainsi des parts de marché dans ce type de juridiction. C'est un point majeur.

ENTRE RECONNAISSANCE DES FAITS ET RECONNAISSANCE DE CULPABILITÉ

Ludovic Malgrain : Je doute que la page puisse être finalement tournée avec la conclusion d'une telle convention car cette dernière est soumise à un certain nombre de règles de publicité liées à la problématique de l'homologation.

La convention sera de notoriété publique et un certain nombre de partenaires dans le cadre de la conclusion de marchés surveillera la mise en cause d'autres partenaires dans le cadre de mises en concurrence. Le fait d'avoir reconnu des faits sous cette qualification les fera donc probablement être totalement blacklistées de futurs marchés.

Un certain nombre de procédures ne permet pas à des partenaires de faire concourir des entreprises mises en cause dans des affaires de corruption. Les choix qui seront ceux de l'entreprise de conclure ou non une convention sont clairement liés au degré de conscience du caractère délictuel des faits. Soit il y a suffisamment matière pour contester les faits, il n'y a donc pas d'intérêt à conclure une telle convention et il faut alors user de tous les arguments de droit que permettent le CODE de procédure pénale.

Soit les faits semblent suffisamment caractérisés, et il vaudra mieux tenter de souscrire à une convention.

Dominique Bourrinet : Dans le cadre de la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public, la reconnaissance des faits et l'«amende d'intérêt public» qui y sont attachées doivent être analysées à l'aune des polices d'assurance de responsabilité civile de l'entreprise et du Code des assurances (et notamment de l'article L. 124-2) puisque la convention peut prévoir la réparation des dommages causés aux victimes lorsqu'elles sont identifiées. Il convient aussi de garder à l'esprit que la convention ne fait pas par ailleurs obstacle à la poursuite en réparation, devant la juridiction civile, du préjudice de victimes non identifiées lors de la convention.

Ludovic Malgrain : S'agissant de la reconnaissance des faits, celle-ci sera publique puisqu'il existera un document qui pourra être appréhendé par n'importe quelle autre autorité. Reste à savoir dans quelle mesure les entreprises auront la main sur les termes exacts de cette convention et le périmètre des faits visés : pourront-elles discuter, à l'image de ce qui se pratique aux Etats-Unis, ou le parquet va-t-il mettre à la signature un texte non modifiable ? Serons-nous réellement dans une démarche conventionnelle, ou bien au contraire dans un processus où il n'y aura pas matière à négociation ? La question de la rédaction constitue un sujet très important, notamment pour sa portée dans le cadre des procédures conduites à l'étranger.

Dominique Bourrinet : Au vu du caractère très souvent multi-juridictionnel des affaires de corruption, il reste à déterminer comment les autorités étrangères pourront utiliser la reconnaissance des faits dans le cadre des procédures qu'elles mèneront. Cette question risque d'être un frein à l'utilisation des conven-



Johann Le Frapper, general counsel, ChetWode, Chair of the board of ACC ; Vice-chair of ICC Corporate Responsibility commission

«Il n'y a pas de suspension des poursuites contre les personnes physiques qui restent responsables. Ceci provoque un conflit d'intérêts éventuel.»

tions par les entreprises françaises du fait, notamment, des incertitudes entourant l'application du principe de non bis in idem (double jeopardy en droit américain) dans nombre de juridictions.

Dominique Penin : La reconnaissance des faits n'existe qu'au stade de l'instruction. Il y a donc une fragmentation du régime entre l'instruction et l'enquête préliminaire selon que la convention s'inscrit à un stade ou à un autre de la procédure. Il n'est pas demandé à la personne morale qui va transiger avec l'Etat exactement la même attitude puisqu'à l'instruction elle devra reconnaître la qualification juridique et aussi reconnaître les faits. Par ailleurs, et à la différence du système américain, le nouveau dispositif français n'invite pas l'entreprise à pourchasser les siens.

