

# Le PNF et l'AFA publient des lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP

14 octobre 2019

---

**Sélim Brihi, élève avocat au barreau de Paris, revient sur la publication par l'Agence française anticorruption et le Parquet national financier de lignes directrices conjointes relatives à la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public.**

L'article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, dite « Sapin II » a créé la Convention judiciaire d'intérêt public (ci-après « CJIP »), outil transactionnel par lequel le Parquet national financier (ci-après « PNF ») abandonne les poursuites en contrepartie de plusieurs obligations liées à une coopération renforcée avec l'autorité judiciaire : reconnaissance de la qualification juridique des faits, paiement d'une amende d'intérêt public, indemnisation des victimes et application d'un programme de conformité. Il confère à l'Agence française anticorruption (ci-après « AFA ») les prérogatives de contrôle de la CJIP.

Tandis que la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude est venue étendre le champ d'application de la CJIP à la fraude fiscale<sup>1</sup>, la circulaire du 31 janvier 2018<sup>2</sup> ainsi que la dépêche du 21 mars 2019 de la Direction des affaires criminelles et des grâces<sup>3</sup> ont apporté des éléments réponse relatifs aux conditions d'application de la CJIP.

Malgré ces éléments, certaines questions fondamentales subsistaient, de telle sorte que la prévisibilité et la sécurité juridique des personnes morales potentiellement concernées par une CJIP n'étaient pas pleinement sauvegardées.

A titre liminaire, le PNF et l'AFA nuancent la portée de ces lignes directrices dans la mesure où elles n'engagent que ces deux autorités, où leur force normative voire interprétative est résiduelle (de fait, il ne s'agit ni d'un décret, ni d'une circulaire) et où elles ne concernent que les affaires de corruption et trafic d'influence.

---

<sup>1</sup> C. proc. pén., art. 41-1-2.

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

<sup>3</sup> Dépêche 2019/F/0419/FA1 du 21 mars 2019 de présentation et des modalités d'échanges entre les parquets et l'Agence française anticorruption.

Les lignes directrices abordent six points. Le premier point rappelle les infractions pour lesquelles la CJIP peut être mise en œuvre (corruption active et trafic d'influence commis par un particulier, corruption active et trafic d'influence actif sur un agent public étranger, corruption d'un membre d'une institution judiciaire étrangère, trafic d'influence sur un membre d'une institution judiciaire étrangère, corruption privée active et passive, corruption sportive active et passive, corruption active et trafic d'influence actif d'un membre d'une institution judiciaire), les obligations que la CJIP peut comporter et les différents intérêts que la CJIP présente pour la personne morale.

Parmi ces intérêts : l'absence de reconnaissance de culpabilité permettant de continuer à répondre à des appels d'offres relatifs à des marchés publics internationaux (même si la reconnaissance de la qualification juridique des faits correspond à une reconnaissance de culpabilité déguisée), la rapidité de la procédure et la disparition du risque propre au prononcé des peines complémentaires encourues devant le tribunal correctionnel (la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction, l'interdiction d'exercer certaines activités, la fermeture d'un ou plusieurs établissements, l'exclusion des marchés publics ou l'interdiction de proposer ou faire admettre des titres financiers aux négociations sur des marchés publics).

Eu égard à l'apport relatif que présente le premier point de ces lignes directrices, revenons sur le contenu des cinq points suivants pour en analyser leur portée et leurs limites.

### **Les conditions de mise en œuvre d'une CJIP**

La première condition a trait à l'opportunité du recours à la CJIP conformément à l'intérêt public de ne pas engager les poursuites pénales.

En effet, en premier lieu, la proposition d'une CJIP ne peut être effectuée tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement.

En deuxième lieu, le bénéfice d'une CJIP est également accordé à la personne morale en cas d'absence de sanction antérieure pour des faits de corruption et de trafic d'influence, ou en cas d'accord transactionnel négocié et conclu avec une autorité étrangère pour des faits d'atteinte à la probité. Les lignes directrices viennent relativiser la portée de ces antécédents par l'ajout de critères tels que l'ancienneté ou le périmètre des faits à l'origine des sanctions déjà prononcées contre la personne morale.

De surcroît, les lignes directrices renvoient aux conditions d'opportunité présentes dans la circulaire du 31 janvier 2018<sup>4</sup>, à l'instar des antécédents de la personne morale, le caractère volontaire de la révélation des faits qui doit intervenir dans un délai raisonnable et le degré de coopération avec l'autorité judiciaire. Sur ce point, on peut regretter que l'AFA et le PNF ne fournissent pas des exemples concrets illustrant ces différents éléments<sup>5</sup>.

La deuxième condition concerne l'initiative de la CJIP.

