

La loi Sapin II

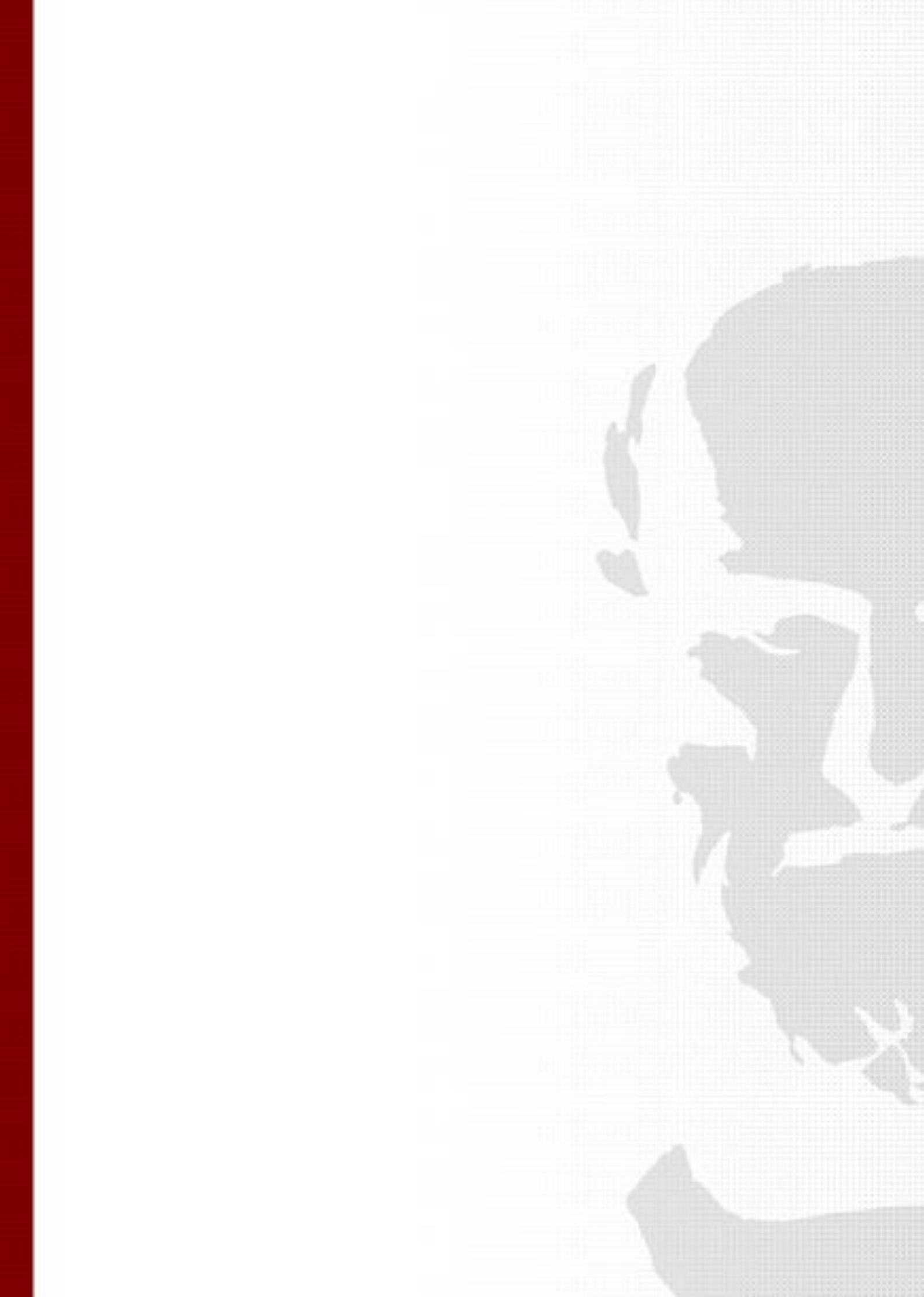
Prolégomènes d'une
justice négociée





La loi Sapin II

Prolégomènes d'une justice négociée



Les Cahiers Lysias

sont heureux de vous présenter
leur nouveau numéro

En partenariat avec



ONT PARTICIPE A CE NUMERO :

Jean-Pierre Mignard

Docteur en droit pénal de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne
Avocat au Barreau de Paris
Lysias Partners
Maître de Conférences à Sciences Po Paris¹

Sébastien Denaja

Docteur en droit public
Rapporteur à l'Assemblée Nationale de la Loi Sapin II en 2016
Maître de Conférences à l'université Toulouse 1 Capitole
Membre de l'Institut Maurice Hauriou

Francesco Martucci

Professeur agrégé en droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas
Consultant du cabinet Lysias Partners en droit public, droit de l'Union Européenne
et finances publiques

Alexis Madelain

Avocat au Barreau de Paris
Diplômé de Sciences Po Paris
Lysias Partners

Sophia Allouache

Avocat au Barreau de Paris
Diplômée de Sciences Po Paris
Diplômée de l'université Paris II Panthéon-Assas
Lysias Partners

Yves Lemoine

Magistrat honoraire
Historien²

¹ Auteur de *L'Empire des données : Essai sur la société, les algorithmes et la loi*, écrit avec Adrien Basdevant, paru en 2018 ; *Robert F. Kennedy, La foi démocratique*, écrit avec Hugo Roussel, Stock, paru en 2016

² Auteur de *Le défi d'Antigone : Promenade parmi des figures du droit naturel*, écrit avec Jean-Pierre Mignard, Broché, paru en 2013 ; *Fernand Braudel, espaces et temps de l'historien*, Broché, paru en 2006

SOMMAIRE | TABLE OF CONTENTS

I. Convention judiciaire d'intérêt public : l'indispensable confiance Judicial convention of public interest: essential trust	p.11 p.15
<i>Jean-Pierre Mignard et Sophia Allouache</i>	
II. Audition du procureur de la République financier, Extraits choisis Interview of the state financial prosecutor, Selected excerpts	p.19 p.21
<i>Lysias Partners</i>	
III. La justice négociée Negotiated justice	p.23 p.30
<i>Alexis Madelain et Sophia Allouache</i>	
IV. Le Parquet National Financier, Infographie The financial prosecution office, Infography	p.36 p.37
<i>Lysias Partners</i>	
V. Entretien avec M. Sébastien Denaja, Rapporteur de la loi Interview of Mr. Sébastien Denaja, Rapporteur of the Sapin II Law	p.38 p.45
<i>Lysias Partners</i>	
VI. Brève chronologie des reformes pour la transparence et la moralisation de la vie économique	p.51
<i>Lysias Partners</i>	

VII. La mise en place d'un dispositif spécifique de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur bancaire et financier	p.52
The implementation of a specific protection for whistleblowers in the financial and banking sector	p.55
<i>Francesco Martucci</i>	
VIII. La lutte de l'OCDE contre la fraude fiscale en chiffres	p.55
<i>Lysias Partners</i>	
IX. La lutte contre la corruption en chiffres	p.60
<i>Lysias Partners</i>	
X. La nouvelle agence française anticorruption, Tableau comparatif	p.63
The new French anticorruption agency, Comparative table	p.66
<i>Lysias Partners</i>	
XI. Immunité d'exécution des Etats	p.69
Jurisdictional immunity of states and their property	p.72
<i>Alexis Madelain</i>	
XII. De Symmaque a Montesquieu, la tradition de la vertu bafouée	p.75
<i>Yves Lemoine</i>	

Convention Judiciaire d'Intérêt Public : l'indispensable confiance

Jean-Pierre Mignard

Docteur en droit pénal de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Avocat au Barreau de Paris

Lysias Partners

Maître de Conférences à Sciences Po Paris

Sophia Allouache

Avocat au Barreau de Paris

Diplômée de Sciences Po Paris

Diplômée de l'université Paris II Panthéon-Assas

Lysias Partners

Désormais, par le mécanisme de la Convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») créé par la loi Sapin II, la législation française autorise le Parquet National Financier³ (*id est* les procureurs) à transiger avec des personnes morales dans le cadre d'infractions économiques limitativement énumérées (L'article 22 de la loi Sapin II, créant un article 41-1-2 dans le Code de procédure pénale, dispose que « *le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième*

alinéa de l'article 434-9-1 du code pénal, pour le blanchiment des infractions prévues aux articles 1741 et 1743 du code général des impôts, ainsi que pour des infractions connexes, à l'exclusion de celles prévues aux mêmes articles 1741 et 1743, de conclure une convention judiciaire d'intérêt public ». Ces infractions visent des atteintes à la probité comme la corruption active et passive, le trafic d'influence, ainsi que le blanchiment de fraude fiscale, à l'exclusion du délit de fraude fiscale).

D'inspiration anglo-saxonne⁴, la CJIP instaure une procédure de justice négociée, ce qui révolutionne le mécanisme des sanctions et des peines.

Il ouvre la porte à des discussions multiples, et sans doute légitimes, sur la nouvelle philosophie pénale induite par cette procédure.

³ Le Parquet est composé magistrats, communément désigné par l'expression « *magistrats du Parquet* », exerçant les fonctions du Ministère public sous l'autorité du procureur de la République. Le Ministère public représente l'Etat. Son rôle est d'inviter les magistrats du siège à juger conformément à la politique criminelle du gouvernement et selon des raisons de droit ou de fait qu'il formule librement. Le Parquet National Financier est une section du Parquet spécialisée dans la délinquance économique et financière. Elle est dirigée par le procureur de la République financier

⁴ Dans l'esprit du *Foreign Corrupt Practices Act* américain ainsi que du *Bribery Act* britannique. Pour une analyse de l'influence anglo-saxonne, Cf. « *La justice négociée* » de ce numéro

Notre propos n'est pas là. Nous aborderons les conditions de la validité de la CJIP. Elle repose sur la confiance mutuelle que doivent s'accorder ses protagonistes, c'est-à-dire les membres du Parquet national financier, les procureurs, d'une part, et la personne morale: entreprises, établissements bancaires, etc., d'autre part. Les personnes morales mises en cause pourront s'exprimer par leurs avocats, même si le texte n'en fait pas une obligation.

On devine que c'est bien la question de la confiance, et sa traduction dans la confidentialité des échanges, qui régira l'efficacité du mode transactionnel lui-même.

1. La CJIP Parquet : une confidentialité absolue

Aux termes de la loi Sapin II, « *tant que l'action publique n'a pas été mise en mouvement, le procureur de la République peut proposer à une personne morale mise en cause pour un ou plusieurs délits* », notamment pour des faits de corruption ou de trafic d'influence, « *de conclure une convention judiciaire d'intérêt publique* » (Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code de procédure pénale).

Cette rédaction laisse ouverte la possibilité de l'assistance d'un avocat ou d'une proposition directement faite à l'entreprise. Dans la majeure partie des cas, voire tous les cas, la mise en œuvre de la CJIP aura été précédée d'échanges entre les avocats et le Parquet.

Le Parquet est immédiatement mis en position de confesseur des péchés qui propose une absolution avant même qu'ait été établie la preuve des infractions suspectées.

En cas de succès de la CJIP, la personne morale versera une amende au Trésor

public, et d'autre part devra s'acquitter de certaines obligations sous le contrôle de la nouvelle Agence Française Anticorruption⁵. En contrepartie le procès pénal sera évité, et la condamnation qui va avec...

Tout n'est cependant pas si irénique.

Les dirigeants sociaux ne voient pas leur responsabilité exonérée de plein droit. Cette loi vise en effet à distinguer personnes physiques et personnes morales, les secondes étant mises à l'abri de l'opprobre public, de la condamnation pénale, ceci afin de sauvegarder leur réputation vis-à-vis de leurs clients, fournisseurs, marchés ou agences de notation.

C'est l'objectif affiché de la loi, et on peut le résumer ainsi : sanctionner les mauvaises pratiques des dirigeants tout en sauvegardant le crédit moral de l'entreprise.

L'entreprise devra donc en quelque sorte arbitrer entre ceux de ses dirigeants qui devront supporter la responsabilité de l'infraction. En ceci elle sera aidée par l'enquête préliminaire, laquelle aura distingué la responsabilité pénale personnelle des dirigeants, retenue, de la responsabilité de la personne morale, écartée.

Cela n'ira pas sans débats quelques fois difficiles au sein des entreprises car un ou des dirigeants devront accepter leur sacrifice au stade de l'enquête préliminaire. Comme pour l'Iphigénie de l'Iliade, ce sera la condition pour que le vent se lève.

En cas d'échec de la « CJIP Parquet », les documents transmis durant la négociation resteront confidentiels et ne pourront en

⁵ L'Agence Française Anticorruption contrôlera la mise en place d'un programme de conformité qui pourra comprendre l'élaboration d'un code de conduite, d'un dispositif d'information du personnel ou encore la création d'un dispositif d'alerte interne

aucun cas être transmis à la juridiction d'instruction ou de jugement.

Aucune garantie formelle n'est toutefois énoncée à ce propos par la loi. Lors de l'ouverture d'une CJIP, le procureur de la République devra donc nécessairement se rappeler l'interdiction qui pèse sur lui, de diffuser les éléments échangés lors de la négociation. Que deviendront les pièces transmises par la personne morale au procureur ? Il faudra s'assurer que les pièces lui seront restituées et les photocopies interdites. L'usage devra combler le vide la loi.

Ce n'est pas le cas au Royaume-Uni, où le procureur conserve les éléments qui lui ont été spontanément transmis et pourra en faire usage.

Une marge de négociation plus sereine devrait caractériser la procédure française dès lors que l'on ne risquerait pas de s'auto-accuser en cas d'échec de la CJIP.