Johann Le Frapper : Il est dit clairement dans la loi Sapin 2 qu'il n'y a pas de suspension des poursuites contre les personnes physiques qui restent responsables. Ceci provoque un conflit d'intérêts éventuel car le représentant légal de l'entreprise à qui le parquet peut proposer une transaction, agit au nom de l'intérêt social mais également dans son intérêt personnel. Il est donc difficile pour lui de donner son approbation sur ce document s'il a des inquiétudes sur l'hypothèse que sa responsabilité pénale à titre personnel pourrait être mise en jeu par la suite.

Ceci va créer des débats intéressants dans les comités d'audit et les conseils d'administration (voir le parallèle avec l'affaire Lafarge) sur ce type de propositions du parquet car un dirigeant peut être très exposé. Cette convergence d'intérêts ne sera pas toujours facile à maintenir au regard de la dynamique inhérente au dispositif.

Ludovic Malgrain : Il faut en effet s'attendre à des discussions tendues au sein des conseils d'administration/comités d'audit. Vous avez, d'une part, un représentant légal de la personne morale qui va décider, avec l'appui de différents organes, de l'intérêt ou non d'une telle convention, et d'autre part, ce même représentant qui n'aura pas son sort traité dans cette convention. Il risque donc de se demander si les faits qu'il a reconnus et signés de la main gauche, ne lui seront pas reprochés de la main droite. Si cette difficulté n'est pas réglée, je ne vois pas beaucoup de groupes tentés d'accepter une telle transaction, et finalement renoncer à tous les arguments de droit et les arguments de fait qu'ils pourraient invoquer lors d'un procès.

Didier Rebut : La logique serait pour le parquet de proposer une convention judiciaire et une CRPC, car on peut imaginer que le responsable d'une entreprise à qui on ne propose qu'une convention judiciaire d'intérêt public pour sa société et que l'on renvoie devant le tribunal ne serait pas enclin à la signer.

Johann Le Frapper : Dans l'affaire UBS (poursuivie pour complicité de blanchiment de fraude fiscale), un des représentants a accepté la CRPC, en revanche la banque, entraînée par la suite dans cette procédure pénale au cours de laquelle chacun a défendu ses intérêts propres, a refusé la proposition de transaction par le Parquet national financier pour un montant excédant 1 milliard d'euros.

Ludovic Malgrain : J'ai, présentes à l'esprit, des affaires dans lesquelles il est demandé à l'entreprise de mettre fin aux fonctions du dirigeant.

Selon le cas, il y a ou il n'y a pas mise en cause de la responsabilité individuelle. J'ai moins connaissance de dossiers de mise en cause de la responsabilité individuelle à l'étranger, que de dossiers dans lesquels il est demandé de mettre fin aux fonctions des dirigeants dans le cadre de la conclusion d'un accord.

A l'inverse, en France, la mise en cause de la responsabilité de personnes physiques arrive en premier lieu et, seulement par la suite, la mise en jeu de la responsabilité de la personne morale.

Johann Le Frapper : Dans le contexte américain, le DPA est également ouvert aux individus, et non exclusivement à



l'entreprise. Si une personne physique accepte le plaider coupable afin de réduire sa peine, cette transaction sera un levier extraordinaire à l'égard de la société qui fait l'objet d'une enquête. L'affaire Volkswagen en est une parfaite illustration : plusieurs individus ont plaidé coupable, ce qui a accéléré l'issue de l'enquête et le propre plaider coupable de l'entreprise. S'il ne s'agit pas d'une affaire de corruption, la mécanique procédurale reste cependant très similaire.

Dominique Penin : Il est frappant de voir que des DPA sont conclus aux Etats-Unis alors que les personnes impliquées n'ont qu'une connaissance partielle du dossier dans lequel leur responsabilité est recherchée. C'est en quelque sorte une partie de poker dans laquelle il faut avoir une vision translucide pour deviner ce que contient vraiment le dossier de l'accusation. Cela règle, d'une certaine manière, la difficulté probatoire et cela crée un rapport de force favorable à l'autorité de poursuite pour des délits qui, encore une fois, restent très difficiles à prouver. Par exemple, le blanchiment de fraude fiscale est parfois difficile à établir, en particulier son élément intentionnel, mais le fait même d'être impliqué dans des poursuites de blanchiment de fraude fiscale s'avère particulièrement gênant d'un point de vue médiatique ou commercial. Les deux parties peuvent donc y trouver leur compte : l'accusation, en faisant ses courses à moindre effort, et l'entreprise impliquée en faisant taire rapidement le bruit d'une accusation.

