

CHRONIQUE

RÉGULATION ET CONFORMITÉ



EMMANUEL JOUFFIN
Docteur en droit
Responsable
juridique
de banque



MYRIAM ROUSSILLE
Agrégée
des facultés de droit
Professeur
Université du Mans
IRJS Sorbonne
Affaires-Finance



STÉPHANE FÉKIR*
Responsable de veille
réglementaire
Direction
de la Compliance
Natixis

Anticorruption : actualités en matière de répression

Depuis l'entrée en vigueur de la loi dite Sapin 2, la lutte contre la corruption occupe une place importante dans le dispositif de conformité des banques. Par touches successives, se met en place un encadrement réglementaire qui soulève encore de nombreuses incertitudes. La présente chronique aborde les apports et questions soulevés par la première décision rendue par de la Commission des sanctions de l'AFA, ainsi que les lignes directrices arrêtées par cette dernière avec le PNF à propos de la convention judiciaire d'intérêt public.

AFA, Commission des sanctions, décision n° 19-01 du 4 juillet 2019.

AFA et PNF, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public, 26 juin 2019.

Commentaire d'Emmanuel Jouffin

Suites de la loi Sapin 2. L'actualité récente aide à se souvenir que la prise en considération de l'éthique, au sens le plus compréhensif du terme, est une préoccupation réelle pour les dirigeants. Ainsi, alors qu'en 2017, l'éthique n'avait été invoquée « que » dans 26 % des cas de « remerciement » de dirigeants, elle l'a été presque deux fois plus en 2018¹. L'entrée en vigueur de la loi dite Sapin 2² a conduit les banques à adopter de nouvelles mesures en matière la lutte contre la corruption, de sorte que cette préoccupation occupe aujourd'hui une place importante dans leur dispositif de conformité. Ceci justifie l'attention portée, tant à la première décision rendue par de la Commission

des sanctions de l'Agence française anticorruption (AFA) (I.), qu'aux lignes directrices que cette dernière a conjointement arrêtées avec le Parquet national financier (PNF) en matière de convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) (II.).

I. PREMIÈRE DÉCISION DE LA COMMISSION DES SANCTIONS DE L'AFA – QUESTIONS PROCÉDURALES

Décision du 4 juillet 2019. Dire que la première décision de la Commission des sanctions de l'AFA était attendue est un vain mot. Cette attente se nourrissait notamment de la recherche d'informations relatives au dispositif préventif de l'article 17-II de la loi Sapin 2. Si cette décision du 4 juillet 2019 comprend 16 pages, dont seulement 5 sont dédiés à l'analyse du programme lui-même, elle présente néanmoins un intérêt pratique certain.

Était en cause la société SONEPAR (ci-après l'Entreprise), leader mondial de la distribution aux professionnels de matériels électriques, à l'encontre de laquelle le directeur de l'AFA réclamait une sanction pécuniaire de 1 million d'euros et 200 000 € à l'encontre de sa présidente, sanctions maximales que peut infliger la Commission des sanctions de l'AFA. Au final, aucun des griefs n'a été retenu. Au-delà de ce résultat, quels sont les principaux enseignements de cette décision inaugurale en matière de procédure ?

Collecte d'informations non directement en lien avec les finalités légales. L'Entreprise reprochait à l'AFA, outre la collecte d'informations à des fins étrangères à celles fixées par les articles 3 et 4 de la loi Sapin 2³, celle de documents relatifs à une période antérieure à

1. 19^e rapport annuel de Strategy&, filiale du cabinet PwC, 15 mai 2019, « *Succeeding the long-serving legend in the corner office* », étude analysant les renouvellements de dirigeants dans les 2500 plus grandes entreprises cotées en Bourse à travers le monde.

2. 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.

3. En l'espèce, pratiques anticoncurrentielles et fraude fiscale.

* Les propos n'engagent que son auteur.

l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 (§ 8 et 9 de la décision). La Commission répond qu'elle peut être amenée à se prononcer sur l'utilité de documents ou informations « pour l'appréciation de la qualité du dispositif de détection et de prévention ». Cette notion « d'utilité » apparaît également dans la Charte des contrôles de l'AFA d'avril 2019, laquelle précise que les agents de l'AFA peuvent se faire communiquer « toute information utile »⁴. En tout état de cause, cette collecte d'information devrait se dérouler dans le respect du principe de proportionnalité, la notion d'utilité pouvant être appréciée de manière plus ou moins extensive.