2. La CJIP Instruction : une confidentialité relative

Dans le cadre d'une information judiciaire, – c'est-à-dire après la désignation d'un juge d'instruction – et si la personne morale mise en examen reconnaît les faits et la qualification pénale, le magistrat instructeur pourra, sur ordonnance, transmettre le dossier au Procureur, afin que celui-ci entame une négociation (« CJIP instruction »). Le procureur a trois mois pour réussir la négociation, sans quoi l'information judiciaire reprend à l'égard de tous.

Si l'information judiciaire est suspendue pour la personne morale, durant le temps de la négociation, elle peut se poursuivre à l'égard des autres parties personne physiques, témoins assistés ou mis en examen.

Dans le cadre d'une « CJIP instruction » en cas d'échec de la négociation⁶, la loi ne prévoit aucun principe de confidentialité des déclarations ni des documents ou pièces transmises lors de la négociation.

Là encore, il faudra compter sur la déontologie du procureur de la République, afin qu'il s'impose la même obligation lors d'une CJIP instruction comme d'une CJIP Parquet. Le parallélisme des formes est ici déterminant. Ce point est important et en l'état du texte mérite d'être éclairci rapidement.

Le juge d'instruction sera nécessairement informé de son issue puisqu'au stade de l'information judiciaire, le magistrat instructeur et le Parquet sont associés à l'initiation d'une CJIP. Mais l'un et l'autre doivent taire les circonstances et raisons de l'échec.

La juridiction de jugement même si elle ne sera pas ignorante d'une tentative de CJIP (comment le taire ou du moins ne pas le laisser deviner ?) devra nécessairement ignorer les modalités de l'échec ou disposer des documents, pièces ou informations échangés, à l'initiative de la personne morale, susceptibles de nuire à sa défense.

3. L'indépendance du Parquet, une des clefs de la confiance

A cet égard, la CJIP pose une nouvelle fois la question de l'indépendance du Parquet vis-à-vis de l'exécutif. Cette question actuellement à l'étude, devrait faire l'objet d'une proposition de réforme constitutionnelle. Une telle réforme, plébiscitée par beaucoup et depuis fort

⁶ Dans l'hypothèse où celle-ci n'a pas abouti dans les trois mois, si la personne morale s'est rétractée ou si le président du Tribunal ne l'a pas validée

longtemps⁷, pourrait impacter la confidentialité de la CJIP et renforcer la confiance des protagonistes dans cette procédure.

C'est d'ailleurs pour laisser une plus grande marge de manœuvre au PNF que les députés ont pris soin, en deuxième lecture, d'étendre leur champ de compétence au blanchiment de fraude fiscale. Elle était déjà de la compétence du tribunal correctionnel. La symétrie de la compétence s'avère logique lors d'une CJIP. Cette infraction, rappelons-le, échappe au « *verrou de Bercy* », critiqué encore récemment par le procureur de la République financier, et elle avait fait l'objet d'intenses débats lors de la session de l'assemblée nationale issue des urnes en juin 2017.

Néanmoins le degré de coopération entre le PNF et l'administration fiscale méritera là aussi d'être ausculté. Inévitable, notamment pour des raisons pratiques, il ne saurait se traduire par une hégémonie de l'administration fiscale sur le PNF ce qui pourrait être induit par la possession des outils de calcul du montant de l'infraction suspectée.

Cette entrée de plein pied de la procédure française dans la justice négociée repose donc sur un maître mot, la confiance, et sur une éthique des relations entre avocats et magistrats.

Le Premier président de la Cour de cassation, Guy Canivet, décrivait parfaitement l'édifice chancelant du secret sur lequel repose la justice : « *le secret professionnel repose aussi sur des bases communes. Il n'est prescrit ni pour la protection des usagers ni pour la protection de ses dépositaires mais dans l'intérêt général. On se confie à un avocat, on ne*

communique des éléments à un juge que parce que l'on est assuré qu'il ne peut par quiconque et à l'égard de quiconque en être déchargé. Le secret est nécessaire au fonctionnement de l'institution. Il y aurait même un secret partagé qu'on appelait autrefois la « foi du palais », une règle qui maintenait entre tous, dans un espace confidentiel, ce que l'on apprenait, hors procédure, par hasard ou inadvertance. Ce rapport de confiance existe-t-il encore ? Y a-t-il encore une « foi du palais » ? »⁸.

La CJIP est une procédure nouvelle-née. On fonde sur elle de grands espoirs mais elle est fragile. Elle ne grandira que si ces utilisateurs sont aussi ses curateurs. Elle ne résisterait pas à la négligence ou à la déloyauté.

La confiance ne se décrète pas, elle se mérite et se vérifie dans le temps. Mais on peut retenir ici l'opinion avisée du Cardinal de Retz selon lequel « *on est plus souvent dupé par la défiance que par la confiance* »⁹.

Alors, entrons de plein pied dans la justice négociée.

⁷ Les présidents français, Giscard d'Estaing, Hollande et Macron se sont successivement déclarés favorables sur le principe avec des solutions institutionnelles diverses

⁸ Rentrée de l'Ecole de formation du Barreau de Paris, Cour de cassation, *Discours, tribunes et entretiens*, 3 janvier 2007

⁹ J.-F. Paul de Gondy, Cardinal de Retz, *Mémoires*, 1717

The Judicial Convention of Public Interest (CJIP): essential trust

Jean-Pierre Mignard

*Doctor in Criminal Law, Paris I Panthéon-Sorbonne University
Lawyer at the Paris Bar
Founder of the law firm Lysias Partners
Professor at Sciences Po Paris*

Sophia Allouache

*Lawyer at the Paris Bar
Graduated from Sciences Po Paris
Graduated from Paris II Panthéon University
Lysias Partners*

The new CJIP process ("Convention judiciaire d'intérêt public", literally "judicial convention of public interest") introduced by the Sapin II law allows French prosecution authorities¹⁰ to conclude deferred or non-prosecution agreements with companies in select matters of financial crimes.

Drawn from common law tradition¹¹, the CJIP mechanism establishes a process of negotiated justice set to revolutionise traditional concepts of criminal justice. The philosophy behind this new type of criminal

proceedings is likely to raise multiple and often legitimate questions.

The aim of this paper however, is to explore the requirements of a valid CJIP. The process is based on mutual trust between all involved parties *i.e.* prosecution authorities and the company subject to the proceedings (businesses, banks etc.). Implicated entities will have the opportunity to express themselves through their counsel (although there is no legal obligation for representation).

It can be assumed that the process' successful outcome overwhelmingly relies on trust and its impact on confidentiality, which will overall influence the efficiency of the transactional process.

1. The "CJIP Parquet" : absolute confidentiality

The Sapin II law provides that until prosecution effectively begins, the prosecutor may give a company suspected

¹⁰ State prosecution in France is composed of prosecutors named « *magistrats du Parquet* », acting under the authority of the public prosecutor also known as « *procureur de la République* ». The prosecution authorities represent the state. Their role is to persuade judges to rule in accordance with the government's policy and according to the law. French prosecution authorities have a section dedicated to economic and financial crime called the financial prosecution office headed by the financial prosecutor of the Republic. Eliane Houlette currently holds this office

¹¹ In the spirit of the *Foreign Corrupt Practices Act* in the United States and of the *UK Bribery Act*

of an offence (particularly corruption or trading in influence) the opportunity to enter a CJIP agreement. The law's wording leaves open the possibility of attorney representation and the possibility of an offer made directly to the company. In most, if not all cases, the CJIP process is preceded by a discussion between the prosecution and defense attorneys.

In this process, prosecution authorities act as a kind of confessor offering absolution before any offence is proven.

If the process succeeds, the company will pay a fine while agreeing to implement measures of compliance under the supervision of the new French anticorruption agency. In return, the company avoids trial and sentencing.

The process is not as conciliatory and peaceful as it may seem. Company directors' personal liability remains. The law aims to distinguish individuals from the firms, providing the latter with protection from a criminal conviction and the associated public stigma. A company's reputation among suppliers, clients, financial markets or rating agencies will be preserved, in spite of the uncertainty surrounding its conduct.

The defendant company will have to make a choice regarding its directors' liability. The preliminary investigation conducted by the prosecution will help the firm distinguish the personal liability of a company director from the company's general liability, which the new law aims to protect.

This is likely to generate tensions within the organization, where one of the directors may be compelled to take the fall during the preliminary investigation. Such is the price of a brighter future for the company's business.

If the process initiated by the prosecution (known as "CJIP parquet") fails, documents which are exchanged during negotiation

remain confidential and cannot legally be shown to the investigating judge or trial court.

It should be noted that the law does not provide formal guarantees for this protection. When the CJIP process is initiated, the prosecution will need to remind the defendant it is bound by confidentiality during negotiations. The defendant will need to ensure all documents are returned and that no copies are made.

This is not the case in the UK where the prosecution keeps the documents willfully given by the defendant and can use them in the future.

The French process should provide an atmosphere of serenity when negotiating with the prosecution because of the diminished risk of self-incrimination.

2. The "CJIP Instruction" : relative trust

During a judicial inquiry¹² *i.e.* once an investigating magistrate has been designated, provided the firm acknowledges the truthful nature of the allegations brought against it, the judge may rule to transfer the case to the prosecution authorities to begin negotiations (known as "CJIP instruction"). The prosecution must successfully negotiate within three months before the case is returned to the investigating magistrate.

The judicial inquiry is then suspended with regards to the company. The inquiry can run its course with regard to individual defendants and witnesses.

If the process initiated by the investigating magistrate fails ("CJIP instruction") and no deal is reached with the prosecution,

¹² The judicial inquiry is the optional period during which an investigating judge continues the prosecution authorities' initial inquiry

documents and statements from the proceedings are not protected by confidentiality. One must rely on the prosecution abiding by the same confidentiality rules as in a "CJIP Parquet", in the name of prosecutorial ethics.

The investigating magistrate shall in any case be informed of the CJIP's outcome because he was involved in initiating the process along with the prosecution. Yet neither may reveal the circumstances and the reasons of the process' failure. This apparent lack of confidentiality needs to be urgently clarified in practice.

While the trial court may be aware of past CJIP proceedings, it shall not know the reasons why they failed nor have access to any evidence, given by the defendant during the CJIP process, which may negatively impact its defense.

3. Prosecutorial independence is key to trust

In this respect, the CJIP process raises once again the issue of the institutional independence of prosecution authorities. A draft constitutional reform should address this problem in the near future.

Such a reform is largely approved¹³ and has been in the works for quite some time. It could have an impact on the confidential nature of the CJIP whilst reinforcing mutual trust between the parties.

French law provides that the Ministry of Finance has the final say over the prosecution of tax-related offences. This allows tax authorities to negotiate with tax evaders and recover more assets. This "locking mechanism" is known as "*le verrou*

de Bercy" and is widely criticized (including by the new financial prosecutor herself) because it is perceived as removing the ability to prosecute from the judiciary.

Lawmakers drafting Sapin II were keen on strengthening prosecutorial independence and gave the new financial prosecutor the ability to handle matters related to the money laundering of tax fraud. The prosecution of this offence is not affected by the "*verrou de Bercy*". While some degree of cooperation between tax authorities and the financial prosecutor is inevitable, its level of efficiency remains to be seen.

The introduction of negotiated justice in French law clearly rests on a key concept: trust.

The Cour de cassation's presiding magistrate, Guy Canivet, perfectly described how justice rests upon a brittle edifice of confidentiality: "*professional confidentiality is based on common ground. It does not exist to protect those that use it or those that safeguard it, it exists for the purpose of public interest. One confides in his lawyer, but nobody will give information to a judge because he is bound by confidentiality. Confidentiality is essential to the institution. An informal type of confidentiality exists (known in French as "foi du palais") to protect information obtained by judges and lawyers through hearsay or by accident. Does this relationship of trust still exist?*"¹⁴.

The CJIP process is new. It has generated much enthusiasm but it is fragile. It will grow and evolve if it used by all parties in a fair and loyal way.

One cannot simply declare a relationship to be trustful: it must be deserved and verified with time. However, one must remember

¹³ French presidents Giscard d'Estaing, François Hollande and Emmanuel Macron are in favor of this reform albeit with different institutional and practical solutions

¹⁴ Inaugural speech, of the Paris Bar School, Speech, tribunes *Discours, tribunes et entretiens*, January 3rd, 2007

Cardinal of Retz's wise maxim: we are more often fooled by distrust than by trust¹⁵.

Let us therefore embrace this era of negotiated justice.



Le siège du
Parquet National
Financier, 5 Rue
des Italiens

(Credit : Creative
commons,
Wikipédia)

¹⁵ J.-F. Paul de Gondi, Cardinal de Retz,
Mémoires, 1717

Audition du Procureur de la République Financier, Madame Eliane Houlette

PAR LES DEPUTES DANS LE CADRE DE LA MISSION D'INFORMATION COMMUNE SUR
LES PROCEDURES DE POURSUITE DES INFRACTIONS FISCALES, LE 16 JANVIER 2018

EXTRAITS CHOISIS

Éliane Houlette dévoile « *les résultats pour les finances publiques de l'action du PNF et de la chaîne pénale* » : 787 millions d'euros en 2017

“ *Les résultats pour les finances publiques de l'action du PNF et de la chaîne pénale, c'est 787 millions d'euros pour l'année 2017. Ces 787 millions d'euros se déclinent en 300 millions d'euros qui est le fruit, le résultat, de la première Convention judiciaire d'intérêt public que le président du tribunal a validé dans un très important dossier de blanchiment de fraude fiscale, le reste étant les condamnations prononcées par le tribunal correctionnel qui sont des condamnations à des peines d'amende et le montant des confiscations prononcées* ».