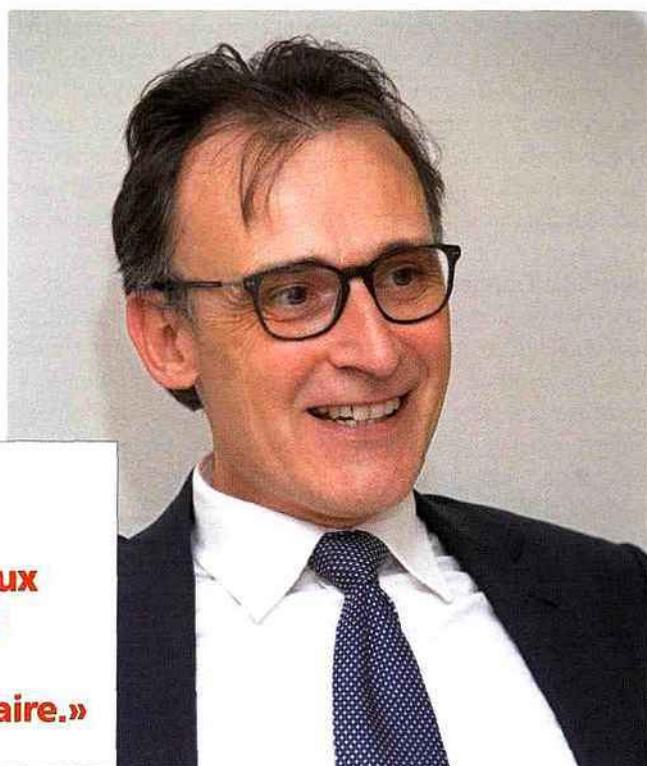
UN ESPRIT DE SÉVÉRITÉ

Dominique Bourrinet : Si l'on peut considérer que la mise en place de ce nouvel outil de résolution de litige permet, dans une certaine mesure, d'augmenter la prévisibilité du risque contentieux, il convient de souligner la sévérité extrême de la sanction financière encourue : une amende dont le montant sera calculé en fonction des «avantages tirés» de l'infraction, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel sur les trois dernières années. Ces sanctions tranchent singulièrement avec les montants de condamnation observés en France jusqu'à présent dans les affaires mettant en jeu des faits de corruption.

Didier Rebut : Il faut considérer que l'esprit de cette CJIP que l'on perçoit dans les travaux parlementaires et dans celui du Parquet national financier est un esprit de sévérité. Il s'agit de faire entrer de l'argent. C'est aussi l'esprit semble-t-il

du PNF. L'idée est qu'éviter un procès pénal et une déclaration de culpabilité a un prix. Ce prix est au minimum celui que l'on pourrait avoir devant le tribunal. Cela nous ramène aux causes de la loi Sapin 2 en général, et à la CJIP en particulier : il y a ce constat que nous ne condamnons pas d'entreprises pour des corruptions d'agents publics étrangers alors que des entreprises françaises ont été condamnées à l'étranger pour ces faits, et lourdement. Tous les travaux parlementaires le montrent. Le législateur considère que ces condamnations lourdes sont problématiques au-delà des intérêts économiques de la France. Il espère, sinon y mettre fin, du moins y apporter un obstacle. L'idée développée est de montrer aux Américains que si nous condamnons lourdement, nous pourrions éventuellement les dissuader de le faire. Nous ne sommes donc pas dans de la procédure de clémence, ce qui explique que la procédure ne tend pas à permettre d'obtenir des peines légères. L'entreprise est supposée gagner dans le cadre de la convention l'absence de procès, l'absence de reconnaissance de culpabilité et éventuellement une protection contre une poursuite américaine ; ce dernier point reste cependant aléatoire.