L'initiative de la CJIP appartient non seulement au PNF mais aussi au représentant légal de la personne morale ou son conseil. Les lignes directrices ajoutent qu'une telle initiative de la part de la personne morale est susceptible d'aboutir à une période de

---

<sup>4</sup> *Ibid* 2.

<sup>5</sup> Décryptage des nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, M. Krouti et P. Dufourq, D. Actualité, 12 juil. 2019.

pourparlers informels. Il est salubre de constater que les lignes directrices apportent un éclairage suffisant sur cette question qui était débattue en doctrine<sup>6</sup>.

Sur ce point, il est précisé que, préalablement à la formalisation d'une proposition de CJIP et à l'avis concomitant à victime, ces pourparlers informels ne nécessitent pas d'écrit dans la mesure où l'objet de ces pourparlers est d'apprécier s'il est possible de parvenir à un accord avec la personne morale sur les termes essentiels de la convention envisagée.

La troisième condition touche à la coopération avec les autorités. La coopération peut prendre plusieurs formes.

Tout d'abord, il s'agit de la révélation spontanée des faits par la personne morale. Cette révélation doit intervenir dans un délai raisonnable qui est délimité par le jour où le représentant légal de la personne morale a eu connaissance des faits litigieux et le jour où ces faits ont été révélés.

Egalement, les lignes directrices indiquent que d'indemnisation, à l'initiative de l'entreprise, du préjudice des victimes avant même que l'offre de la CJIP ne lui soit faite, est un élément d'une bonne coopération. A noter que, dans une pareille hypothèse, même si les victimes ont été préalablement indemnisées, le procureur les informe de sa proposition de conclure une CJIP.

Ensuite, même dans l'hypothèse où les faits ne sont pas révélés spontanément, il est indispensable de mettre en œuvre des investigations internes portant sur des faits litigieux à l'origine du défaut de conformité.

Les résultats de cette enquête ou audit interne doivent être recensés sous la forme d'un rapport d'enquête qui doit être communiqué aux enquêteurs « *dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire* »<sup>7</sup>. Plusieurs conditions sont requises pour que le rapport soit conforme aux exigences du parquet : établir les responsabilités individuelles, exposer les faits « *avec la plus grande précision possible* »<sup>8</sup> ; dresser les comptes rendus des auditions et la liste des personnes qui ont été auditionnées ; établir les documents constituant des preuves.

Quelles sont les conséquences d'une coopération plus ou moins intense pour la personne morale ? Contrairement à la circulaire du 31 janvier 2018 qui ne fournissait pas de détails relatifs aux modalités de la coopération et se limitait à indiquer que le degré de coopération serait pris en compte pour la détermination du coefficient multiplicateur de l'amende, on ne peut que relever et saluer les précisions fournies par les lignes directrices. Ces dernières considèrent que le degré de coopération sera pris en compte pour l'opportunité du recours à une telle procédure et, le cas échéant, pour la fixation du montant de l'intérêt public. Certains observateurs font remarquer que ce point s'oppose au système américain qui considère la coopération uniquement pour l'application d'un coefficient de minoration de l'amende<sup>9</sup>.

Quoi qu'il en soit, la coopération sous forme d'enquête interne soulève plusieurs difficultés quant au secret professionnel de l'avocat, l'enquête judiciaire, le sort des documents spontanément transmis et l'identification des personnes physiques.

---

<sup>6</sup> *Ibid* 5.

<sup>7</sup> Lignes directrices sur la mise en oeuvre de Convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019, p. 9.

<sup>8</sup> *Ibid* 7.

<sup>9</sup> *Ibid* 5.

- Le secret professionnel de l'avocat

La personne morale est libre de choisir les documents à transmettre au PNF. Cette liberté reste une garantie de la protection du secret professionnel. Cependant, la personne morale et son conseil doivent justifier d'un éventuel refus de communiquer. Parmi ces motifs pourra être excipé le secret professionnel de l'avocat. Il est inquiétant de voir le PNF et l'AFA considérer que, premièrement, le caractère justifié de ce refus au regard des règles du secret professionnel sera jugé par le parquet, et, deuxièmement, que, pour « *rappel* », le secret professionnel n'est pas d'ordre public pour le client de l'avocat ... De fait, la « *liberté* » de communication de la personne morale est on ne peut plus encadrée. Il faut mettre en perspective ce point avec la jurisprudence récente toujours plus sévère et restrictive du secret professionnel pour se rendre compte de la tendance lourde entamant la portée du secret professionnel.

Par ailleurs, quel est le sort des documents transmis par la personne morale mais qui seraient couverts outre-manche ou outre-Atlantique par le *legal privilege* ou la *work product doctrine* ? Si les lignes directrices indiquent que la communication doit respecter les législations étrangères, il n'est pas impossible de voir se nouer une situation complexe à travers laquelle la communication partielle ou totale d'un document soit néanmoins admise nonobstant le respect du secret professionnel étranger. Sur ce point, il faut espérer qu'en pratique la coordination entre les autorités de poursuite soit suffisamment harmonisée pour trouver une solution.