« *Le verrou de Bercy bloque toute la chaîne pénale* », affirme Éliane Houlette aux députés

“ *Je me permets d'arriver directement au sujet qui vous préoccupe qui est celui du verrou de Bercy. [...] Le verrou pour nous bloque toute la chaîne pénale. Il empêche notamment la variété des poursuites pénales [...]. Pour nous le verrou pose des problèmes qui constituent un obstacle : un obstacle d'abord théorique, juridique, constitutionnel, républicain si je puis dire, et il est un handicap sur le plan pratique* ».

Éliane Houlette explique concrètement comment l'administration fiscale gêne le travail de la justice en matière de fraude fiscale

“ *Nous avons par exemple une plainte de l'administration fiscale pour présomption de fraude fiscale. La présomption de fraude fiscale est un cas classique : l'administration fiscale suspecte des personnes d'habiter en France alors qu'elles déclarent habiter à l'étranger et qu'elles ont un patrimoine important immobilier, des appartements, des villas sur la Côte d'Azur, une propriété en Normandie, etc. C'est ce qu'on appelle des problèmes de domiciliation. Nous avons une plainte de présomption de fraude fiscale. Nous diligentons une enquête. La plainte, le dossier a été soumis à la Commission des infractions fiscales, et le dossier il porte par exemple sur des faits qui se sont déroulés de 2010 à 2014. Nous investiguons. Les services de police investiguent. Nous découvrons au cours de nos investigations qu'en réalité, [...] cette fraude fiscale elle ne s'est pas arrêtée en 2014, elle a continué en 2015, 2016 voire en 2017. [...] Nous ne pouvons pas poursuivre, nous sommes tenus par la limite de la plainte de l'administration fiscale et nous devons repartir, saisir l'administration fiscale qui va saisir la commission. C'est un*

véritable handicap. [...] Comme nous sommes tenus par la plainte, nous ne pouvons pas aller au-delà. Donc cela entrave complètement notre liberté d'action ».

Pour Éliane Houlette, le ministère public n'est saisi que d'une « *petite partie* » des dossiers, celle « *dont Bercy souhaite nous saisir* »

“ *En réalité, le ministère public, le procureur de la République, les procureurs de la République, ne sont saisis que d'une petite partie du spectre de la fraude fiscale [...]. L'action publique, la direction de l'action publique, est l'ADN, je dirais, de tout procureur, c'est une action publique qui n'est pas libre. Vous savez que le conseil constitutionnel, dans la décision du 22 juillet 2016, [...] sur QPC, à propos d'une question de fraude fiscale, a dit, a reconnu très très clairement, [...], pour la première fois, il a exprimé clairement, que la liberté de l'action publique était indissociable, découlait directement du principe de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance de l'autorité judiciaire, [...] c'est donc un principe à valeur constitutionnelle. Or, cette liberté de l'action publique finalement est très très mise à mal par le verrou puisque nous ne sommes saisis que de la partie de l'action publique dont Bercy décide de nous saisir. Il y a toute une phase, la phase administrative, qui nous échappe totalement, et notamment la sélection et le choix des dossiers qui doivent faire l'objet de poursuites en matière de fraude fiscale ».*

Selon Eliane Houlette, le verrou de Bercy est « *une atteinte à l'égalité devant la loi* »

“ *Il y a une grande partie des fraudeurs qui finalement fait l'objet d'un autre traitement, dont on ne peut pas apprécier la gravité du comportement et, [...] ce comportement n'est pas soumis à l'autorité judiciaire. J'y vois quand même une atteinte à l'égalité devant la loi et devant les charges publiques. En réalité, cela revient à dire que, actuellement, c'est l'administration fiscale qui décide par elle-même ce qu'elle doit transmettre à l'autorité judiciaire et, pour elle-même puisque ce qu'elle fait valoir toujours c'est sa logique budgétaire et comptable, en disant nous pouvons peut être faire revenir nous de l'argent plus rapidement dans les caisses de l'Etat. Je n'en suis pas persuadée. Les chiffres que je viens de vous dévoiler prouvent que cela est très discutable ».*

Enfin, Eliane Houlette s'interroge de manière plus globale sur les principes qui sous-tendent l'action du Parquet National Financier

“ *Finalement, et je vous parle non plus en tant que procureur de la République mais un peu en tant que citoyen, est-ce qu'il y a un intérêt financier qui est au-dessus des principes républicains ?* ».

Interview of Mrs. Eliane Houlette, *procureur de la République financier* (state financial prosecutor)

BY MEMBERS OF THE NATIONAL ASSEMBLY TAKING PART IN THE PARLIAMENTARY INFORMATION COMMITTEE ON PROSECUTING TAX OFFENCES

SELECTED EXCERPTS

Eliane Houlette revealed that the PNF's action helped bring in 787 million euros for public finances in 2017.

“ *The financial prosecution office's activity brought in an extra 787 million euros for state coffers in 2017. 300 million euros were recovered following the first ever CJIP approved by a judge in a matter of serious tax fraud. The remaining amount comes from sentencing by the corrections court (fines and seized assets).* ”

Eliane Houlette criticised the « *locking mechanism* » by which the Ministry of Finance has the final say over the prosecution of tax-related offences (known in French as « *le verrou de Bercy* »¹⁶).

Mrs Houlette claims that this mechanism is an obstacle of a theoretical, legal, constitutional and practical nature.

Mrs Houlette goes into further detail describing how the French tax administration hinders the work of judicial authorities in matters of tax fraud.

“ *Take for example a complaint filed by the tax administration on presumption of tax fraud. Presumption of tax fraud is a classic case: the tax service suspects an individual of actually living France while claiming he or she is based abroad, all while owning significant real estate assets in France (apartments and properties on the Côte d'Azur). This is what we call a residency issue. A complaint is filed on presumption of tax fraud. We launch an inquiry. The formal complaint and the case file are submitted to the "Commission des infractions fiscales" (the "tax offences commission") and the fraud appears to have taken place from 2010 to 2014. We investigate along with the police. It turns out we discover during the inquiry that these fraudulent practices did not end in 2014 but continued through 2015, 2016 and even perhaps 2017. We cannot act on the full extent of the offence because we are bound by the scope of the formal complaint. To investigate further we must refer the case to the tax service which will then refer it to the commission all over again. It is a real impediment to our action. Because we are bound by the initial scope of the complaint, we cannot go any further, and we lose our ability to act.* ”

¹⁶ “*Verrou*” is the French word for “*lock*”

According to Eliane Houlette, only an intentionally small volume of cases is referred to prosecution authorities by the tax administration.

“ In reality, only a small number of tax fraud cases are referred to prosecution authorities. The opportunity to prosecute is the essence of the work of prosecution authorities, and they are not free to prosecute. You are well aware that the Conseil constitutionnel ruled on 22 July 2016 that the freedom to prosecute arises directly from the separation of powers and independence of the judiciary – it is therefore a principle worthy of the Constitution. The “locking mechanism” seriously restrains the prosecution’s ability to freely prosecute because we always depend on what scope chosen for the investigation by the tax administration. There is a whole administrative phase we are not a part of, during which cases are selected for prosecution.”

Eliane Houlette believes the « locking mechanism » violates equality under law.

“ An important share of people who commit tax fraud is never confronted to judicial authorities and neither is the serious nature of their offences brought to light. I feel this constitutes a breach of equality under law and of each citizen’s duty to contribute to the state budget. In reality, the tax service picks which cases it refers to judicial authorities, on the basis of budgetary considerations, claiming better and quicker revenue recovery for public finances. I am not convinced by this. The numbers I have just shown you clearly prove that this is very disputable”.

Eliane Houlette questions the general premise of the PNF’s action.

“ I ask you, no longer as a prosecutor but an ordinary citizen; is there a superior financial interest which supersedes the republican order?”



Madame le Procureur de la République financier, Eliane Houlette, lors de son audition par les Députés, le 16 janvier 2018.
Cette audition a été retransmise sur la chaîne LCP.

Ms. Eliane Houlette interviewed by members of the National assembly on January 16th, 2018.
The interview has been broadcasted by LCP.

La justice négociée

Alexis Madelain

*Avocat au Barreau de Paris
Diplômé de Sciences Po Paris
Lysias Partners*

Sophia Allouache

*Avocat au Barreau de Paris
Diplômée de Sciences Po Paris
Diplômée de l'université Paris II Panthéon-Assas
Lysias Partners*

« *After an era of confrontation, the time has come for an era of negotiation* »¹⁷. Prononcée dans un contexte de Guerre Froide, cette phrase pourrait également décrire l'évolution que connaissent de nombreux systèmes judiciaires depuis quelques années. En effet, la justice négociée concurrence désormais la justice de confrontation traditionnelle.

Les Etats Unis font figure de porte-drapeau en la matière. La fin des années 90 voit apparaître les premiers accords transactionnels en droit pénal des affaires. Désormais, l'accord de poursuites différées ou *Deferred prosecution agreement* (« DPA ») constitue avec l'accord de non-poursuite ou *Non-prosecution agreement* (« NPA »), l'une des principales mesures alternatives aux poursuites permettant d'éviter un procès et par conséquent une condamnation pénale.

Le DPA se définit comme un accord conclu avec les autorités américaines par lequel une société, qui fait l'objet d'une enquête pour certains faits de délinquance économique, accepte de reconnaître les faits, de s'acquitter de sanctions financières et de se soumettre à des mesures de prévention, en contrepartie de l'extinction des poursuites à son encontre¹⁸. S'inspirant du modèle américain, le Royaume Uni a introduit le DPA dans sa législation avec le *Crime and Courts Act* de 2013¹⁹.

De même, le Parquet National Financier ainsi que les acteurs de la vie économique ont constaté depuis plusieurs années la nécessité pour la France de se doter d'un outil similaire.

La loi Sapin II répond à ces sollicitations en créant, fin 2016, la convention judiciaire d'intérêt public. A cet égard, il est intéressant d'évaluer l'influence du *Deferred prosecution agreement* américain sur l'élaboration de la nouvelle convention judiciaire d'intérêt public.

¹⁷ R. Nixon, *Discours d'investiture du candidat Républicain à l'élection présidentielle américaine*, Convention National Républicaine, Miami, 8 août 1968

¹⁸ A la différence du DPA, le NPA est une transaction préalable à toute mise en mouvement de l'action publique et n'implique donc pas de poursuites contre l'entreprise, même si le procureur conserve la possibilité de les initier pendant toute la phase de négociation

¹⁹ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; Site internet du *Serious Fraud Office*, « Deferred Prosecution Agreements »

1. La négociation, un instrument au service de la répression pénale ?

D'abord à l'origine d'une réflexion sur le principe d'une justice négociée en droit pénal des affaires, le DPA américain a ensuite largement influencé la procédure élaborée par le législateur français.

A. La Convention judiciaire d'intérêt public : un dispositif plébiscité et nécessaire juridiquement

En premier lieu, ce dispositif transactionnel a été plébiscité pour son efficacité aussi bien par les autorités de poursuite et les citoyens que par les entreprises. La justice négociée permet en effet d'accroître la répression des faits de délinquance économique et, corrélativement, de réduire considérablement le sentiment d'impunité liée à ces infractions. En outre, pour les entreprises internationales, ce dispositif a l'avantage d'éviter une procédure longue et coûteuse, tout en minimisant l'incertitude et le risque inhérents à tout procès²⁰.

En second lieu, l'élaboration d'un mécanisme similaire au DPA était nécessaire pour des raisons juridiques et politiques. En effet, à l'heure de la mondialisation des échanges, les Etats ont de plus en plus recours à l'extraterritorialité afin de régir les rapports de droit situés en dehors de leur territoire²¹. Le lien justifiant l'application du droit d'un Etat est laissé à sa discrétion et peut se révéler ténu.

A titre illustratif, l'utilisation du système bancaire américain ou de la cotation aux États-Unis peut suffire à déclencher les poursuites américaines et, potentiellement, l'ouverture d'une procédure de DPA. Or, dans l'hypothèse d'une procédure pénale ouverte en France pour les mêmes faits, les accords transactionnels conclus entre les autorités américaines et les multinationales pouvaient avoir deux conséquences principales.

D'une part, un tel accord est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense. Le rappel des faits ou *statement of facts* contenu dans l'accord est rédigé unilatéralement par le *prosecutor* américain et l'accord interdit généralement à la société de contester ces faits, sous peine de rupture du pacte. Or, un tel énoncé des faits peut être interprété comme un aveu par le juge français. Dès lors, l'entreprise est en partie privée de son droit de se défendre, ce qui contrevient aux principes du procès équitable et du contradictoire.

D'autre part enfin, l'essor de l'extraterritorialité conduit à s'interroger sur l'application du principe *non bis in idem*. En effet, lorsque plusieurs Etats s'estiment compétents pour poursuivre une entreprise pour les mêmes faits, l'un des principaux enjeux de l'extraterritorialité est de déterminer lequel va finalement disposer du droit de poursuivre, voire même comment ce droit pourrait être scindé entre différents états qui se saisiraient de ces éléments²².