Dominique Penin : Ce dispositif n'est certainement pas suffisant pour protéger les entreprises françaises d'éventuelles poursuites de la part de juridictions étrangères. Je ne vois pas comment nous pourrions empêcher un Etat souverain, qui a constaté des faits de corruption perpétrés en son sein, d'attaquer, sous prétexte d'une transaction financière française qui n'évoque même pas la culpabilité. Lorsque des Etats aujourd'hui peu développés judiciairement seront plus structurés, ils seront alors en mesure



**Didier Rebut, professeur de droit à l'Université
Panthéon-Assas**

**«L'idée développée est de montrer aux
Américains que si nous condamnons
lourdement, nous pourrions
éventuellement les dissuader de le faire.»**



Dominique Penin, associé, Kramer Levin

«Deux parties peuvent y trouver leur compte : l'accusation, en faisant ses courses à moindre effort, et l'entreprise impliquée en faisant taire rapidement le bruit d'une accusation.»

d'organiser des poursuites et ce ne sont pas des conventions conclues en France qui les empêcheront de le faire.

Iohann Le Frapper : En pratique, avant même les débuts d'une transaction, des histoires sortent souvent dans la presse. Dans le cas des DPA («deferred prosecution agreements») américains que nous avons évoqués, les affaires concernées étaient sorties dans les médias quelques années auparavant. Certes, la publicité de la transaction a évidemment un effet dissuasif. Elle présente un risque d'être exploitée par un concurrent lésé par exemple ; elle peut donc entraîner des dommages collatéraux. Mais lorsque des informations sur une affaire ont déjà été publiées dans les journaux, elles sont connues notamment des autorités anglaises et américaines. Cette dynamique multi-juridictionnelle d'enquêtes parallèles ou concurrentes existe donc déjà depuis plus de dix ans. Après, comme le soulignait le professeur Rebut, les autorités françaises espèrent qu'en démontrant l'efficacité des sanctions et leur sévérité, les autorités américaines n'interféreront pas. Cela a été le cas dans l'affaire SBM Offshore par exemple. Mais le scénario probable est que nous assisterons à des enquêtes parallèles avec des échanges d'information qui alimenteront les dossiers à charge des uns et des autres. La tendance récente consiste à signer des DPA avec les différentes autorités impliquées. Nous l'avons vu avec le groupe brésilien de BTP Odebrecht, le Néerlandais VimpelCom, ou encore le groupe anglais Rolls-Royce qui a signé trois transactions avec les Britanniques, les Américains et les Brésiliens. C'est ce que j'appelle «le partage du gâteau». Si les autorités françaises ne peuvent pas confisquer de manière exclusive le produit de la corruption, via une amende d'intérêt public, elles souhaitent au minimum avoir une part du gâteau, en négociant avec ses homologues le partage de l'amende. Ces enquêtes concertées, avec des transactions de part et d'autre, sont et seront de plus en plus fréquentes.

UNE CONVENTION CONCLUE SOUS LE CONTRÔLE DU JUGE

Didier Rebut : Je voudrais apporter une précision. Nous parlons beaucoup du rôle du PNF mais il ne faut pas oublier le rôle du juge ! La convention judiciaire d'intérêt public est certes une proposition du parquet qui sera discutée avec les représentants de