La conséquence de tout ceci est que l'on imagine que l'AFA pourrait informer l'Autorité de la concurrence des pratiques susceptibles de justifier des poursuites au titre des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce relatifs aux pratiques anticoncurrentielles.

Collecte d'informations sur une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi Sapin 2. Par ailleurs, afin d'établir des manquements, l'AFA peut, sans méconnaître notamment le principe de non-rétroactivité, solliciter des documents relatifs à une période antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016, dès lors que ceux-ci sont « utiles ».

On soulignera ici une position ambiguë de la Commission des sanctions, puisque cette dernière énonce en effet, « les manquements susceptibles de donner lieu à l'application de sanctions sont ceux afférents à une situation existante à compter de la date d'entrée en vigueur de la loi du 9 décembre 2016 et qui perdure jusqu'à la date à laquelle la commission des sanctions statue » (§ 9, p. 8).

La Commission se montre ainsi très libérale au sujet des documents auxquels l'AFA doit avoir accès, sans s'appesantir sur le fait que la collecte de ces documents « périphérique » puisse avoir un retentissement négatif sur les droits de la défense. La référence à la notion « d'utilité » permettant un droit de regard très vaste, devrait être évaluée au regard d'une nécessaire proportionnalité.

Référence à des recommandations publiées post-contrôle et effets obligatoires de ces dernières. On notera également la référence, dans le rapport de contrôle, à des recommandations publiées au Journal officiel le 22 décembre 2017⁵, après la fin du contrôle (§ 10 de la décision). Il est tout d'abord troublant de faire produire des effets rétroactifs à des documents postérieurs au contrôle, au risque de laisser penser que le comportement attendu des assujettis obéit à des règles dont le contour se dessine au fur et à mesure du contrôle, situation incompatible avec le respect des droits des personnes physiques et morales concernées.

Mais plus encore, si la Commission indique (§ 10) que

seuls les manquements à loi fondent les griefs, précisant ainsi (§ 18) que « les Recommandations ne constituent qu'un référentiel dont l'usage n'est en rien obligatoire »⁶, elle énonce toutefois qu'en l'absence de respect de ces recommandations, il incombe à la personne poursuivie « de démontrer la pertinence, la qualité et l'effectivité du dispositif de détection et de prévention de la corruption en justifiant de la validité de la méthode qu'elle a librement choisie et suivie »⁷.

Cette position est inquiétante car, dans ses recommandations, l'AFA peut aller au-delà de la lettre de la loi. Ainsi, l'article 17-II-4° de la loi Sapin 2 indique que les vérifications s'appliquent « aux clients, aux fournisseurs de premier rang et aux intermédiaires ». L'AFA estime quant à elle que les vérifications concernent tous « les tiers avec lesquels l'organisation est en relation ou entre en relation, en priorité sur ceux identifiés dans la cartographie des risques comme présentant un risque de corruption ». Ce faisant, elle exige une cartographie de « l'ensemble des tiers – discriminés selon leur nature, leur statut, leur taille – afin d'identifier ceux auxquels des procédures d'évaluation devront être appliquées et adaptées en fonction du niveau de risque »⁸.

Par ailleurs, la Commission des sanctions prévoit un mécanisme de *comply or explain*, à propos de recommandations « sans portée juridique » mais qui font naître une « présomption de conformité ». Si les assujettis souhaitent s'en éloigner, ils doivent se justifier. On peut penser que la question de savoir si les recommandations de l'AFA font grief est ainsi tarie. Nous sommes dans le droit fil des arrêts du 21 mars 2016 (Fairvesta et Numéricable)⁹, à l'occasion desquels le Conseil d'État a admis un recours pour excès de pouvoir contre des actes « de nature à produire des effets notables, notamment de nature économique, ou ont pour objet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse ».

Entretiens non formalisés par un PV avec des personnes non francophones. La Commission souligne que, ni la loi, ni les dispositions réglementaires, n'imposent la rédaction de PV et leur absence ne vicie pas le contrôle (§ 12 de la décision). Cette même Commission admet toutefois que les errements de traduction s'agissant de l'audition de personnes non-francophones, (à supposer les faits « avérés et pertinents ») pourraient « affecter l'administration de la preuve ». Dans quelle mesure? Le doute ne doit-il pas bénéficier à la personne objet de l'enquête? Comment vérifier la loyauté de la procédure donnant lieu à des auditions dont le contenu n'est pas matérialisé de manière contradictoire? La Commission élude la réponse à cette question en indiquant que les faits ne sont pas avérés.