²⁰ Si le DPA est né de la pratique, ses origines philosophiques et politiques remontent au *Speedy Trial Act* de 1974 qui avait pour objectif de maximiser le temps dévolu aux procédures pénales et par conséquent d'obtenir des condamnations plus rapidement. Cette logique d'efficacité de même que la réduction des risques associés à toute procédure judiciaire se retrouvent dans les dispositifs de justice négociée et expliquent qu'ils soient de plus en plus plébiscités par les parties prenantes

²¹ J. Salomon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 491 : L'extraterritorialité est définie par J. Salomon comme une « *situation dans laquelle les compétences d'un État (législatives, exécutives ou juridictionnelles) régissent des rapports de droit situés en dehors du territoire dudit État* » ; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 28, 9 juillet 2015

²² B. Stern, « L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... » ; *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992. p. 239 ; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 28, 9 juillet 2015 ; A. Mignon Colombet, « Vers une reconnaissance internationale du principe non bis in idem », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 36, 3 septembre 2015

Or, dans la mesure où le DPA ne se matérialise pas par un jugement mais par un simple accord, des procédures transactionnelles et juridictionnelles pourraient conduire à une double condamnation de fait, en violation du principe *non bis in idem*.

Ces éléments ont longtemps placé les multinationales dans une situation de grande insécurité juridique. L'inflation des lois à portée extraterritoriale a renouvelé la question d'une meilleure régulation des poursuites transnationales et, a donné un nouvel élan à la justice négociée.

Ainsi, l'instauration d'un tel mécanisme en France devait permettre de prendre en considération les accords conclus par les multinationales avec les Etats Unis, voire même offrir une place à la table des négociations au Parquet National Financier dans les affaires multi-juridictionnelles. C'est dans ce contexte que la loi Sapin II a créé la nouvelle Convention judiciaire d'intérêt public en s'inspirant largement de la procédure américaine.

B. Une procédure à la discrétion des autorités de poursuite ?

Le DPA est né de la pratique des autorités de poursuite. Il confère donc au procureur le pouvoir d'ouvrir des négociations avec les entreprises soupçonnées de délinquance économique (corruption, fraude, escroquerie) ou de pratiques commerciales illicites. Des critères permettant de déterminer la pertinence du recours au DPA sont toutefois listés sur le site internet du *Department of Justice* (DoJ) afin d'aiguiller les autorités de poursuite²³.

Dès la signature du DPA, le procureur engage des poursuites auprès du tribunal compétent et, celles-ci sont immédiatement suspendues. Parallèlement, l'accord transactionnel est annoncé par un communiqué de presse publié sur le site internet du DoJ. S'ouvre alors une période probatoire d'une durée d'un à quatre ans, pendant laquelle la société doit respecter les obligations qu'elle a contractées et notamment s'acquitter d'une amende financière.

Au terme de cette période probatoire, le procureur présente auprès du même tribunal une motion d'abandon des poursuites ou *motion of dismissal*. Le Tribunal homologue ce document et l'action publique est alors définitivement éteinte. Cette procédure appelle deux remarques.

En premier lieu, le DPA américain offre des pouvoirs discrétionnaires au procureur : celui-ci dispose du pouvoir d'initiative de la négociation, il rédige seul les faits, il peut lever la période probatoire et reprendre les poursuites à tout moment s'il juge que l'entreprise ne satisfait pas aux obligations convenues... Il convient de noter que ces larges pouvoirs sont également l'apanage des autorités de poursuite britanniques et françaises. En effet, elles disposent, comme les autorités américaines, du pouvoir d'initiative de la négociation ainsi que du pouvoir de reprendre les poursuites judiciaires à tout moment.

En second lieu, le juge américain est un simple juge homologateur : il est soumis pendant toute la période probatoire aux choix du procureur et une fois le processus achevé il entérine simplement l'accord.

A la différence du mécanisme américain, le DPA britannique se caractérise par une implication significative du juge à toutes les étapes du processus transactionnel²⁴.

Conformément à l'annexe 17 du *Crime and Courts Act* de 2013, il incombe au procureur britannique, après le début des négociations et avant que les termes du DPA ne soient acceptés

²³ United States Department of Justice Publication, *Offices of the United States Attorneys*, « 9-28.000, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations »

²⁴ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; Site internet du *Serious Fraud Office*, « Deferred Prosecution Agreements »

par les deux parties, de s'assurer auprès du juge compétent que ledit DPA est conclu « *in the interests of justice* » et que ses termes sont « *fair, reasonable and proportionate* »²⁵.

Cette intervention précoce permet au juge d'exprimer toute objection suffisamment tôt pour que les parties puissent les prendre en compte lors de la poursuite des négociations. Une fois les termes du DPA arrêtés par les parties, l'accord doit de nouveau être soumis au juge pour approbation lors d'une audience publique. Enfin, si le juge constate une violation des termes du DPA, il en prononce la caducité.

A la lecture de la loi Sapin II, il semble que le législateur français ait privilégié la vision britannique : le juge doit opérer à un contrôle substantiel de l'accord²⁶.

Le président du tribunal procède ainsi à l'audition publique de la personne morale mise en cause et, à l'issue de cette audition, il décide de valider ou non la proposition de convention. Lors de son délibéré, le magistrat vérifie : le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements²⁷.

Il ressort donc des termes de la loi Sapin II que le mécanisme de validation de la CJIP donne la possibilité au juge de rejeter une transaction qui aurait pourtant été acceptée par le procureur et l'entreprise, ce qui témoigne de la place toujours prépondérante du juge dans la sphère judiciaire française.

Toutefois, force est de constater qu'en pratique l'influence du DPA américain se révèle majeure.

En effet, les trois ordonnances de validation rendues à ce jour s'illustrent par leur caractère synthétique tant sur la forme que sur le fond²⁸.

A la lumière de ces premières ordonnances il semble donc que la pratique française de la CJIP se place à mi-chemin entre le DPA britannique et le DPA américain, en permettant au juge d'intervenir, voire de rejeter la CJIP, de droit et, lui offrant, de fait, la possibilité de simplement homologuer la convention conclue.

En tout état de cause, si l'influence de la procédure de DPA sur l'élaboration de la CJIP est certaine, la justice négociée américaine a également un impact plus large sur la politique pénale encadrant le droit des affaires.

2. L'élaboration d'une justice pérenne et de coopération

L'influence du DPA américain va toutefois au-delà d'un simple aspect procédural : la culture américaine a infiltré la politique de sanction pénale et, désormais, la justice négociée doit donc plus largement être prise en compte par les acteurs de la sphère judiciaire.

²⁵ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; Site internet du *Serious Fraud Office*, « Deferred Prosecution Agreements »

²⁶ Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code pénal

²⁷ Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code pénal

²⁸ Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de validation d'une convention judiciaire d'intérêt public, 14 novembre 2017, HSBC Private Bank Suisse SA ; Tribunal de grande instance de Nanterre, Ordonnance de validation d'une convention judiciaire d'intérêt public, 23 février 2018, SAS SET Environnement ; Tribunal de grande instance de Nanterre, Ordonnance de validation d'une convention judiciaire d'intérêt public, 23 février 2018, SAS Kaeffer Wanner

A. Contrôler et prévenir la délinquance criminelle

Le DPA a influencé la sanction attachée au nouveau dispositif français en l'inscrivant dans le temps. Outre la reconnaissance des éléments de faits listés par le procureur et le paiement d'une sanction financière, le DPA contraint également les entreprises à adopter des mesures de prévention à travers la mise en place d'un programme de conformité ou de « *compliance* ».

Si, à première vue, ces programmes peuvent être perçus comme une immixtion de l'Etat dans la vie sociale, il s'agit du point de vue des autorités américaines d'une seconde chance donnée à l'entreprise afin d'éviter qu'elle soit de nouveau l'objet d'une procédure judiciaire.

Par ailleurs, dans un certain nombre de cas, le programme de conformité s'accompagne par la mise en place d'un « *monitoring* », c'est-à-dire d'un processus de suivi conduit par un tiers désigné par le procureur.

Si le législateur français a choisi d'intégrer des programmes de prévention au nouveau mécanisme de justice négociée, en revanche, l'originalité du « *monitoring* » n'a pas été transposée.

Cette influence américaine sur la politique de sanction pénale conduit en réalité à une réflexion plus large sur la coopération au sein de la sphère judiciaire tant au niveau national qu'international.

B. La coopération comme vecteur de stabilité

Au niveau national d'abord : force est de constater que la justice négociée américaine n'influe pas seulement sur la législation française mais plus largement sur l'ensemble du système judiciaire associé à la délinquance économique et a fortiori sur l'avocat, passerelle entre l'entreprise et les autorités de poursuite. Il est de tradition d'envisager la défense comme un combat. L'avocat doit résister à son adversaire : aux dires d'un contradicteur privé ou aux accusations du ministère public, pour le salut de ses clients. En somme, une procédure judiciaire est généralement envisagée comme une équation binaire : gagner ou perdre.

La justice négociée, et plus particulièrement la CJIP, bouleverse ce paradigme.

Désormais l'exercice du métier d'avocat doit évoluer pour s'adapter à ce nouveau système. Le rôle de l'avocat n'est plus (que) celui d'un opposant. Au contraire, il doit au surplus maîtriser l'art de la négociation pour dialoguer de manière constructive avec le PNF et ainsi protéger les intérêts de ses clients. Cet exercice plus flexible de l'avocature est observable depuis de longues années aux Etats Unis. Ainsi la défense doit être contrebalancée avec une coopération réfléchie et mesurée avec les autorités pour que la justice négociée soit favorable à tous.

De même, au niveau international, la coopération est également essentielle pour donner pleine efficacité aux outils de justice négociée. Certains éléments vont déjà en ce sens. La convention OCDE sur la lutte contre la corruption dispose un principe de concertation entre les Etats à l'article 4 alinéa 3²⁹. Selon cet article, les Etats doivent se concerter en amont pour déterminer celui qui est le mieux à même d'exercer les poursuites.

Au regard des décisions récentes des autorités de poursuite de différents Etats, l'effectivité de ce principe de coopération doit toutefois être tempéré.

²⁹ OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 2011 : « *Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites* »

Tout d'abord, si les Etats Unis ont souvent considéré être les plus aptes à conduire les poursuites, l'affaire SBM Offshore a amené de nombreux commentateurs à pondérer leur propos.

L'affaire SBM Offshore est particulièrement éclairante. En l'espèce, la société néerlandaise SMB Offshore était accusée de faits de corruption d'agent public en Angola, Guinée Equatoriale et au Brésil de 2007 à 2011. Selon le communiqué de presse publié par la société le 12 novembre 2014, la société acceptait de payer 240 millions de dollars au Pays-Bas en échange de l'arrêt des poursuites conformément la procédure de classement dite « *transactie* », prévue par l'article 74 (1) du code pénal néerlandais.

Le communiqué précisait qu'en conséquence, le DoJ renonçait à poursuivre la société. Les autorités américaines précisaient ensuite qu'elles réservaient néanmoins leur droit de rouvrir l'enquête si de nouveaux éléments étaient portés à leur connaissance.

De nombreux commentateurs ont alors jugé que cette décision témoignait d'un renforcement de la coordination internationale et semblait initier un changement d'orientation de la part des Etats Unis.

En juillet 2016, la société SBM Offshore a annoncé la conclusion d'un accord avec les autorités brésiliennes pour les faits de corruption identifiés au Brésil entre 1996 et 2012, d'un montant approchant 200 millions de dollars³⁰. Cet accord devait alors être homologué par d'autres entités du ministère public.

Une décision datée de septembre 2016, confirmée en octobre par la Cour d'appel du Ministère public, puis en décembre 2016 par la plus haute juridiction compétente, a refusé d'approuver l'accord. Celui-ci a été transmis de nouveau au Parquet pour que les discussions reprennent. Aucune décision définitive n'est intervenue à ce jour³¹.

Or, au cours de cette procédure, fin 2015, le Parquet brésilien a mis en cause plusieurs individus, parmi lesquels plusieurs employés travaillant sur des projets au Brésil depuis les Etats Unis ainsi qu'un citoyen américain³².

Le 29 novembre 2017, SBM Offshore a conclu avec les autorités américaines un DPA par lequel la société reconnaissait les faits reprochés et acceptait de payer une amende de 238 millions de dollars³³.

Notons que les autorités américaines prennent soin de souligner que les faits objet de cet accord n'étaient pas connus lors de la transaction néerlandaise en ce qu'ils concernent la filiale de SMB Offshore située aux Etats Unis et qu'elle s'étend au Kazakhstan et à l'Iraq en plus de l'Angola, de la Guinée Equatoriale et du Brésil³⁴.

³⁰ SBM Offshore, *Joint Press Release*, 16 juillet 2016

³¹ SBM Offshore, *Press Release*, 6 novembre 2017

³² SBM Offshore, *Press Release*, 6 novembre 2017

³³ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, *United States of America v. SMB Offshore N. V.*, Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017 ; Department of Justice, News, "*SBM Offshore N. V. and US-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries*", November 30, 2017

³⁴ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, *United States of America v. SMB Offshore N. V.*, Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017

Surtout, il doit être souligné que, lors du calcul de cette amende, le DoJ a pris en considération les pénalités déjà payées au gouvernement néerlandais ainsi que celles susceptibles d'être payées au Brésil³⁵.

Si les Etats Unis n'ont pas cédé leur place de « *gendarme-négociateur* », contrairement à ce qu'annonçaient certains commentateurs, et qu'ils gardent la main sur les affaires de délinquance économique transnationales, les autorités américaines prennent désormais clairement en compte les transactions conclues par d'autres Etats avec l'entreprise en cause.

Force est de constater que l'instauration d'un mécanisme de justice négocié par un Etat permet, à elle seule, aux autorités de poursuite de cet Etat de prendre part au processus de lutte contre la délinquance économique, non plus seulement face, mais désormais aux côtés des Etats Unis.

Par un arrêt du 14 mars 2018, rendu dans l'affaire *Pétrole contre Nourriture*, la Cour de cassation a offert un éclairage très attendu sur la question de la coopération internationale et plus particulièrement sur l'application du principe *non bis in idem*³⁶.