l'entreprise et ses avocats, mais elle devra être validée par le juge du siège. En procédure pénale française, l'intervention du juge du siège est obligatoire. Il s'agit d'une exigence constitutionnelle depuis 1995. Dès lors que les procédures transactionnelles ont un effet extinctif de l'action publique, ce qui sera le cas de la convention judiciaire d'intérêt public puisque l'entreprise ne pourra plus être poursuivie pour les faits reprochés, le Conseil constitutionnel exige que la transaction soit validée ou homologuée, selon les procédures, par un juge du siège. C'est lui qui donne acte à la convention et lui fait produire ses effets. Le juge a donc un véritable pouvoir de contrôle sur cette convention. Il ne faut pas le négliger. Le législateur a tenté de préserver un équilibre entre cette nouvelle procédure fondée sur une idée de négociation et de contractualisation de la peine, et les oppositions de certains parlementaires. Le groupe écologiste notamment était vent debout contre cette procédure. Pour vaincre ces réticences, qui émanaient de surcroît de députés de la majorité, le législateur a donné beaucoup de pouvoir au juge. Une disposition dans la loi prévoit ainsi un contrôle très fort, et relativement incertain, de la part du juge puisque celui-ci est compétent pour contrôler le bien-fondé du recours à cette procédure. Si le juge estime que les faits reprochés sont trop graves, il a le pouvoir de ne pas valider la convention. C'est extrêmement dangereux. Les entreprises ont, me semble-t-il, intérêt à obtenir en amont certaines assurances quant à la validation par le juge.

Dominique Bourinnet : Il faut également s'interroger sur la notion d'«intérêt public» attachée à la convention. Cela signifie que cette convention n'est pas seulement l'instrument des



parties. Elle poursuit également un objectif lié à la protection de l'intérêt général. Celui-ci réside aussi dans le fait que les entreprises déploient des mesures de détection et de prévention adéquates dans le cadre des programmes de conformité prévues dans la convention. Dans l'esprit du législateur, la sanction doit ainsi «mécaniquement» renforcer la prévention pour éviter la récidive. La boucle est ainsi bouclée. En ce sens, la convention s'inscrit harmonieusement dans le dispositif global de lutte contre la corruption mis en place par la loi Sapin 2.

Dominique Penin : A mon avis, ce contrôle sera d'autant plus accru que la transaction inclut aussi l'indemnisation des victimes. A la fin, lorsque l'entreprise se retrouvera devant le juge pour essayer de faire valider la convention, elle devra faire face aux représentants des victimes qui pourront s'opposer à un tel processus transactionnel et les audiences pourront alors être pleines de surprises.

Didier Rebut : Surtout que les audiences seront publiques. Là encore, c'est une mesure qui a été voulue pour préserver l'exemplarité de la justice pénale. L'avant-projet, qui a été retoqué par le Conseil d'Etat, ne prévoyait pas d'audience publique. Le Parlement a pris en considération les griefs soulevés par le Conseil d'Etat et a donc prévu une audience publique. Sachant par ailleurs que nous avons un syndicat de magistrats qui a publiquement pris parti contre la création d'une telle procédure. On a donné aux juges les instruments leur permettant d'aller à l'encontre de cette procédure. Le PNF devra en amont bien valider la procédure auprès du juge. Il y arrivera peut-être auprès de certains.

Iohann Le Frapper : Le point qui me surprend également dans le dispositif, c'est que la décision du magistrat de valider ou non la transaction déjà négociée entre le Parquet et l'entreprise est irrévocable. Il n'existe donc aucun recours. Si un juge est par principe hostile à une procédure transactionnelle dans une affaire de corruption, il peut s'y opposer. L'entreprise n'a alors aucun recours possible et s'acheminera vers un procès devant un tribunal correctionnel.

Dominique Penin : Il faut faire le rapprochement avec le champ d'application de la convention. Le dispositif pourrait en quelque sorte servir de «voiture-balai» pour permettre aux juges d'instruction et procureurs de régler les dossiers les plus ténus en termes probatoires et qui, aujourd'hui, ne parviennent pas à aboutir.

LA MISE EN ŒUVRE DE LA CONVENTION

Ludovic Malgrain : A partir du moment où une affaire débute, l'entreprise doit au plus tôt essayer de déterminer la matérialité et le champ de contamination en son sein. Et ce sans attendre les résultats procéduraux des investigations. Si l'entreprise est convaincue de l'existence d'éléments à charge, elle a intérêt à se lancer dans cette procédure assez rapidement, avant que toutes

les investigations n'aient lieu et que des personnes physiques soient mises en cause. Car en dehors de procédures particulières, les personnes physiques devront nécessairement être jugées publiquement. Il est donc préférable d'agir au plus vite, sur la base des investigations internes de l'entreprise. Je rappelle d'ailleurs que contrairement à ce qui se passe aux Etats-Unis, les entreprises ne sont pas tenues de rapporter tout le contenu de leurs investigations aux autorités.