La Charte des contrôles de l'AFA d'avril 2019 prévoit (p. 11), s'agissant des contrôles sur place, que les agents de l'AFA puissent s'entretenir avec toute personne « dont

4. Article 4, 1^{er} al., de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

5. « Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », Journal Officiel le 22 décembre 2017.

6. § 3 des recommandations de décembre 2017 : « Si, en application de la loi du 9 décembre 2016, les recommandations de l'AGENCE font l'objet d'un avis publié au Journal officiel, elles sont dépourvues de force obligatoire et ne créent pas d'obligation juridique ».

7. Il s'agissait de l'évaluation du dispositif d'évaluation interne de l'entreprise.

8. Recommandations sur la mise en œuvre de l'obligation faite à certaines entreprises de mettre en place un programme de conformité anticorruption le 22 décembre 2017, p. 21.

9. CE 21 mars 2016, n° 368082, n° 390023.

le concours paraît nécessaire afin de vérifier l'exactitude des informations transmises ». On regrettera que rien ne soit dit au sujet des garanties accordées aux personnes auditionnées, notamment en ce qui concerne la possibilité d'être assisté lors de ces entretiens¹⁰.

En tout état de cause, l'absence de PV n'est-elle pas une source potentielle de contentieux lié au paragraphe premier de l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales¹¹ se rapportant notamment à « toute accusation en matière pénale » ?

On se souvient que le Conseil d'État a, dans un arrêt du 20 décembre 2000¹², assimilé la Commission bancaire à un tribunal au sens de l'article 6 § 1 de cette Convention, décidant qu'elle constitue « un organisme administratif qui, eu égard à sa nature, à sa composition et à ses attributions, peut être qualifié de tribunal au sens de l'article 6, § 1 de la Convention ». Puis le Conseil d'État, dans un arrêt Parent¹³, s'agissant d'une sanction de l'AMF, détermine que la méconnaissance de l'article 6 « peut, eu égard à la nature, à la composition et aux attributions des organismes en cause, être utilement invoquée à l'appui d'un recours formé, devant le Conseil d'État, à l'encontre de l'une de leurs décisions ». Que l'AFA ne soit pas une autorité administrative indépendante mais un « service à compétence nationale »¹⁴ ne semble pas devoir remettre en cause les principes ainsi dégagés.

Participation au contrôle de personnes mentionnées, ni dans la lettre de mission, ni dans l'avis de contrôle et à la rédaction du rapport (p 4 de la décision). Si la Commission estime qu'il « eut été préférable » (§ 14) que la lettre du directeur de l'Agence soit claire sur la constitution de l'équipe, elle relève toutefois, que cela n'a pas porté atteinte aux droits de la défense. Si cette précaution était « préférable », pourquoi l'était-elle ? Pourquoi mentionner cette bonne pratique si, par ailleurs, elle n'a pas d'influence ? Une fois encore, des ajustements procéduraux semblent nécessaires.

Présence du directeur de l'AFA lors de l'audience. L'entreprise souligne que l'article 2 de la loi Sapin 2 interdit au directeur d'être membre de la Commission et d'assister à ses séances. La Commission estime qu'il n'y a pas d'atteinte à un procès équitable (§ 15 de la décision), le directeur n'ayant assisté qu'à l'audience publique et uniquement en qualité de partie et étant absent aux délibérations. A ce sujet trois remarques. D'une part, c'est la seule fois que la Commission vise la notion de procès équitable. Par ailleurs, la Commission introduit une distinction que ne prévoit pas l'article 2 de la loi qui fixe une interdiction d'ordre général. Enfin, la Charte de contrôle de l'AFA d'avril 2019 (p. 16) dispose que lors de l'audience « La personne mise en cause et la per-

sonne désignée par le directeur au sein de l'agence pour le représenter, peuvent faire valoir leurs observations oralement ». Ceci semble démontrer que la représentation à l'audience du directeur n'est pas optionnelle.

Un manquement ne peut donner lieu à sanction s'il a été réparé et a cessé à la date à laquelle la Commission se réunit (§ 9, 25, 38 et 44 de la décision). Il convient de noter que la Commission accorde un droit de repentir actif aux assujettis, jusqu'à la date à laquelle elle se réunit. On soulignera particulièrement que, s'agissant de la cartographie des risques, la Commission prend en considération les progrès constants depuis décembre 2016 jusqu'à un taux de réalisation de 75 % en juin 2019. La Commission des sanctions conclut « il résulte de l'instruction que ces critiques ne sont pas fondées, à la date à laquelle la Commission des sanctions statue et eu égard aux éléments produits par S, notamment depuis la saisine » (§. 25, p. 13).