Selon la Cour, dans les relations transnationales au sein de l'Union Européenne, le principe *non bis in idem* devrait trouver application : la coopération est actée.

En revanche, dans le cadre de relations transnationales hors de l'Union Européenne, deux cas de figure sont envisagés par la Cour de cassation : lorsque la compétence française est extraterritoriale, la règle *non bis in idem* s'applique ; lorsque la compétence française est territoriale, la règle *non bis in idem* est écartée.

Les conséquences de cet arrêt demeurent encore incertaines.

Ainsi, l'adoption de dispositifs de justice négociée participe à l'élaboration d'une coopération renforcée à l'échelle internationale et permet de lutter contre la délinquance économique tout en préservant les droits de la défense et en offrant aux entreprises la stabilité juridique nécessaire à la poursuite de leurs activités économiques.

En tout état de cause, si l'influence du DPA américain est certaine, il ressort de ce qui précède que le législateur français a pris soin de redessiner les contours de ce dispositif afin qu'il corresponde au mieux à la culture pénale française.

³⁵ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, United States of America v. SMB Offshore N. V., Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017 ; Department of Justice, News, "*SMB Offshore N. V. and US-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries*", November 30, 2017

³⁶ Cour de cassation, Ch. Crim., 14 mars 2018, n° 16-82117, Bull.

Negotiated justice

Alexis Madelain

*Lawyer at the Paris Bar
Graduated from Sciences Po Paris
Lysias Partners*

Sophia Allouache

*Lawyer at the Paris Bar
Graduated from Sciences Po Paris
Graduated from Paris II Panthéon University
Lysias Partners*

"*After an era of confrontation, the time has come for an era of negotiation*"³⁷. This Cold war-era quote is a good illustration of the recent evolution of several prominent judicial systems. Negotiated justice is now in direct competition with traditional adversarial justice.

The United States are at the helm of this movement. The end of the 1990s saw the emergence of the first transactional agreements between defendants and prosecution authorities in matters of financial crime. Deferred prosecution and non-prosecution agreements are now the main alternative to prosecution, allowing companies to avoid lengthy, costly trials and sentencing.

The DPA can be defined as an agreement with prosecution authorities by which a defendant, often a company being prosecuted for matters of financial crime, acknowledges the facts of the matter and agrees to pay a fine while enforcing compliance measures. Authorities agree in exchange to end prosecution of the defendant³⁸.

Inspired by the United States, the UK added the DPA to its domestic legislation in 2013 (Crime and Courts Act 2013³⁹).

In France, the *Parquet national financier* (the prosecution authority in charge of financial crime) and various economic actors have long stressed the need for a similar process in national legislation.

The Sapin II law fills this void and introduces the *Convention judiciaire d'intérêt public* (lit. "judicial agreement of public interest"). This article seeks to measure the influence of the American concept of the DPA on the development of its French equivalent.

³⁷ R. Nixon, *Address accepting the Presidential nomination at the Republican National Convention*, Miami, Florida, August 8, 1968

³⁸ Contrary to the DPA, a non-prosecution agreement is negotiated before prosecution is initiated. Authorities retain the possibility to prosecute during the negotiation phase should it be unsuccessful

³⁹ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; *Serious Fraud Office* website, « Deferred Prosecution Agreements »

1. Negotiation as an instrument of criminal justice

The American concept of the DPA has largely influenced the development of its French counterpart.

A. The *Convention judiciaire d'intérêt public* : a welcome and necessary addition to French legislation

This transactional process has been welcomed by prosecution authorities, businesses and ordinary citizens. Negotiated justice helps reduce impunity in matters of financial crime. Multinational corporations can avoid lengthy and costly proceedings, while significantly reducing the risk and uncertainty associated with a trial⁴⁰.

Developing a French version of the DPA process was a political and judicial necessity. In a globalized economy states often exercise extraterritorial jurisdiction to further their legal interests outside of their territory. States can decide for themselves what constitutes grounds for extraterritorial jurisdiction, and justifying these can be uneasy⁴¹. Trading in USD, using the American banking system or simply being quoted on a US stock market can constitute valid grounds for American authorities to exercise jurisdiction against a company and enter into a DPA. Should criminal proceedings be underway in France in the same matter, two major consequences can be expected.

Such an agreement could theoretically violate due process. The prosecution is the sole drafter of the statement of facts in the agreement, which generally provides that any challenge to the statement by the other party is a deal breaker. A French judge may consider the statement of facts to be an admission of guilt by the company party to the agreement. The company's means of defense could therefore be seriously impaired, in direct violation of due process rights.

The increasing exercise of extraterritorial jurisdiction may also affect the *non bis in idem* rule. If multiple states seek to prosecute in the same matter, the main issue for the doctrine of extraterritorial jurisdiction is to determine which state effectively has the right to prosecute⁴². Because a DPA is not a final judicial decision, simultaneously occurring transactional and jurisdictional proceedings could lead to a form of dual repression, in violation of the *non bis in idem* rule.

Multinational corporations were historically confronted to legal uncertainty. Because of the increasing number of laws with extraterritorial reach, the idea of regulating transnational prosecution has resurfaced, giving a new breath of life to negotiated justice. The rationale behind introducing this process in France was that it would lead to French jurisdictions taking into account deals made with American authorities, and perhaps even giving French prosecutors a seat at the negotiating table in multi-jurisdictional proceedings. The *Convention judiciaire d'intérêt public* was thus introduced in the Sapin II law.

⁴⁰ The philosophical and political origins of the DPA can be traced back to the Speedy Trial Act 1974 which aimed to significantly reduce the length of criminal proceedings. Negotiated justice is shaped by this rationale of promoting efficiency whilst reducing the risks associated with judicial proceedings;

⁴¹ J. Salomon (Dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruylant, 2001, p. 491 : Extraterritoriality is defined by the author as « a situation where the State powers (legislative, executive and judicial powers) govern the legal relationships located outside of the said state territory » ; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 28, 9 juillet 2015

⁴² B. Stern, « L'extra-territorialité « revisitée » : où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres... » ; *Annuaire français de droit international*, vol. 38, 1992. p. 239 ; N. Maziau, « L'extraterritorialité du droit entre souveraineté et mondialisation des droits », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 28, 9 juillet 2015 ; A. Mignon Colombet, « Vers une reconnaissance internationale du principe non bis in idem », *La semaine juridique entreprise et affaires*, n° 36, 3 septembre 2015

B. The DPA as a discretionary process for prosecutorial authorities

The DPA is a byproduct of prosecutorial practice. It allows the prosecution to begin negotiating with companies suspected of financial crime. Once the agreement is signed, the prosecution begins proceedings before the competent jurisdiction, which are immediately put on hold. In the United States, news of the agreement is made public on the Department of Justice's website⁴³. A period of probation begins, lasting from one to four years, during which the company must comply with the agreement and pay a fine.

At the end of the probationary term, the prosecution requests a motion for dismissal from the same court. The Court then approves the document, effectively putting an end to the state's ability to prosecute.

The DPA offers discretionary powers to the prosecutor: he has the power to initiate the negotiation, he drafts the factual summary, and he can stop the probationary term and resume the proceedings at any time if he considers the firm doesn't comply with the obligations agreed.

The American judge does little more than approve: throughout the probationary term, he has no option but to abide by the prosecutor's choices and once the process over, he simply gives effect to the agreement.

Unlike the American system, the British DPA is characterized by a significant involvement of the judge at all the stages of the negotiation process⁴⁴. In accordance with Annex 17 of the *Crime and Courts Act 2013*, after the beginning of the negotiations and before the finalization of the DPA's terms by both parties, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration stating that the agreement is "in the interests of justice" and that the proposed terms are "fair, reasonable and proportionate"⁴⁵.

This early stage intervention gives the judge the opportunity to express any objection soon enough for the parties to take his comments into account. Once the parties agree on the DPA's terms, the agreement has to be submitted again to the judge for approval in a public hearing. Finally, if the judge finds that the terms of the DPA have been violated, he will rule it invalid.

It appears that, in line with the British vision, French law provides that the judge must substantially control the terms of the agreement⁴⁶. Once the terms have been negotiated, a public hearing takes place. The judge hears the involved parties and decides whether or not to approve the agreement.

During the deliberations, the judge verifies whether the use of negotiated justice is appropriate, the lawful nature of the process, and the proposed fine's conformity to the limitations provided by the Sapin II law and whether it is in line with the profits or advantages reaped by the defendant⁴⁷.

The *CJIP* therefore gives the judge the ability to reject a transaction that would however have been agreed upon by the prosecutor and the firm. This is evidence of the judge's prominent role in the French judicial system.

⁴³ United States Department of Justice Publication, Offices of the United States Attorneys, « 9-28.000, Principles of Federal Prosecution of Business Organizations »

⁴⁴ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; Site internet du *Serious Fraud Office*, « Deferred Prosecution Agreements »

⁴⁵ *Crime and Courts Act*, Schedule 17 « Deferred Prosecution Agreements », 2013 ; Site internet du *Serious Fraud Office*, « Deferred Prosecution Agreements »

⁴⁶ Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code pénal

⁴⁷ Article 22 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016, créant un article 41-1-2 dans le Code pénal

In practice, the American DPA wields great influence. The three CJIP validation rulings made to this day are of a remarkably concise nature⁴⁸.

In light of these first decisions, it should be noted that the French process seems to sit halfway between a British DPA and its American counterpart, enabling judicial intervention either by rejecting the CJIP agreement or merely approving it.

In spite of this, the American type of negotiated justice has had an important impact on French criminal justice.

2. The development of a long-term justice based on cooperation

The American DPA's influence is not limited to a procedural aspect: American culture has permeated French criminal policy.

A. Controlling and preventing financial crime

In American DPA proceedings, a company must acknowledge the factual summary drafted by the prosecutor and pay a fine. However firms must also agree to act preventatively by implementing compliance programs. This type of long-term sanctions has also influenced the French legislator when drafting the Sapin II law.

At first glance this kind of program may seem like unwarranted interference in business by the State, yet it also constitutes, from the American authorities' point of view, a second chance for the firm, allowing it to avoid any further judicial proceedings.

In the United States, the prosecutor often names a monitor, whose task is to follow the compliance program and ensure the company respects its commitments. The concept of monitoring has not been transposed into French law.

This large influence of American criminal justice policy raises the question of cooperation between judicial players at national and international levels.

B. Cooperation as a vector of stability

From a national standpoint, the expansion of negotiated justice has an impact on the entire judicial system fighting financial crime and especially on the attorney acting as a bridge between the firm and the judicial authorities. Criminal defense is traditionally perceived as adversarial. The lawyer must fight the charges to help his clients. Judicial proceedings are therefore understood as a binary equation: a win or a loss.

Negotiated justice, especially the *Convention judiciaire d'intérêt public*, challenge this paradigm.

Legal practice must adapt to this new system. A lawyer's role is no longer solely that of a fierce opponent. On the contrary, he needs to master the art of negotiation to constructively engage with the French prosecution authorities and protect his clients' interests. This increased degree of flexibility can be observed in the United States. Adversarial defense must coexist with thoughtful cooperation with the authorities.

⁴⁸ Paris Court of first instance, *CJIP* approval order, 14 November 2017, HSBC Private Bank Suisse SA ; Nanterre Court of first instance, *CJIP* approval order, 23 February 2018, SAS SET Environnement ; Nanterre Court of first instance, *CJIP* approval order, 23 February 2018, SAS Kaeffer Wannier

On an international level, cooperation is also critical in giving the instruments of negotiated justice their full effect. Some international instruments already favor cooperation. Article 4§3 of the OECD Convention on combating bribery establishes a principle of mutual consultation⁴⁹. According to this provision, member states involved shall, at the request of one of them, consult each other to determine the most appropriate jurisdiction for prosecution.

Recent decisions by prosecution authorities of multiple countries have cast some doubt over the effectiveness of this cooperation.

US authorities are often considered to be the best equipped to prosecute, yet the SBM Offshore case has led many authors to reconsider this assertion.

The case is particularly enlightening. A Dutch company, SBM Offshore, was accused of corrupting public officials in Angola, Equatorial Guinea and Brasil between 2007 and 2011. According to a company press release of 12 November 2014, SBM Offshore agreed to pay 240 million dollars in return for non-prosecution in a process named "*transactie*" under article 74(1) of the Dutch penal code.

The press release stated that the DoJ would not prosecute the company. US authorities specified that they reserved the right to reopen the inquiry should new facts come to light. Many commentators felt this decision reflected an increase in international cooperation and heralded a change in practice of US authorities.

In July 2016, SBM Offshore announced it had reached a 200 million dollar agreement with Brazilian authorities regarding corruption in Brazil between 1996 and 2012⁵⁰. This agreement was meant to receive further approval from various prosecution authorities.

In September 2016 the appellate court followed by the country's highest jurisdiction in December of 2016 refused to ratify the agreement. It was returned to prosecution authorities for discussions to resume. No final decision has been made to this day⁵¹.

During these proceedings, in 2015, Brazilian prosecution authorities accused several individuals, a U.S. citizen and employees based in the United States working on a project in Brazil⁵².

On 29 November 2017, SBM Offshore entered into a DPA with US authorities, recognizing the facts of the matter and agreeing to pay a 238 million dollar fine⁵³.

US authorities have emphasized that at the time of the Dutch proceedings, they were unaware of the matter that gave led to the DPA and that it involved the US subsidiary of SMB Offshore⁵⁴.

The Department of Justice, when determining the fine's amount, took into consideration the amount already paid to the Dutch government and the pending Brazilian fine⁵⁵.