Iohann Le Frapper : A partir de cette enquête interne, le groupe doit aussi analyser son risque de poursuites à l'étranger. Selon moi, la décision du management d'initier, ou non, des négociations avec le procureur en France est aussi intimement liée au risque de poursuite étrangère. Il est préférable d'être proactif avant que d'autres régulateurs étrangers ne s'emparent du dossier. Je pense qu'il sera plus facile de discuter dans un contexte franco-français, si possible, plutôt que de faire face à deux ou trois autorités étrangères. Ce qui ne signifie pas que les sanctions seront faibles.

Dominique Penin : La dualité de régime de la CJIP selon qu'elle est signée au cours de l'enquête préliminaire ou durant l'instruction incite également à la rapidité. Car si la CJIP est mise en place après l'ouverture de l'instruction, l'entreprise devra reconnaître les faits et accepter la qualification retenue ; ce qu'elle n'est pas tenue de faire si la convention est initiée durant l'enquête préliminaire.

Ludovic Malgrain : Cependant, la plupart des dossiers conduiront à l'ouverture d'une information.

Dominique Penin : Certes, mais la tendance, pour des raisons diverses (administratives, budgétaires) est de privilégier l'enquête préliminaire qui ne craint plus désormais de s'attaquer à des dossiers complexes, et je pense ici que l'on peut souligner l'adjonction du blanchiment de fraude fiscale dans le champ d'application de la CJIP.

Didier Rebut : Ce point a été ajouté en deuxième lecture, vraisemblablement à la demande du PNF. Le but est d'offrir au PNF un outil de négociation avec les banques. Il me semble que nous sommes en dehors du périmètre de la corruption. Même si on nous explique que souvent la corruption est suivie d'un blanchiment, il n'empêche que le blanchiment ne porte pas toujours sur de la corruption. Les principales poursuites dans ce domaine contre les banques ont visé le blanchiment de fraude fiscale et non le blanchiment de corruption. Le législateur a en fait utilisé ce véhicule pour donner un instrument répressif au PNF dans un domaine très particulier.

Pour revenir d'ailleurs sur le champ d'application, la CJIP ne s'applique pas uniquement aux faits de corruption à l'étranger. Certes, elle a été conçue principalement pour ça, mais elle s'applique également à la corruption nationale, publique comme privée. Il existe en effet un délit de corruption dans le secteur

**Ludovic Malgrain, associé, White & Case**

«Les choix qui seront ceux de l'entreprise de conclure ou non une convention sont clairement liés au degré de conscience du caractère délictuel des faits.»

privé, que nous connaissons encore peu, bien qu'il ait été créé en 2005. Mais il entre dans le champ d'application de la CJIP.

Iohann Le Frapper : Pour comparer la CJIP au dispositif américain, ce dernier est ouvert à une palette très large d'infractions. Il concerne les faits de corruption d'agents étrangers mais aussi la réglementation OFAC (Office of Foreign Assets Control) sur les sanctions économiques ou les sujets anti-trust, le blanchiment d'argent... Le DPA américain dispose donc d'un champ d'application plus large que la CJIP française.

Dominique Penin : Mais il est probable que le champ d'application aura vocation à s'étendre.

Ludovic Malgrain : On voit bien au travers de l'élargissement du champ d'application au blanchiment de fraude fiscale que l'objectif premier de la CJIP est financier. La volonté des autorités semble également d'attirer les banques qui présentent des gages de solvabilité.

Didier Rebut : L'objectif financier apparaît tout à fait clairement dans les travaux parlementaires. A plusieurs reprises, les parlementaires ont évoqué les sanctions importantes infligées à l'encontre des entreprises françaises, pour des faits qui leur apparaissent parfois faiblement reliés au pays à l'origine de la sanction. Les parlementaires – ils l'ont dit – ont pensé qu'il était préférable que cet argent soit versé dans les caisses du Trésor public français.