On peut voir cette approche comme un encouragement à une conduite proactive des entreprises, la restitution du rapport de contrôle ne marquant qu'une étape d'un processus de mise à niveau qui ne prend fin qu'avec l'audience devant la Commission des sanctions. L'avenir nous dira si cette vision est uniquement liée aux circonstances de l'espèce, ou bien si le rapport de contrôle de l'AFA peut être considéré, par principe, comme un rapport « d'audit » ayant pour mission première de « certifier » une conformité et non de constater des manquements. Le délai s'écoulant entre la communication du rapport et la tenue de la Commission des sanctions sera un bon indicateur de la volonté de laisser à l'entreprise le temps suffisant pour s'amender.

Questions en suspens. En synthèse, cette première décision soulève de nombreuses questions ayant pour épicerie la conduite des contrôles, laquelle nécessiterait la détermination de règles transparentes. Par ailleurs, l'AFA pourrait s'inspirer de l'ACPR qui a diffusé, en juillet 2017¹⁵ une nouvelle version de sa politique de transparence dans laquelle elle explicite les instruments à sa disposition pour accomplir ses missions et précise, pour chacun d'eux, sa nature, son contenu et sa portée, sous réserve de l'appréciation souveraine des juridictions.

Enfin, on soulignera que la décision, aux paragraphes 29 et 31, au titre du contenu du code de conduite, vise « les comportements attendus » ou bien encore « les préconisations comportementales attendues », alors que l'article 17-1° de la loi Sapin 2 vise « les différents types de comportements à proscrire », cette référence aux comportements proscrits figure également dans les recommandations de l'AFA de décembre 2017¹⁶. La nuance est plus que sémantique lorsqu'il s'agit de rédiger un code de conduite. Dans ce domaine, l'AFA va, une nouvelle fois, au-delà de la lettre de la loi.

10. On notera que la Charte des contrôles (p. 17) s'oppose même à la présence d'un tiers « Confidentialité, ces entretiens ne peuvent être ni enregistrés ni réalisés en présence de tiers ».

11. « Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, [...] ».

12. CE 20 oct. 2000, *Sté Habib Bank Limited*, AJDA 2000, p. 1001.

13. CE, sect., 27 oct. 2006, *Parents et al.*, req. n° 276069.

14. FAQ disponible sur le site de l'AFA.

15. https://acpr.banque-france.fr/fileadmin/user_upload/acp/publications/registre-officiel/2017-Politique-de-transparence-de-l-ACPR.pdf.

16. « Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme », *Journal Officiel* du 22 décembre 2017, spéc. p. 9.

II. LIGNES DIRECTRICES CONJOINTES AFA – PNF EN MATIÈRE DE CJIP (CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC)

Lignes directrices du 29 juin 2019¹⁷. La loi Sapin 2 a créé la CJIP, à l'imitation du *Deferred Prosecution Agreement* (DPA)¹⁸ de droit US, afin d'introduire une transaction permettant aux entreprises de payer une amende et d'éviter ainsi un procès. Cette transaction est ouverte à toute personne morale mise en cause pour des faits de corruption, trafic d'influence, blanchiment, blanchiment aggravé ou blanchiment de fraude fiscale¹⁹ acceptant l'accord proposé par le Procureur de la République (art 41-1-2-I du Code de procédure pénale). Tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer une CJIP (art. 41-1-2-I du Code de procédure pénale).

L'exécution de la CJIP suspend la prescription de l'action publique (art. 41-1-2-IV du Code de procédure pénale), laquelle se trouvera éteinte si la convention est entièrement appliquée, étant précisé que l'exécution des obligations prévues par la CJIP ne fait pas échec au droit des personnes ayant subi un préjudice du fait des manquements constatés, sauf l'État, de poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile (art. 41-1-2-IV, al. 2, du CPP). L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, précise que la CJIP « ne constitue pas une déclaration de culpabilité de la personne morale et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation ». Par ailleurs, la CJIP ne fait pas obstacle à l'engagement de poursuites pénales à l'encontre des dirigeants personnes physiques.