⁴⁹ OECD, Convention on combating bribery of foreign public officials in international business transactions, 2011

⁵⁰ SBM Offshore, *Joint Press Release*, 16 juillet 2016

⁵¹ SBM Offshore, *Press Release*, 6 novembre 2017

⁵² SBM Offshore, *Press Release*, 6 novembre 2017

⁵³ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, United States of America v. SMB Offshore N. V., Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017 ; Department of Justice, News, "*SBM Offshore N. V. and US-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries*", November 30, 2017

⁵⁴ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, United States of America v. SMB Offshore N. V., Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017

⁵⁵ United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, United States of America v. SMB Offshore N. V., Criminal n° 17-686, *Deferred Prosecution Agreement*, November 29, 2017 ; Department

US authorities have not renounced their role of worldwide enforcement and they maintain their dominance in prosecuting transnational financial crime. They are now willing to consider prior transactional agreements made between companies and foreign states. States with negotiated justice processes in their legal arsenals can now fight financial crime not against but alongside US authorities.

In the same matter, on 14 March 2018, France's Cour de cassation held that the *non bis in idem* rule applied to transnational relations within the European Union, recognizing the cooperation between member states⁵⁶.

Outside of the EU however, the Cour de cassation described two situations: when the jurisdiction of French courts is extraterritorial, the *non bis in idem* rule is applicable. When French courts have territorial jurisdiction however, the rule is not applicable.

The consequences of the Cour de cassation's decisions are still unknown at this time.

Furthermore, negotiated justice mechanisms also help fight financial crime while preserving due process and giving companies much needed judicial stability.

The American DPA has clearly influenced France's *Convention judiciaire d'intérêt public*. Yet French lawmakers have been careful to adapt this mechanism to the French culture of criminal justice. Practice over time will tell us how well this new mechanism integrates into France's legal system.

of Justice, News, "*SBM Offshore N. V. and US-Based Subsidiary Resolve Foreign Corrupt Practices Act Case Involving Bribes in Five Countries*", November 30, 2017

⁵⁶ Cour de cassation, Ch. Crim., March, 14th 2018, n° 16-82117, Bull.

Le Parquet National Financier

INFOGRAPHIE



Le Parquet National Financier est dirigé par le procureur de la République financier. Depuis 2014, Eliane Houlette assume cette fonction.



Le Parquet National Financier est composé de 16 magistrats spécialisés.



Parmi les 396 affaires en cours au sein du PNF en 2016, 43% portait sur des atteintes aux finances publiques, 40% sur des atteintes à la probité et enfin 17% sur des atteintes au bon fonctionnement des marchés financiers.



Le 30 octobre 2017, le Parquet national financier et HSBC Private Bank s'accordent sur l'abandon des poursuites diligentées par le ministère public en contrepartie du versement d'une amende de 300 millions d'euros au Trésor public par la filiale suisse de la banque.



Le 14 novembre 2017, le Président du tribunal de grande instance de Paris a validé la première convention judiciaire d'intérêt public.



Le Parquet de Nanterre a conclu deux nouvelles CJIP au mois de février 2018. Ces deux conventions concernent des faits de corruption publique active d'un agent de la société EDF. Les sociétés SET Environnement et Kaeffer Wanner ont respectivement été condamnées à payer 800 000 euros et 2 710 000 euros, en contrepartie de l'arrêt des poursuites. Le 23 février 2018, le Président du Tribunal de grande instance de Paris a validé ces accords.



En 2018 aura lieu le premier procès résultant de l'échec d'une CJIP.

The French Financial Prosecution Office

INFOGRAPHY



The French financial prosecution office is managed by the financial state prosecutor, Eliane Houlette (since 2014).



The financial prosecution office is composed of 16 specialized judges.



Among the 396 ongoing cases in 2016, 43% involve misuse of public funds, 40% involve probity and 17% concern the functioning of financial markets.



On October 30th 2017 the financial prosecution office and HSBC Private Bank reached a deal per which the French authorities agree to waive prosecution in return for payment by the bank's Swiss subsidiary of a 300 million euro fine.



On November 14th, 2017, the President of the Paris Court of first instance approved the first French deferred prosecution agreement designated as "*Convention judiciaire d'intérêt public*" ("CJIP").



Two new CJIP have been concluded in February 2018. These two new agreements concern corruption offences towards an EDF agent and have been conducted by the Nanterre prosecution office, not the PNF (the latter being based in Paris). The two companies: SET Environnement and Kaeffer Wanner, respectively agreed to pay 800 000 euros and 2 710 000 euros to the French Treasury, for the prosecution to cease. On February 23rd, the agreements were controlled and approved by a French judge.



In 2018 the first trial to follow the failure of CJIP negotiations will take place in France.

Le dessein de l'exécutif et l'intention du législateur

ENTRETIEN AVEC MONSIEUR SEBASTIEN DENAJA

RAPPORTEUR DE LA LOI SAPIN II
MAITRE DE CONFERENCES DE DROIT PUBLIC A L'UNIVERSITE TOULOUSE 1 – CAPITOLE
MEMBRE DE L'INSTITUT MAURICE HAURIUO

En janvier 2015, après la remise par Jean-Louis Nadal de son rapport sur l'exemplarité des responsables publics⁵⁷, le Président de la République a annoncé qu'un projet de loi portant sur la transparence de la vie économique avait été confié au ministre des Finances et des Comptes publics Michel Sapin.

Quelques mois plus tard, en juillet 2015, Michel Sapin a présenté en Conseil des ministres les grands axes du projet et le 30 mars 2016, le Projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a été adopté en Conseil des ministres.

A la même date, ce texte a été déposé sur le bureau de l'Assemblée nationale et renvoyé à la commission des lois, laquelle a désigné M. Sébastien Denaja comme Rapporteur⁵⁸.

1. En sus de la saisine de la commission des lois, la commission des affaires économiques et la commission des finances se sont saisies pour avis et, ont respectivement désigné comme rapporteurs M. Dominique Potier et M. Romain Colas. Comment s'est organisée la coopération entre les trois commissions ?

Les travaux des commissions des Lois, des Affaires économiques et des Finances se sont organisés selon une procédure très peu courante, celle de la délégation d'articles. En effet, si la commission des Lois a été saisie au fond de l'ensemble du projet de loi, elle a délégué l'examen de nombreux articles aux deux commissions saisies pour avis.

Cette procédure n'avait été jusque-là employée qu'à de très rares occasions à l'Assemblée Nationale, pour la loi portant engagement national pour l'environnement, sous la XIIIe législature, et pour le projet de loi relatif à la lutte contre la fraude fiscale et la délinquance économique et financière en 2013.

C'est une méthode qui convenait parfaitement au caractère très transversal du projet de loi et permettait de respecter les compétences de chacun, sans recourir à la création d'une commission spéciale. Nous avons travaillé de manière tout à fait harmonieuse sur l'ensemble du texte sur lequel, outre les articles relevant de la commission des lois, j'ai néanmoins conservé un rôle de supervision et de coordination de l'ensemble de la discussion parlementaire.

⁵⁷ J.-L. Nadal, « Renouer la confiance publique », Rapport au Président de la République sur l'exemplarité des responsables publics, La documentation française, 7 janvier 2015

⁵⁸ S. Denaja, Rapport n° 3785 & 3786, 26 mai 2016

2. Pourriez-vous nous exposer l'esprit de la loi Sapin II : quel était le dessein de l'exécutif, quelle était l'intention du législateur ?

La France faisait, depuis de nombreuses années, l'objet de critiques récurrentes de la part des organisations internationales spécialisées qui reprochaient surtout à notre pays une application insuffisante des textes relatifs à la prévention de la corruption, en particulier lorsque celle-ci concernait des Etats ou des marchés étrangers.

23 ans après la loi « Sapin I » relative - déjà ! - à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique, les pouvoirs publics avaient le devoir d'agir.

L'intention du législateur - et plus précisément celle de la majorité parlementaire de l'époque - était aussi de continuer, après la loi de séparation bancaire, après celle de 2013 relative à la transparence de la vie publique et celle relative à la lutte contre la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière, à œuvrer contre la « finance dévoyée », l'argent sale qui corrompt...jusqu'au pacte républicain. Et, d'une certaine manière, le dessein de l'exécutif - du Président de la République au premier chef - était de rester fidèle à l'esprit du « fameux » discours du Bourget. C'est, si j'ose dire, l'esprit de ce discours qui souffle sur ce texte.

Mais, au-delà des contingences politiques, il y avait, sincèrement, le souhait de répondre à une exigence éthique.

3. Le texte adopté le 9 décembre 2016 comporte 169 articles : renforcement de la lutte contre la corruption, protection des lanceurs d'alerte, création de la convention judiciaire d'intérêt public... : en qualité de rapporteur, quels étaient vos objectifs ? Vos priorités ?

Le texte avait, je l'ai dit, un caractère très transversal, dès lors qu'il comprenait, outre des dispositions relatives à la transparence et à la corruption un important volet relatif à la modernisation de la vie économique reprenant des dispositions de ce qui aurait dû être la loi « Macron II » que l'exécutif avait finalement décidé de scinder en deux en répartissant le contenu entre la loi « Sapin II » et la loi « Travail ». Et, comme tous les textes adoptés en fin de législature, il était devenu le réceptacle de dispositions très disparates dont certaines revêtaient de surcroît un caractère d'urgence (notamment en matière agricole face à la crise laitière).

Aussi, mon premier objectif, en tant que rapporteur de l'ensemble du texte, était, nonobstant l'importance de certaines de ces dispositions, qu'il conserve sa colonne vertébrale, autrement dit qu'il reste d'abord un texte de lutte contre la corruption et pour la transparence. Je note d'ailleurs avec satisfaction que c'est ce que l'on retient pour l'essentiel de ce texte aujourd'hui.

J'ai, en tout cas, eu comme priorité de renforcer tous les instruments de lutte contre la corruption, en particulier ceux mis à la disposition du Parquet National Financier qui venait tout juste d'être créé et de saisir l'occasion pour bâtir - avec l'assentiment du gouvernement - un statut général des lanceurs d'alerte.

Et c'est la raison pour laquelle j'ai pu, grâce au soutien de mes collègues de la majorité, adjoindre au projet de loi une proposition de loi organique donnant compétence au Défenseur des droits pour la protection des lanceurs d'alerte.

4. La création d'une agence nationale de lutte contre la corruption était plébiscitée tant au niveau national qu'à l'échelle internationale. Après avoir proposé de nommer cet établissement Agence française anticorruption, vous avez interpellé le ministre d'une part, sur les effectifs de ce service et d'autre part, sur son

**indépendance fonctionnelle. Pourquoi vous être focalisé sur ces deux points ?
Vous êtes-vous inspiré des législations de nos voisins européens ?**

L'AFA est un service à compétence nationale, chargé de la prévention et de l'aide à la détection de la corruption. Elle n'a donc pas d'indépendance organique. Ce qui, d'ailleurs, comme son double rattachement à Bercy et à la Chancellerie, n'est pas forcément une mauvaise chose du point de vue des moyens budgétaires qui peuvent lui être alloués. C'est, néanmoins, la raison pour laquelle je me suis focalisé sur tout ce qui pouvait contribuer à renforcer son indépendance fonctionnelle : inamovibilité du directeur de l'agence (qui est de surcroît un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire) et indépendance fonctionnelle des agents qui, à l'aune de ce qui existe pour une « véritable » autorité administrative indépendante, ne peuvent recevoir aucune instruction ministérielle.

Par ailleurs, si elle paraît triviale, la question des effectifs n'en est pas moins vitale. Et ce d'autant plus que l'on est enseigné en France par l'expérience récente. Je rappelle, par exemple, qu'en 2010, le Service Central de Prévention de la Corruption (SCPC) auquel se substitue l'AFA représentait seulement 4,75 équivalents temps plein !

Alors que le service comparable en Italie - dont nous avons pu en l'occurrence nous inspirer - comprend près de 350 agents. Le gouvernement de l'époque s'était engagé à doter l'AFA de 70 agents. Le Parlement doit pleinement exercer sa mission de contrôle et veiller à ce que cet engagement soit tenu.

5. Lors des discussions en commission, vous avez évoqué la mise en place d'une nouvelle procédure de transaction spécifique aux atteintes à la probité : la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Selon vous, si ce dispositif ne manquait pas d'intérêt, il devait s'accompagner d'un renforcement global des moyens mis à disposition du Parquet National Financier. Plaidez-vous toujours en ce sens ?

La Convention judiciaire d'intérêt public est une véritable innovation juridique. Au départ, j'étais moi-même relativement réservé sur l'idée de créer une procédure de transaction spécifique aux atteintes à la probité, tant elle semblait étrangère à notre culture juridique.

L'important travail d'auditions que nous avons mené a eu raison de mes préventions. Ce sont en particulier les auditions de Mme Xavière Simeoni, alors cheffe du SCPC et d'Eliane Houlette, Procureur de la République financier qui ont achevé de me convaincre. Celles-ci « confessaient » elles-mêmes quelques a priori conceptuels mais, estimaient néanmoins nécessaires de dépasser ces préventions intellectuelles - pour ne pas dire idéologiques - pour renforcer l'arsenal juridique français en matière de lutte contre la corruption. Nombreux sont ceux qui découvrent avec stupéfaction qu'en la matière, aucune personne morale n'a jamais été condamnée à titre définitif en France.

La création de ce dispositif doit aussi beaucoup au travail de Mme Sandrine Mazetier, alors députée de Paris, mais aussi aux contributions constructives de l'opposition. Je pense en particulier au député LR Pierre Lellouche qui a contribué à convaincre nos collègues de la pertinence d'un tel dispositif au regard de la pratique des autres grandes puissances économiques mondiales et de la véritable « compétition judiciaire » qu'elles se livrent en ce domaine. J'avais d'ailleurs acquis cette conviction en accompagnant le ministre Michel Sapin lors d'un déplacement de travail à Londres pour mieux apprécier la pratique britannique en la matière.