La loi Sapin 2 est de ce point de vue très liée au rapport sur l'extraterritorialité de la justice américaine des députés Berger et Lellouche. Karine Berger et Pierre Lellouche sont beaucoup

intervenues dans les travaux parlementaires. Ils ont défendu l'idée que la France avait besoin d'un outil performant pour lutter contre la corruption, et au passage récupérer l'argent payé par les entreprises françaises dans ce domaine.

Iohann Le Frapper : N'oublions pas que l'entreprise poussait beaucoup à cette réforme à travers notamment les parlementaires. Ce texte n'est pas le seul reflet d'une volonté bureaucratique ou de quelques fonctionnaires de Bercy.

Dominique Penin : J'ai le sentiment qu'il s'agit là d'une évolution sociale inéluctable.

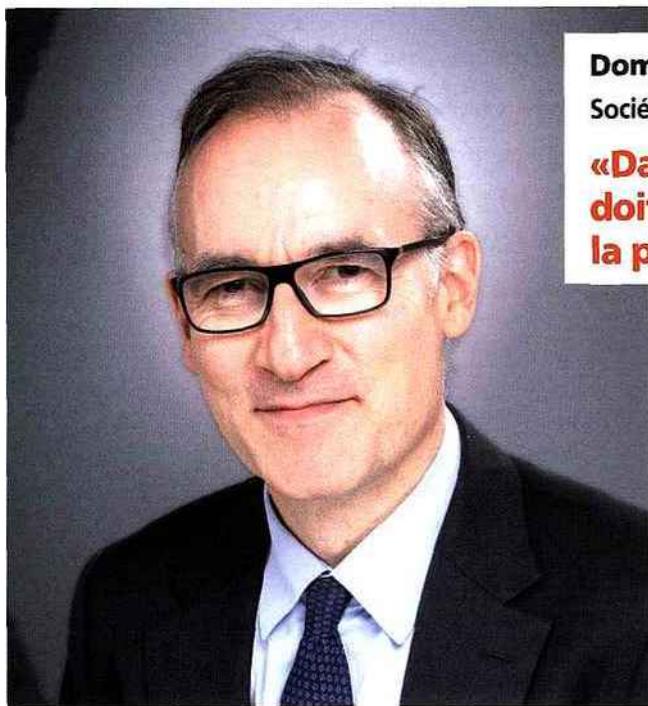
Didier Rebut : Tout dépendra de l'état d'esprit du parquet car il a tout de même la main. Certes, la situation est compliquée si l'entreprise reçoit une proposition sans avoir accès au dossier. Ainsi, si l'entreprise n'est pas en information judiciaire, mais qu'une enquête préliminaire est lancée, le parquet va prendre contact avec les avocats de l'entreprise pour leur faire part d'une proposition. Mais ces derniers n'ont a priori pas accès au dossier.

Ludovic Malgrain : Mais les avocats de l'entreprise savent ce qui se dit ou ce qui a été appréhendé.

Didier Rebut : Certes mais les avocats ont une incertitude quant à la nature des éléments. Il faut que la négociation et la proposition aient à la fois un intérêt mais aussi une certitude. Car si le juge du siège refuse de valider, c'est évidemment, à mon avis, totalement contre-productif voire dangereux car cette attitude pourra par la suite être reprochée.

LES CONDITIONS DE SUCCÈS

Didier Rebut : Cette convention est en quelque sorte un pari. Car le législateur met en place un outil qui nécessite de la part des acteurs un changement de position et d'état d'esprit afin de créer entre le parquet et les avocats un esprit coopératif et un minimum de relations d'échange et de confiance. C'est un pari car jusqu'à aujourd'hui certains parquetiers ne voulaient pas même recevoir les avocats. Il est certain qu'avec cet état d'esprit, la justice transactionnelle ne pourra pas fonctionner. Les avocats devront quant à eux être dans une démarche de se sentir un peu en confiance.



**Dominique Bourrinet, directeur juridique groupe,
Société Générale**

«Dans l'esprit du législateur, la sanction doit ainsi «mécaniquement» renforcer la prévention pour éviter la récurrence.»