Rappel sur la CJIP. Au travers de la CJIP, la personne morale se voit imposer une ou plusieurs des obligations suivantes. D'une part, le versement d'une amende au Trésor public dont le montant sera fixé de « manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements » (art. 41-1-2-I-1° du Code pénal). Par ailleurs, peut intervenir la mise en place, pour une durée de 3 ans, d'un programme de mise en conformité, sous le contrôle de l'AFA (art. 41-1-2 du Code de procédure pénale).

La CJIP peut être, soit proposée par le procureur de la République, pour autant que l'action publique n'ait pas été mise en œuvre, soit conclue au cours d'une information judiciaire, alors même que l'action publique a déjà été mise en mouvement²⁰.

Circulaire de 2018. Le ministère de la Justice a diffusé, le 31 janvier 2018, une circulaire destinée aux parquets relative aux modalités de mise en œuvre des dispositions pénales de la Loi Sapin 2²¹, sans pour autant que ce document soit explicite au sujet du comportement attendu afin de pouvoir bénéficier d'une CJIP. C'est cette lacune que tentent de combler les lignes directrices du 27 juin dernier, étant rappelé que 6 CJIP ont d'ores et déjà été mises en œuvre²².

Par ailleurs, si la circulaire de 2018 fixait trois critères, non prévus par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, encadrant le recours à une CJIP (antécédents de la personne morale, caractère volontaire de la révélation des faits et degré de coopération avec l'autorité judiciaire dont la personne morale fait preuve), les lignes directrices en ajoutent 3 autres (la révélation spontanée des faits dans un délai « raisonnable », la participation active à la manifestation de la vérité par la mise en œuvre d'une enquête interne rapportant la preuve de faits de corruption et de trafic d'influence et enfin, la mise en œuvre d'un programme de conformité effectif).

Périmètre de la CJIP (p. 3 des lignes directrices). Parmi les délits énumérés, les lignes directrices (p. 3) ne visent pas les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts²³ et leur blanchiment. Or, l'article 25 de la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude étend le périmètre de la CJIP à la fraude fiscale au travers d'une modification de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. L'explication est peut-être à rechercher dans le fait que l'AFA n'a pas compétence dans le domaine de la fraude fiscale et de son blanchiment, rendant ainsi délicate la mention de ces délits dans un document commun avec le PNF. À cet égard, le 28 juin 2019, le TGI de Paris a validé la première CJIP concernant une affaire de fraude fiscale impliquant Carmignac Gestion²⁴.

Initiative de la CJIP (p. 7). Bien que l'article 41-1-2-I du Code de procédure pénale dispose que l'initiative d'une CJIP appartient au procureur de la République, la pratique a démontré que l'initiative pouvait également appartenir aux assujettis ou leurs conseils²⁵. Cette pratique est entérinée par les lignes directrices lesquelles

transmission n'est possible que si « la personne morale mise en examen reconnaît les faits et qu'elle accepte la qualification pénale retenue » (art. 180-2 du Code de procédure pénale).

21. Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, CRIM/2018-01/G3.
22. SAS SET Environnement, SAS Kaefer Wanner, SAS Poujaud, Société Générale SA, HSBC Private Bank Suisse SA, et Carmignac Gestion (s'agissant d'une fraude fiscale).
23. Ces articles concernent le fait de s'être « frauduleusement soustrait », d'avoir « tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel des impôts » ou bien encore, « l'ingénierie fiscale frauduleuse » consistant à omettre de passer ou de faire passer des écritures, de passer des écritures inexactes ou fictives, ou bien encore de s'entremettre dans une opération d'évasion fiscale.
24. Convention judiciaire d'intérêt public entre le PNF et Carmignac Gestion : <http://bit.ly/32fck0s>.
25. À titre d'exemple, ordonnance de validation de la CJIP conclue avec HSBC Private Bank Suisse le 14 novembre 2017.

17. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/lafa-et-parquet-national-financier-precisent-mise-en-oeuvre-convention-judiciaire-dinteret-public>

18. Cf. Marie-Agnès Nicolas, « Infractions économiques – Les lignes directrices du PNF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la CJIP », *Aperçu rapide*, JCPEA, n° 31-35, 1er août 2019, act. 533.

19. La fraude fiscale elle-même ayant été ajoutée ultérieurement par la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude.

20. Lorsque c'est le juge d'instruction, au cours d'une information judiciaires, qui transmet la procédure au Procureur en vue de la conclusion d'une CJIP, cette

précisent que « le représentant légal de la personne morale ou son conseil peuvent faire connaître au PRF leur souhait de bénéficier de ce mécanisme transactionnel ».