Ce dispositif peut néanmoins comporter un certain nombre de risques et oblige parlementaires et universitaires à une évaluation rigoureuse de ce que sera son utilisation.

Sa première mise en œuvre, fin 2017, a en tout cas, d'ores et déjà permis une condamnation jamais vue dans notre pays au paiement d'une amende de 300 millions d'euros. Cela prouve d'ailleurs une fois de plus la redoutable efficacité du PNF, pour lequel je plaide néanmoins toujours pour une augmentation significative des moyens humains et matériels dont il dispose.

En 2016, le PNF était constitué d'une quinzaine de magistrats. Un tiers d'entre eux étaient accaparés par l'affaire des « Panama papers ». Ce seul exemple suffit à comprendre qu'au vu de l'extrême complexité des dossiers qu'il a en charge de traiter, le PNF ne peut se contenter de moyens manifestement sous-dimensionnés.

Mais les résistances sont nombreuses au sein de l'appareil d'Etat - et même de l'appareil judiciaire ! - face à ce « nouveau venu » dans le paysage institutionnel. Là encore, le Parlement a un rôle déterminant à jouer pour s'assurer que l'exécutif ne réduise pas cet indispensable outil à une peau de chagrin.

6. La loi Sapin II contraint les lanceurs d'alerte à passer par un système de filtrage complexe⁵⁹. La délation est un risque, la cupidité aussi, pensez-vous que ce soit la meilleure procédure et qu'il n'y ait pas un risque de décourager de nombreuses personnes de bonne foi ?

C'est bien parce que nous nous sommes radicalement distanciés de la conception anglo-saxonne, pour ne pas dire américaine, qui amène parfois les lanceurs d'alerte à se comporter en véritables mercenaires délateurs, que nous avons tenu à prévoir, non pas un « système de filtrage », mais une procédure de signalement en plusieurs phases (en interne d'abord et, à défaut, en l'absence de traitement, en externe auprès du public).

Nous avons, sur ce point, suivi les préconisations du Conseil d'Etat qui invitaient à ne pas « délégitimer » a priori les processus internes de traitement d'une alerte éthique. C'est même une logique qui imprègne l'ensemble du texte, qui vise à promouvoir la mise en place de dispositifs de prévention de la corruption et d'auto-régulation.

Et je tiens à rappeler ici que l'intention du législateur était bien de ne donner à cette procédure qu'un caractère indicatif. C'est, d'une certaine manière, le cheminement « idéal » d'une alerte éthique.

Mais les conditions d'espèce peuvent, selon l'urgence et la gravité de la situation, justifier de s'en écarter. D'ailleurs, au-delà de la protection que nous souhaitions offrir aux lanceurs d'alerte, c'est surtout le traitement de l'alerte qui nous préoccupait car la vocation même de l'alerte éthique est de préserver l'intérêt général.

Protéger celui qui est l'émetteur de l'alerte n'est en définitive qu'un moyen au service de cette fin supérieure. C'est en cela que le dispositif français peut, je crois, servir de modèle ou, du moins, de référence, pour d'autres pays européens.

7. Par ailleurs, vous avez proposé de faire du Défenseur des droits la clef de voûte de la protection des lanceurs d'alerte. Qu'est-ce qui a motivé cette recommandation ? Regrettez-vous que le Conseil constitutionnel ait déclaré contraire à la Constitution les dispositions permettant au Défenseur des droits

⁵⁹ Article 8, I de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016

d'accorder une aide financière aux lanceurs d'alerte⁶⁰ ? Pour le coup n'était-ce pas budgétiser des alertes dont on doit estimer qu'elles doivent rester civiques ?

La protection des lanceurs d'alerte ne pouvait qu'échoir à une autorité indépendante. Il y avait donc deux options possibles : créer une nouvelle autorité indépendante spécialement chargée de cette mission ou étendre le champ de compétence d'une autorité indépendante existante.

Nous avons rapidement écarté la première option - pourtant privilégiée au départ par le gouvernement - car il est toujours risqué de faire surgir dans le paysage administratif une nouvelle institution dont il n'est surtout jamais assuré que l'avenir matériel soit assuré en cas d'alternance. En outre, confier au Défenseur des droits, dont l'existence est consacrée par la Constitution et le statut fixé par une loi organique, nous semblait offrir toutes les garanties requises. Enfin, c'est ce que préconisaient tout à la fois la plupart des ONG ainsi que le rapport du Conseil d'Etat remis sur cette question au Premier ministre.

L'objectif était d'offrir aux lanceurs d'alerte une protection optimale et surtout concrète. C'était l'objet de la disposition prévoyant la possibilité d'une aide financière, car de nombreux lanceurs d'alerte sont confrontés à de grandes difficultés matérielles, en particulier pour l'avance des frais de justice face, le plus souvent, à des groupes disposant de moyens considérables.

On peut donc regretter la censure du Conseil constitutionnel sur ce point. Il n'est pas impossible qu'une forme de « lobbying » institutionnel ait pu peser dans cette décision...C'est au législateur de reprendre la main, s'il souhaite que la protection offerte aux lanceurs d'alerte soit effective, au-delà de ce que nous avons prévu contre les mesures discriminatoires et de licenciement abusif.

8. S'agissant des représentants d'intérêts, vous souhaitiez aller plus loin que le gouvernement en étendant le périmètre des acteurs concernés à l'Assemblée nationale, au Sénat ainsi qu'aux collectivités territoriales. La conservation de régimes déontologiques différenciés ne fait-elle pas perdre à cette mesure son efficacité ?

Grâce à la loi Sapin II, la France a opéré un changement culturel profond en matière de transparence dans le processus de production des normes, qu'il s'agisse de rendre intelligible pour le citoyen. La création d'un répertoire unique des représentants d'intérêt exerçant leur influence auprès du Gouvernement et du Parlement est, de ce point de vue, un réel progrès. Il fallait néanmoins tenir compte de l'autonomie institutionnelle des assemblées. Ce qu'a d'ailleurs confirmé la décision du Conseil constitutionnel.

D'une manière générale, je regrette de ne pas avoir été suivi concernant l'extension du champ d'application de cette logique aux collectivités territoriales auprès desquelles s'exerce quotidiennement un lobbying intense et parce que, disons-le, les autorités décentralisées constituent en France un véritable foyer de corruption face auquel la justice française est le plus souvent démunie faute de moyens.

Mais, j'ai bon espoir. La logique historique, l'évidence démocratique, c'est un régime déontologique unifié au plan local comme au plan national. C'est d'ailleurs l'intérêt même des représentants d'intérêts qui y gagneront en simplicité.

⁶⁰ Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-740 DC, 8 décembre 2016

9. La loi Sapin II a fait l'objet d'une navette parlementaire à l'issue de laquelle l'Assemblée nationale a eu le dernier mot⁶¹ : quels étaient les points de convergence et de tension entre les deux chambres ?

Si les points de convergence étaient nombreux sur la philosophie générale du texte, les points de divergence l'étaient tout autant sur certains aspects saillants du texte ; qu'il s'agisse du statut des lanceurs d'alerte dont le Sénat avait une vision plus minimaliste ou encore de la question de l'encadrement des modalités de fixation des rémunérations des grands patrons, mais aussi et surtout à propos du répertoire des représentants d'intérêts sur lequel les sénateurs souhaitaient conserver - si j'ose dire - la « haute main ».

Ce fut le principal point d'achoppement des discussions entre les deux chambres et celui sur lequel, je l'avoue, j'ai fait échouer la commission mixte paritaire, contrairement d'ailleurs à ce que souhaitait le gouvernement.

Laisser le dernier mot à l'Assemblée c'était, sur ces trois points en particulier, aboutir à la rédaction d'une loi beaucoup plus ambitieuse que celle issue des travaux du Sénat, même si je me félicite de la qualité des échanges que j'ai pu avoir avec mon homologue du Palais du Luxembourg.

10. L'ajout de circonstances aggravantes et l'extension des techniques d'enquête spéciales pour l'ensemble des manquements au devoir de probité ont été supprimés par le Sénat. Pourquoi l'Assemblée nationale a-t-elle jugé préférable de ne pas réintroduire ces mesures en deuxième lecture ?

Ce sont les affres - les charmes diront certains - de la navette parlementaire...Il y a toujours le souhait, en seconde lecture, au-delà des effets de ce qu'on appelle « l'entonnoir », de limiter les points de contradiction entre les deux assemblées.

Mais, en l'occurrence, nous nous sommes surtout rangés sur ce point à l'avis de la Chancellerie.

11. Plusieurs mesures, parmi lesquelles la protection des lanceurs d'alerte, l'encadrement du lobbysme ou encore la mise en place obligatoire de codes de conduite par les entreprises, semblent démontrer une volonté de promouvoir l'autorégulation. Est-ce un choix d'opportunité ou bien l'illustration d'un mouvement plus large de responsabilisation des acteurs économiques, ou encore l'aveu de ce que les anciennes dispositions spécifiquement étatiques avaient montré leurs limites ?

Avec le recul, votre question m'amène à penser qu'en effet, au-delà d'un choix d'opportunité, le texte se situe à de nombreux égards dans ce vaste mouvement de responsabilisation des acteurs économiques et d'un Etat qui, depuis plusieurs décennies déjà, s'affirme comme un Etat régulateur.

⁶¹ S. Denaja, « Rapport n°4189 », Assemblée Nationale, 8 novembre 2016

12. Si la majorité des articles de la loi a été validée par le Conseil constitutionnel, plusieurs dispositions ont toutefois été censurées comme l'inéligibilité en cas de manquement au devoir de probité⁶². Comment interprétez-vous cette censure partielle ?

Il ne s'agit en effet, sur ce point, que d'une censure partielle. Le Conseil constitutionnel a considéré - à juste raison - que, concernant les membres du parlement, une telle disposition ne pouvait relever que d'une loi organique et non d'une loi ordinaire. Cette peine d'inéligibilité vaut donc néanmoins pour toutes les autres catégories d'élus.

Et j'espère que le législateur ne manquera pas d'adopter une loi organique pour que ces dispositions puissent enfin s'appliquer aussi aux parlementaires.

L'occasion a été manquée lors de l'examen de la loi de moralisation de la vie publique au début de la nouvelle législature. Je ne doute pas qu'une nouvelle occasion sera saisie avant 2022...

13. Un an après son adoption la loi Sapin II produit déjà ses effets. Quel bilan tirez-vous de cette loi ? Quelles devraient être les prochaines étapes de la lutte pour la transparence de la vie économique ?

Il est encore un peu tôt pour évaluer les effets de cette loi, notamment pour ce qui concerne les lanceurs d'alerte. Cependant, ses effets sont déjà réels et loin d'être négligeables.

Je pense en particulier à la validation par le TGI de Paris, le 14 novembre 2017, de la 1ère Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) signée en France et qui est le fruit des négociations menées par le Parquet National Financier et la Banque HSBC condamnée au versement d'une amende record de 300 millions d'euros. Je pense aussi aux nouvelles modalités de fixation de la rémunération des grands patrons qui semblent quelque peu rééquilibrer les rôles entre conseil d'administration et assemblée générale des actionnaires.

J'ai aussi l'impression que l'Agence Française Anticorruption s'installe véritablement dans le paysage institutionnel et que les dispositions concernant le lobbying ne tarderont pas à produire leur effet « culturel ».

Il faut néanmoins que le Parlement et les ONG restent particulièrement vigilants sur la question des moyens alloués au PNF, à la HATVP ou à l'AFA, sans quoi les dispositions de la loi Sapin II ne pourront être pleinement effectives.

Notre arsenal juridique est aujourd'hui relativement complet. La véritable bataille aujourd'hui, c'est celle des moyens concrètement alloués à la lutte contre la corruption.

⁶² Conseil constitutionnel, Décision n° 2016-741 DC, 8 décembre 2016

The Sapin II Law

INTERVIEW WITH SÉBASTIEN DENAJA

RAPPORTEUR OF THE SAPIN II LAW
LECTURER IN PUBLIC LAW AT THE UNIVERSITY TOULOUSE 1 – CAPITOLE UNIVERSITY
MEMBER OF THE MAURICE HAURIUO INSTITUTE

In January 2015, the President of the Republic announced that Michel Sapin, the minister of Finance, had been entrusted with a new draft law on transparency. The announcement was made after Jean-Louis Nadal, president of France's High authority on transparency in public life (HATVP), submitted a report to the President on the integrity of public officials.

Several months later, in July 2015, Michel Sapin unveiled the draft law on transparency, combating corruption and modernizing the economy, before the Council of ministers.

On that same day, the draft law was submitted to the National assembly and its committee on laws, which designated Mr. Sebastian Denaja as *rapporteur*⁶³.

1. In addition to the National assembly's committee on laws, the economic affairs and finance committees also decided to give their opinion on the law and designated Dominique Potier and Romain Colas as their own *rapporteur*. In what way did the three committees cooperate?

The committees' work was organized in an unusual manner, using the process known as "*délégation d'articles*". The committee on laws was originally in charge of the entire draft law but decided to distribute several provisions to the other committees.

This process had only been used on rare occasions by the National assembly: during the review of the "environment as a national priority" law and the 2013 law on tax fraud and financial crime. This process is well adapted to the wide-ranging nature of the law's provisions and to each committee's area of competence, without having to create an *ad hoc* committee.

We collaborated in a harmonious way and I supervised and coordinated the draft's discussion in parliament.