Iohann Le Frapper : Je pense que la convention française a du potentiel sous réserve effectivement que les usages puissent être bousculés de part et d'autre.

Mais aussi sous l'impulsion d'un contexte multi-juridictionnel, dès lors qu'une procédure démarre aux Etats-Unis ou en Angleterre, commencer à discuter d'un DPA avec le parquet devient indispensable pour une entreprise puisque vous ne pouvez plus garder une position de défense classique. Il n'y a effectivement pas d'exemples de sociétés condamnées aux US qui n'aient pas transigé. Si l'entreprise passe un DPA aux Etats-Unis, celui-ci sera versé au dossier et la position classique en termes de défense pénale en France ne sera donc plus tenable. Ceci enclenche une vraie motivation pour transiger.

Ludovic Malgrain : Si le but de tout ceci est finalement d'obtenir plus de reconnaissance de faits et d'indemnisation de préjudice de la part des entreprises par le biais de paiements d'amendes, je ne vois pas encore comment cette convention serait efficace car les outils juridiques existent. La vraie efficacité de cette lutte réside, selon moi, dans le renforcement des dispositifs des lanceurs d'alerte.

Dominique Penin : La négociation se pratique déjà beaucoup. Dès lors que les magistrats ont affaire à des personnes morales, ils sont conscients que ces dernières sont constituées de salariés, pour l'essentiel consciencieux, et qu'une volonté permanente de fraude est rarement inscrite dans leur ADN. L'objectif principal est donc de permettre aux entreprises qui ne sont pas constitutionnellement mauvaises de pouvoir perdurer dans leur environnement économique. On ne peut pas dire à tel groupe industriel qu'il ne pourra plus accéder à la commande publique en raison d'un casier.

Dominique Penin : La condition de succès de ce dispositif tient au fait de ne pas avoir de casier judiciaire et de pouvoir tourner la page. C'est précisément ce que les entreprises vont vouloir rechercher. Actuellement, beaucoup de transactions se heurtent à la problématique du casier judiciaire.

Didier Rebut : La durée des procédures pénales peut handicaper une entreprise, pendant plusieurs années, dans ses rapports internationaux avec d'autres sociétés car elle devra en faire état.

Ludovic Malgrain : En termes de communication financière, l'impact de ces affaires ainsi que les risques de condamnation auront nécessairement une portée sur les comptes de l'entreprise.

Didier Rebut : Prenons l'exemple d'une banque qui serait mise en examen pour corruption d'agent public étranger. Si par la suite, elle souhaite participer à un consortium de financement à l'étranger, cela sera compliqué car ses partenaires lui demanderont son pedigree. Elle sera alors tenue de dire qu'elle est mise en examen pour corruption, ce qui lui portera préjudice.

Ludovic Malgrain : Mais cela sera-t-il pour autant plus facile en état d'un jugement d'homologation avec la reconnaissance des faits ?

Dominique Penin : Il y a un intérêt à reconnaître les faits. Au stade de l'instruction, l'entreprise est nécessairement mise en examen pour transiger ; si la mise en examen est seulement envisagée, on ne peut pas transiger car nous ne sommes plus en enquête préliminaire. Dès lors qu'un juge d'instruction est saisi, il faut, devant lui, reconnaître les faits.

Didier Rebut : L'objectif visé est de ménager le principe de l'indisponibilité de l'action publique. Or la saisine d'un juge d'instruction déclenche l'action publique, ce qui ne permet plus de mettre en œuvre des procédures de transactions sans déclaration de culpabilité. C'est pourquoi le législateur parle, pour la CJIP dans le cadre d'une information judiciaire, de reconnaissance des faits et d'acceptation de la qualification. Cela atténue les choses même si le terme acceptation peut ne pas vouloir dire grand-chose. Le but tend à préserver l'intérêt de cette procédure dans le cadre d'une information judiciaire. ■

Propos recueillis par Coralie Bach, Sarah Bougandoura
et Lucy Letellier