Conditions au recours à une CJIP : une absence de sanctions antérieures (p. 8). Le fait, pour la personne morale, l'une de ses filiales ou l'un de ses dirigeants, d'avoir déjà fait l'objet de sanctions pour des faits « pouvant être qualifiés d'atteintes à la probité », tant par une juridiction française qu'étrangère, est « un obstacle de principe » à la mise en œuvre d'une CJIP. L'évaluation, à 360°²⁶, des antécédents de la personne morale, de ses filiales, mais aussi de ses dirigeants doit prendre en compte, l'ancienneté des faits, leur périmètre ainsi que la bonne fois des dirigeants. De ce point de vue, les lignes directrices encouragent un examen attentif des éventuels antécédents de ces derniers²⁷.

Conditions au recours à une CJIP : une enquête interne approfondie (p. 8). La coopération de la personne morale aux investigations judiciaires est un « préalable nécessaire » à la conclusion d'une CJIP (p. 8) et est prise en compte pour la détermination du montant de l'amende « par application d'un coefficient de minoration » (sic).

Les lignes directrices soulignent qu'une « enquête suffisamment approfondie, permettant de mettre à jour les faits délictueux les plus significatifs constitue un préalable nécessaire à toute discussion sur la conclusion d'une CJIP ». Les investigations conduites par l'entreprise doivent également contribuer à « établir les responsabilités individuelles » (p. 9 in fine). Pour ce faire, l'entreprise devra communiquer au Parquet les documents pertinents en sa possession de même que les comptes rendus d'entretiens.

L'entreprise et son avocat doivent déterminer les documents communiqués au Parquet. Le refus de communication doit être justifié afin que le Parquet détermine s'il est légitime et ne constitue pas un obstacle à la conclusion d'une CJIP. Les résultats de l'enquête doivent être transmis aux enquêteurs « dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire » notamment sous la forme d'un rapport d'enquête. Autant dire qu'un rapport tardif par rapport au déroulé de l'enquête ne pourra être pris en considération.

Sorts des documents relatifs à une proposition de CJIP finalisée mais non aboutie. L'article 41-I-2-III alinéa 2 du Code de procédure pénale dispose que « si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur de la République ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale [...]. »

Il s'agit des informations communiquées au Parquet après finalisation d'une proposition de CJIP, destinées à fixer le montant de l'amende et préciser le programme

de conformité. Sont concernés les échanges écrits relatifs à l'acceptation de la qualification légale des faits et ceux ayant servi de support à la négociation sur les termes de la proposition de CJIP. Le point de départ de cette confidentialité prévue à l'article 41-I-2 est « la formalisation d'une proposition de CJIP » (cf. infra).

Sort des documents communiqués lors de la phase d'enquête. L'article 41-I-2 du Code de procédure pénale n'interdit pas en revanche au Parquet de faire usage des documents et informations communiqués par l'entreprise ou son conseil dans le cadre de la phase d'enquête, antérieure à la « formalisation » d'une proposition de CJIP (p. 10, dernier §).

Par conséquent, tout ce qui a été communiqué avant tout accord sur la qualification des faits, notamment au cours de pourparlers informels, pourra être réutilisé à charge par le parquet. Autrement dit, et de manière paradoxale, si la révélation spontanée est encouragée (cf. infra) elle est risquée puisqu'il n'existe ni garantie relative au fait de se voir ultérieurement proposer une CJIP, ni garantie de confidentialité. Vaut-il mieux révéler spontanément des faits circonstanciés pouvant être, par la suite, utilisés à charge dans l'espoir d'obtenir une CJIP ou bien ne pas les révéler, avec les conséquences que cela pourrait avoir, notamment en ce qui concerne l'espoir de bénéficier d'une CJIP ?

Par ailleurs, se pose la question de la compatibilité de ceci avec le principe selon lequel on ne peut être contraint à s'auto-incriminer. La CEDH, notamment dans un arrêt du 25 février 1993 *Funke c/ France*, énonce qu'il s'agit d'un élément de la présomption d'innocence qui interdit à l'accusation de recourir à des éléments de preuve obtenus sous la contrainte ou par des pressions²⁸. L'entreprise devient un auxiliaire judiciaire de l'enquête la concernant, condition *sine qua non* pour obtenir le bénéfice d'une CJIP, quitte pour ce faire à œuvrer au détriment de personnes physiques, collaborateurs ou dirigeants de l'entreprise.