- L'enquête judiciaire

La mise en œuvre de la coopération sous forme d'enquête interne a pour principal effet de voir confier l'enquête à la personne morale. En pratique, ce seront les avocats conseils de la personne morale qui travailleront à l'enquête.

Ce point est pour le moins surprenant dans la mesure où l'autorité judiciaire « *confie* » à la défense le soin d'enquêter sur ses propres agissements, alors que, de manière classique, la manifestation de la vérité est une prérogative confiée à l'autorité judiciaire<sup>10</sup>. Nous assistons en quelque sorte à une forme de délégation de l'enquête, voire d'inversion des rôles.

- Le sort des documents spontanément transmis

Les documents transmis par la personne morale et son conseil au PNF dans le cadre de cette coopération en vue de la conclusion d'une CJIP peuvent-ils être utilisés par le parquet dans le cadre de poursuites parallèles (notamment les poursuites visant les personnes physiques) en cas d'échec de la procédure de CJIP ?

Avant la publication des lignes directrices, la réglementation propre à la CJIP prévoyait une confidentialité renforcée pour les documents transmis après la signature de la CJIP mais seulement dans les cas de rétractation de la personne morale ou de refus de valider par le président du tribunal de grande instance<sup>11</sup>. Subsistait l'hypothèse de l'échec de la CJIP avant sa signature, c'est-à-dire l'échec des négociations.

Les lignes directrices apportent une réponse sur ce point en considérant que les documents versés par l'entreprise ou son conseil préalablement à la formalisation d'une proposition de CJIP (notamment le rapport d'enquête) pourront être réutilisés par le parquet. Cette solution comporte sans aucun doute un effet dissuasif pour la personne morale de s'engager dans une procédure de CJIP et constitue a fortiori, un frein à la

---

<sup>10</sup> C. proc. pén., art. pré.

<sup>11</sup> C. proc. pén., art. 41-1-2, III.

coopération par la personne morale. En effet, quelle entreprise prendrait le risque de faire des révélations spontanées si les documents et informations transmis sont susceptibles d'être réutilisés par le parquet en cas d'échec des négociations ?

- L'identification des personnes physiques

Comme précisé ci-dessus, le rapport d'enquête doit établir les responsabilités individuelles. Il semble que les lignes directrices s'inspirent du « *All or Nothing* » Yates Memorandum américain, qui oblige les entreprises américaines en négociation avec le Department of Justice (ci-dessous « DoJ ») à fournir des éléments de fait relatifs à l'implication significative des personnes physiques quelle que soit leur place dans l'entreprise.

Cependant, à la grande différence des accords négociés outre-Atlantique, la CJIP ne concerne que les personnes morales. Il est donc pour le moins curieux de constater que dans le cadre d'une justice négociée ne visant que la personne morale, les responsabilités individuelles soient établies. Ceci illustre bien l'anticipation sur les poursuites pénales parallèles des personnes physiques. De surcroît, les lignes directrices ne prévoient pas de garanties procédurales pour ces personnes physiques. Or, les règles régissant la mise en œuvre de ces enquêtes internes ne sont pas dotées de garanties similaires à celles de la procédure pénale<sup>12</sup>. Il y a donc, à cet endroit, un flou.



### **La fixation du montant de l'amende d'intérêt public**

La réglementation relative à la CJIP prévoit que le montant de l'amende est fixé de manière proportionnelle aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite

---

<sup>12</sup> *Ibid* 5

de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel de la personne morale calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements<sup>13</sup>.

Les lignes directrices fixent un montant minimal de l'amende d'intérêt public au regard de sa finalité : elle est au moins égale au montant du profit illicite en fonction de certains éléments comptables basés sur le chiffre d'affaires. Par exemple, sont déductibles les charges directement imputables au projet de telle sorte que certains frais en sont exclus (frais de structure, de recherche, etc.).

Par la suite, la circulaire du 31 janvier 2018 est venue indiquer les facteurs majorants et minorants appliqués à la détermination de l'amende d'intérêt public.

Si les nouvelles lignes directrices reprennent les facteurs minorants établis par la circulaire (révélation spontanée des faits au parquet avant l'ouverture de toute enquête pénale dans un temps raisonnable, excellente coopération et investigations internes complètes et efficaces, un programme de conformité effectif, mise en œuvre de mesures coercitives, mise en œuvre spontanée d'un programme de conformité par une personne morale qui n'y est pas légalement tenue), elles établissent cinq nouveaux facteurs majorants pour la détermination de l'amende punitive : la corruption d'un agent public, le fait que la personne morale entre dans le champ d'application de l'obligation de mise en conformité de l'article 17 de la loi Sapin II, l'existence d'éventuelles condamnations/sanctions en France ou à l'étranger pour des faits similaires, l'utilisation de ses propres ressources pour dissimuler les faits, et le caractère répété, voire systémique des faits de corruption.