Révélation spontanée des faits (p. 9). La révélation spontanée de faits « circonstanciés » n'est prise en compte favorablement que si elle intervient dans « un délai raisonnable », apprécié par le Parquet « en tenant compte du temps qui s'est écoulé entre le moment où le dirigeant de la personne morale a eu connaissance des faits et celui de leur révélation ». La caractérisation des faits dépendant d'une « enquête suffisamment approfondie, permettant de mettre à jour les faits délictueux les plus significatifs ». Ainsi que le souligne un commentateur, ceci « [...] trahit un glissement de notre procédure pénale de nature inquisitoire vers le système accusatoire de la common law »²⁹.

26. Les lignes directrices vont au-delà de la circulaire de janvier 2018 qui se bornait aux « [...] antécédents de la personne morale » (p. 16).

27. Dans le monde bancaire cette préoccupation renvoie aux exigences de la Directive 2013/36/du 26 juin 2013 (CRD IV) concernant l'accès à l'activité des établissements de crédit et la surveillance prudentielle - art. 91 et guide BCE (mai 2017) « relatif à l'évaluation de l'honorabilité et de la compétence ».

28. Idem CEDH 14 octobre 2010, arrêt *Brusco c/ France*, la Cour EDH rappelant sa jurisprudence : « le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination et le droit de garder le silence sont des normes internationales généralement reconnues qui sont au cœur de la notion de procès équitable ».

29. Cf. supra, note 18, les commentaires de Marie-Agnès Nicolas.

L'évaluation du caractère raisonnable du délai, prendra en compte l'impact de ce délai sur le déroulement des investigations et la sincérité de leur résultat au regard de la conservation des preuves et des risques de concertation.

Secret de l'avocat (p. 10). Les lignes directrices soulignent que si le secret professionnel de l'avocat s'impose à ce dernier, ce n'est pas le cas de l'assujetti (lignes directrices préc., p. 10, « le secret professionnel de l'avocat », 1^{er} §, *in fine*³⁰). Le caractère justifié d'un refus de communication des documents, fondé sur le secret professionnel de l'avocat, sera évalué par le Parquet qui appréciera si cela « affecte défavorablement le niveau de coopération ». Là encore, on appréciera ceci à l'aune des droits de la défense.

Indemnisation de la victime (p. 11). L'initiative d'indemnisation des victimes, « avant même que ne soit proposée la conclusion d'une CJIP » constitue un « facteur favorable ». Si les lignes directrices encouragent une indemnisation le plus en amont possible, les victimes conservent le droit de saisir les juridictions civiles.

Montant de l'amende (p. 13). L'article 41-1-2 I, 1^o du Code de procédure pénale prévoit que « le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements »³¹.

La circulaire de la DACG du 31 janvier 2018 précise les critères retenus par le parquet pour fixer le montant de l'amende d'intérêt public, critères précisés par les lignes directrices. Pour mémoire, s'agissant des facteurs majeurs, la circulaire des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018 évoque un coefficient, appliqué aux avantages tirés des manquements constatés, qui « sera au moins égal à deux, de manière à ce qu'après l'exécution de la convention, la commission de la fraude ait, au final, coûté à l'entreprise plus cher que ce qu'elle lui a rapporté ».

Les lignes directrices exigent la prise en compte du bénéfice financier retiré par la personne morale « de l'exécution du contrat affecté par les faits de corruption » et livre une méthode d'évaluation calculée à partir du chiffre d'affaires généré par le contrat litigieux, déduction faite de certaines charges (cf. p. 12). S'agissant des avantages non comptables retirés par l'entreprise, ceux-ci doivent être appréciés (gains de parts de marché ou accroissement de la visibilité...) « même si comptablement le marché en question a été déficitaire ou faiblement bénéficiaire ».

ANTICORRUPTION – LOI SAPIN 2 – AGENCE FRANÇAISE ANTICORRUPTION
– SANCTIONS – CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC – PARQUET NATIONAL
FINANCIER – LIGNES DIRECTRICES

30. La question de la confidentialité des écrits des juristes d'entreprises prend ici toute sa saveur.

31. À titre disciplinaire, la Commission des sanctions de l'AFA dispose du pouvoir de prononcer une sanction pécuniaire d'un montant pouvant aller jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et jusqu'à 1 million d'euros pour les personnes morales (art. 17-IV de la loi Sapin 2).

Synthèse

Trois conditions nécessaires pour la mise en place d'une CJIP :

- une coopération étroite de la personne morale aux investigations judiciaires conditionnant à la fois la conclusion d'une CJIP (p. 8), mais aussi le montant de l'amende (« par application d'un coefficient de minoration »). Cette collaboration se traduit notamment par la révélation spontanée de faits « circonstanciés » dans « un délai raisonnable » ;
- une enquête interne suffisamment approfondie, permettant de mettre à jour les faits délictueux les plus significatifs ;
- une révélation spontanée des faits en temps utile.

Un élément « favorable » :

- l'indemnisation des victimes le plus en amont possible, et « avant même que ne soit proposée la conclusion d'une CJIP ».

Un obstacle de principe :

- l'existence d'une sanction préalable pour des faits « pouvant être qualifiés d'atteintes à la probité », tant par une juridiction française qu'étrangère.

LES SANCTIONS AMF ET ACPR

BILAN DE L'ANNÉE 2018/2019



CONTEXTE

Formation animée par des membres d'une équipe *Regulatory* d'une direction juridique de banque, par ailleurs enseignants en Master, qui a pour objet :

- de faire le point sur un peu plus d'une année de jurisprudence administrative et disciplinaire dans le domaine des abus de marché, de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ainsi que sur le respect des embargos et sanctions.
- Revoir les fondamentaux dans ces domaines, notamment pour ce qui touche au contrôle interne des établissements régulés (banques, entreprises d'investissement).
- De dégager les grandes tendances de supervision et de régulation dans ces domaines.

OBJECTIFS

Cette formation vise à :

- Faire le point sur la jurisprudence administrative et disciplinaire (abus de marché, LAB-FT, respect des embargos et sanctions).
- Revoir les fondamentaux, notamment pour ce qui touche au contrôle interne des établissements régulés.
- Permettre de dégager les grandes tendances de supervision et de régulation dans ces domaines.

PUBLIC

- Juristes
- Avocats
- Directions conformité
- Directions juridiques
- Services opérationnels assurant, dans ces domaines, la première ligne de défense
- Équipes KYC

PRÉREQUIS

- Pas de prérequis.

MODALITÉS DE SUIVI ET APPRÉCIATION DES RÉSULTATS

- Questionnaire préalable à la formation
- Feuille d'émargement
- Attestation délivrée à l'issue de la formation

PROGRAMME

1. DÉCISIONS ACPR

1.1 Organisation du dispositif LCB-FT

- Classification des risques
- Procédures de connaissance de la clientèle

1.2 Dispositif de surveillance LCB-FT

- Outils et traitement des alertes
- Examen renforcé

1.3 Obligation de déclaration de soupçon

- Organisation du dispositif de DS
- Sources et Délais des déclarations
- Déclarations complémentaires

1.4 Obligation de gel des avoirs

- Mise en place d'un outil de détection adéquat
- Champ d'application des mesures de gel

2. DÉCISIONS AMF

2.1 La procédure

- La compétence
- Les principes de légalité et de nécessité des délits et des peines
- La légalité des dispositions fondant les manquements (rétroactivité des lois plus douces, etc.)

2.2 La notion d'information privilégiée

- Les principes généraux
- Une information précise, non publique et susceptible d'avoir une influence sensible sur le cours

2.3 Les opérations d'initiés et la manipulation de cours (Abus de marché)

- Opérations d'initié
- Manipulation de cours

2.4 Les prestataires de services d'investissement, les autres prestataires et les produits d'épargne collective

- Les prestataires de services d'investissement (agrément, règles organisationnelles, règles de bonne conduite)
- Les autres prestataires (CIF, IBD, etc.)

MARDI 22 OCTOBRE 2019

Formation d'une journée

DURÉE : 7h 8h30-16h30

MODALITÉS PÉDAGOGIQUES

- Présentiel
- Formation interactive et pratique : présentation théorique et cas pratiques, QCM
- Remise des supports de formation

Nombre de participants limité à 15

LIEU : 18, rue La Fayette 75009 Paris

TARIF : 1 040 € HT

INSCRIPTION sur rb-formation.fr

CONTACT

Caroline Breton :
formation@revue-banque.fr
 Tél. : 01 48 00 54 04

FORMATEURS

Bertrand Brehier est, depuis 2007, responsable adjoint du département « Réglementation bancaire et financière » de la Société Générale.



Avec la participation de :

Alexandre Leduc occupe le poste de juriste financier, en charge des problématiques de sécurité financière, au sein de la Direction Juridique Groupe de Société Générale.



Florent Vincent est juriste financier au sein de la Direction Juridique Groupe de Société Générale dans le pôle *Regulatory*.