Une différence sensible doit être relevée suite à la publication de ces nouvelles lignes directrices : la circulaire du 31 janvier 2018 prévoit que la mise en œuvre d'un programme de conformité effectif doit constituer un facteur minorant non pas l'amende mais le coût du programme de conformité, alors que les lignes directrices considèrent que la mise en œuvre d'un programme effectif ou de mesures coercitives représentent un facteur minorant l'amende.

### **Le programme de mise en conformité**

Pour rappel, la Loi Sapin II oblige les personnes morales qui entrent dans son champ d'application à adopter un programme de conformité anti-corruption.

Selon les lignes directrices, le non-respect de cette obligation peut influencer sur la décision en opportunité du PNF de proposer une CJIP ou sur le montant de l'amende. Ainsi, comme exposé ci-dessus, le bénéfice d'une CJIP est conditionné à la mise en œuvre d'un tel programme par les personnes morales et, ce, même celles qui ne sont pas soumises à cette obligation.

Le procureur se voit octroyer la prérogative de demander à l'AFA une expertise pour déterminer l'adéquation et l'efficacité du programme en question. Ce point est sans aucun doute inspiré de l'approche étrangère puisque le DoJ<sup>14</sup> et le Serious Fraud Office<sup>15</sup> ont pour politique générale de considérer qu'il ne suffit pas qu'un programme de conformité ait été élaboré, encore faut-il qu'il soit effectivement appliqué au moment de l'infraction ou au moment du signalement pour qu'il puisse constituer un bénéfice lors de la négociation d'un accord.

---

<sup>13</sup> C. proc. pén., art. 41-1-2.

<sup>14</sup> US Attorney's Manual, 9-28.300.

<sup>15</sup> SFO, Deferred Prosecution Agreement Code of Practice, 2.8.2 (iii).

## **La coordination internationale entre les autorités de poursuite**

Les lignes directrices précisent que la mise en œuvre d'une CJIP passe par la recherche d'une coopération internationale avec les différentes autorités de poursuite étrangères, ce qui se traduit par une discussion relative à la nature et au quantum des obligations imposées à la personne morale. Comme discuté ci-dessus, les lignes directrices n'apportent pas de réponse quant à la coordination entre autorités relative à la communication de documents protégés par le *legal privilege* ou la *work product doctrine* de telle sorte qu'il faut espérer que la pratique apportera un éclairage.

Ce point s'inscrit dans la lignée des accords globaux obtenus par le PNF et le DoJ dans l'affaire Société Générale en date de juin 2018 et de l'application de l'article 4-3 de la Convention de l'OCDE qui incite à la coopération sur la répartition du montant de l'amende entre les différents Etats.

### **Le respect de la loi dite « *de blocage* »**

Le PNF et l'AFA affirment que cette dernière a la qualité de « *moniteur* » unique pour les personnes morales françaises.

Dans le cas où une obligation de mise en conformité serait imposée à une personne morale française par une autorité étrangère, le document rappelle que l'AFA a le pouvoir de filtrer toute injonction étrangère aux termes de l'article 3, 5°, de la loi Sapin II qui renvoie à la loi n° 68-678 du 26 juillet 1968, dite « *loi de blocage* ». Ce filtre s'exercera de la manière suivante : l'AFA et le PNF solliciteront de l'autorité étrangère émettrice de l'injonction de conformité que cette obligation soit prévue uniquement dans la CJIP et que l'AFA soit l'autorité désignée pour en contrôler l'application. L'exercice de ce filtre suppose que la personne morale ait son siège social ou opérationnel en France ou qu'elle exerce tout ou partie de son activité économique sur le territoire français.

De surcroît, l'AFA impose à une entreprise signataire d'un accord avec une autorité étrangère par lequel elle serait tenue de transmettre des moyens de preuve susceptibles de constituer des faits de corruption, de l'informer préalablement de ces faits. Ceci étant, les lignes directrices précisent que le PNF sera également informé de ces faits pour vérifier si ceux-ci sont susceptibles d'entrer dans son champ de compétence. De fait, l'information préalable de l'AFA et du PNF s'apparente à une obligation de révéler spontanément des faits, voire de simples soupçons de faits potentiellement incriminants<sup>16</sup>. Ainsi, sous couvert de protection de la souveraineté judiciaire, c'est très certainement le droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer qui est mis à mal.

---

<sup>16</sup> *Ibid* 5.