2. Could you explain the spirit of the Sapin II law? What was the executive branch's objective? What was Parliament's goal?

In recent years, France had been the target of recurring criticism by NGOs because of its somewhat lax application of anti-corruption rules, particularly regarding foreign states and public tenders. Twenty three years after the first Sapin law authorities had a duty to react. The goal of parliament at that time – the parliamentary majority that is – was to continue the fight against "misguided finance" corrupting the foundation of our republic. This had been on lawmakers'

⁶³ A rapporteur in French parliamentary procedure is a member of Parliament in charge of submitting to his colleagues a report on the draft law's provisions and proposing various legislative adjustments to the text (there is a similar function in the European parliament)

agenda for some time (through a series of laws concerning the separation of banking, transparency, tax fraud and financial crime).

The executive branch's intention, especially the President's, was to keep in line with the famous "Bourget speech" (ED: in which President Hollande had strongly criticised "*finance*").

This speech had a strong influence on Sapin II, but political considerations put aside, there was a sincere desire to satisfy an ethical imperative.

3. The law voted on 9 December 2016 included 169 provisions: strengthening action against corruption, protecting whistle-blowers, creating the CJIP. As rapporteur, what were your objectives and priorities?

As I have mentioned, the law had a variety of provisions and was to carry measures of economic and social modernization initially part of a "Macron II" law. The Government eventually decided otherwise and chose to draft two separate laws *i.e.* "Sapin II" and a labour law (known as "Loi travail").

The law's discussion toward the end of the Parliamentary term caused Sapin II to become the legislative vehicle for a wide range of urgent yet unrelated provisions (e.g. in this case, agricultural reform following a drop in milk prices).

My number one objective as *rapporteur* was to preserve the law's consistency and backbone *i.e.* that Sapin II remained a law essentially about fighting corruption and promoting transparency. I am satisfied that this is how this law is perceived today.

My priority was also to reinforce national anticorruption instruments, especially those made available to the newly created office of the financial prosecutor. This was also an opportunity to create a legal status for whistle-blowers. Thanks to fellow members of the parliamentary majority, I was able to add a provision giving the *Défenseur des droits* the power to protect whistle-blowers.

4. The creation of a national anti-corruption agency was well received at a national and international level. After naming it "Agence française anticorruption" (French anti-corruption agency) you stressed the importance of proper staffing and operational independence. Why focus on these issues in particular? Were you inspired by our European neighbours?

The AFA is a service with nationwide jurisdiction, in charge of detecting and preventing corruption. It is not independent in itself. As with being pegged to the Ministry of Justice and the Ministry of Finance, limited independence is not necessarily a bad thing because of the better funding opportunities.

I was nonetheless focused on giving the AFA some degree of operational independence: an irremovable director coming from the ranks of French magistrates and operational independence for AFA agents whom cannot be receive instructions from the ministry.

Besides, staffing is of crucial importance. In 2010, the Central Service for the Prevention of Corruption (SCPC) which the AFA has come to replace only had 4,75 full time staff positions. A comparable service in Italy has about 350 agents.

The Government at the time promised to give the AFA 70 agents. Parliament must fully exercise its oversight prerogative and enforce this pledge.

5. During committee discussions, you mentioned the introduction of a new transactional process in matters of integrity: the *Convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP). According to you, the new process had to go hand in hand with greater resources for the new financial prosecution office. Do you still support this idea?

The CJIP is a major legal innovation. At first I was skeptical at the idea of creating a specific transactional process for breaches of integrity because it did not seem in line with French legal culture. The many hearings we conducted convinced me otherwise.

Xavière Simeoni, head of the SCPC at the time, and Eliane Houlette, head of the financial prosecution office, made me overcome any reservations I had. Both confessed to some form of near-ideological preconceptions but felt it was necessary to move beyond these and reinforce French anticorruption instruments. Many are surprised to hear that no legal entity in France has ever received a final conviction in such matters.

This CJIP is heavily indebted to the work of Sandrine Mazetier, Member of Parliament for Paris, and to the contributions made by parliamentary opposition. Pierre Lellouche, MP for Paris, helped convince our colleagues that the "great competition" between major economic powers in prosecuting these offences made the introduction of such a process a necessity.

I shared this idea since travelling to London with Michel Sapin to examine British anticorruption practice. The CJIP process is not devoid of risks and caveats and requires parliamentary oversight. Its first implementation in 2017 resulted in a 300 million euro fine, which is a first for France. This is another demonstration of the financial prosecutor's formidable effectiveness yet I still believe this institution requires a significant boost of human and financial resources.

In 2016, the financial prosecutor's office was staffed by about fifteen magistrates. A third of them were bogged down by the "Panama papers" case. This sole example serves to show that in light of the great complexity of the cases handled by the financial prosecutor, it cannot be understaffed. There is unwillingness on this issue within the State and the judiciary. Parliament must once again assume an essential role in preventing the executive branch from withholding the necessary resources.

6. The Sapin II law requires whistle-blowers to go through a complex vetting process. Isn't there a danger of discouraging whistle-blowers of good faith?

We introduced a multiple phase reporting system (internal and external, to the public if nothing is done within the company) to stay as far away as the Anglo-American conception of whistle-blowers, which sometime end up acting as a kind of informant mercenaries.

We followed the recommendations made by the *Conseil d'Etat* and preserved the legitimacy of internal processes in case of an ethical alert. This philosophy permeates the Sapin II Law. Parliament's intention was to keep internal processes optional, as a sort of natural way of handling an ethical alert.

Some alerts however, because of their serious and urgent nature, require a different process. Beyond whistle-blower protection, we were mostly concerned by the way alerts were handled since they always serve public interest.

Protecting a whistle-blower is just a means to this end. This is why I believe the French process can serve as a reference or template for other European countries.

7. You suggested making the *Défenseur des droits*⁶⁴ the cornerstone of whistle-blower protection. Was this recommendation followed? Do you find it regrettable that the *Conseil constitutionnel* held it was unconstitutional to enable the *Défenseur des droits* to grant financial support to whistle-blowers? Did this not amount to publicly subsidising a form of civic duty?

Whistle-blowers' protection needed to be placed in the hands of an independent authority. Two options were available: creating a new independent authority in charge of this or extending the expertise of a pre-existing agency. We quickly dismissed the first option – despite it being favoured by the government – because it is always a risk to create a new administrative authority that could potentially be removed by the next government.

As the *Défenseur des droits*' existence is enshrined in the French constitution, it seemed to offer all necessary guarantees. This option was favoured by NGOs and the *Conseil d'Etat*.

We aimed to offer whistle-blowers a full and, more importantly, effective protection. This was the aim of providing financial support because most whistle-blowers face great material difficulties, especially regarding prepayment of legal fees, as they are often confronted to big companies with much greater financial means.

The *Conseil Constitutionnel's* ruling on this issue is regrettable. It is not impossible that this decision was the result of some kind of institutional lobbying... Parliament must now continue the reform process if it wants an effective protection of whistle-blowers, beyond what we had planned with regards to discriminatory measures and unfair dismissal.

8. Regarding lobbyists, you wanted to go further than the government by extending the perimeter of relevant parties to the National assembly, the French Senate and local authorities. Doesn't the existence of multiple systems of ethical rules decrease the efficiency of this extension?

Thanks to the Sapin II law, France has operated a deep cultural change regarding transparency in the law-making process: laws must be understood by citizens.

Creating a unique database of the lobbyists who influence the government and Parliament is, from this standpoint, a real progress. However, one had to keep in mind the institutional independence of the two chambers of the Parliament, which the *Conseil constitutionnel* sought to preserve.

I regret that I have not been heard regarding extending this registry to local authorities. On a day to day basis, lobbyists also exercise their influence on local authorities and, let's be honest, French decentralised authorities are a real hotbed for corruption and judicial authorities are often powerless because they lack funding.

Logic and democracy will lead to a unified ethics policy on a national and local scale. This unified policy is in the interest of lobbyists themselves, as they will have to deal with a simpler system.

⁶⁴ The *Défenseur des droits* is French administration in charge of the defense of human rights

9. Multiple iterations of the Sapin II law were exchanged between the two chambers of the Parliament ("navette parlementaire"). The National assembly had the final say. What were the points of convergence and of tension between the two chambers?

While the two chambers agreed on multiple points such as the general philosophy of the Sapin II law, there were equally important disagreements on some of the key points of the text such as the status of whistle-blowers as the Senate wanted it to be minimal, CEO pay restrictions and keeping a lobbyist database.

This was the main point of friction between the two chambers and on which, on my initiative I admit, the commission composed of representatives of the two chambers ("*Commission mixte paritaire*") failed to agree on a common draft, against the will of the government.

The fact that the national assembly had the final say on these three issues made a more ambitious law possible, even if I am thankful for the discussions I had with my counterpart in the Senate.

10. The Senate removed provisions regarding specific aggravating factors and the extension of special investigation techniques ensuring the probity of politicians. Why did the National assembly accept this change and not revert to the text afterwards during the bill's second reading?

This is an example of the drawbacks – some would say the charms – of the back and forth process ("*navette parlementaire*") between the two chambers. During the second reading of the text, lawmakers generally limit the points of discussion. In this case however, this was the wish of the Ministry of justice.

11. Several measures (including the protection of whistle-blowers, the lobbyist database or the implementation of compliance programs for instance) seem to demonstrate the desire to promote self-regulation. Is this a choice of opportunity or the illustration of a larger movement promoting self-regulation or even the confession that state intervention was insufficient?

In hindsight, your question leads me to think that indeed, beyond a simple choice of opportunity, the Sapin II law is part of this vast movement promoting self-regulation.

12. While the majority of the Sapin II law's provisions have been validated by the *Conseil constitutionnel*, some have been considered unconstitutional, such as automatic ineligibility following an integrity-related conviction. How do you interpret this partial redaction of the law?

On this issue the provision was only partially redacted. The *Conseil constitutionnel* held, and agree with this position, that such a provision had to take a different legislative form when applied to members of Parliament. This provision still applies to other elected individuals. I hope that lawmakers will adopt such a provision in its appropriate legislative form and that it can also apply to members of parliament. In this aspect, the recently voted law on transparency was a missed opportunity. I am certain there will be another opportunity before 2022.

13. A year after its adoption, the Sapin II law has already made a difference. What is your assessment of the law? What do you think are the next steps in the fight for transparency?

It is still a bit soon to measure the law's impact, especially regarding whistle-blowers. However its effects are already real and far from being insignificant.

I think in particular of the validation by the Paris court of first instance, on November 14th, 2017, of the first *Convention judiciaire d'intérêt public* (lit. "judicial agreement of public interest"). This agreement is the result of long discussions between the French financial prosecution office and HSBC, which was fined a record amount of 300 million euros. I also think that the provisions related to CEO pay caps help bring balance to relations between company shareholders and its board.

I am also under the impression that the French anticorruption agency has taken up a strong role in the institutional landscape and that the provisions regarding lobbying will soon produce a "cultural" effect. Parliament and NGOs must remain aware of the issue of resources allocated to the financial prosecution office, the *Défenseur des droits* and the AFA. Without sufficient funding, the provisions of the Sapin II law cannot be fully effective.

Our legal arsenal is now relatively complete. The real fight today is bringing more resources to the fight against corruption.

Brève chronologie des réformes pour la transparence et la moralisation de la vie économique

2017	Loi n° 2017-1339 du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique
2016	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 dite « Loi Sapin II »
2015	Loi n° 2015-1703 du 21 décembre 2015 visant à pénaliser l'acceptation par un parti politique d'un financement par une personne morale
2013	Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière
	Loi organique n° 2013-906 et la loi n° 2013-907 du 11 octobre 2013 relatives à la transparence de la vie publique
1995	Loi n° 95-126 du 8 février 1995 relative à la déclaration du patrimoine des membres du Gouvernement et des titulaires de certaines fonctions
1993	Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite « Loi Sapin I »
1990	Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques
	Loi n° 90-55 du 15 janvier 1990 relative à la limitation des dépenses électorales et à la clarification du financement des activités politiques

La mise en place d'un dispositif spécifique de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur bancaire et financier

Professeur Francesco Martucci

*Professeur agrégé en droit public à l'université Paris II Panthéon-Assas
Consultant du cabinet Lysias Partners en droit public, droit de l'Union Européenne et finances publiques*

Ce sont des milliards d'euros de recettes, au moment où la France peinait à tenir la trajectoire d'ajustement devant lui permettre de retrouver la vertu budgétaire, qu'a permis de rapporter à la France une lanceuse d'alerte, ex-employée de la banque suisse HSBC.

Entre procédures judiciaires et ostracisation professionnelle, le sort de l'intéressée ne s'est guère avéré enviable. Et pourtant s'il est un secteur dans lequel l'État a intérêt à se montrer bienveillant avec les lanceurs d'alertes, il s'agit bien de la banque et la finance. Les crises financière et de dettes souveraines ont catalysé des réformes qui ont considérablement renforcé l'architecture institutionnelle de la régulation financière.

Le législateur de l'Union a ainsi établi non seulement le système européen de surveillance financière, mais également l'union bancaire. Mais une régulation n'est véritablement efficace que si elle mobilise les acteurs des marchés afin d'en détecter les dysfonctionnements. Tel est l'objet de l'article 16 de 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 qui consacre un dispositif de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur bancaire et financier.

La réforme n'est assurément pas propre à ce secteur, mais s'inscrit dans un mouvement d'ensemble dont le rapport du Conseil d'État a été un des éléments de réflexion les plus aboutis⁶⁵.

Avant l'affaire Snowden ou encore les « *Panama papers* », la Cour européenne des droits de l'homme s'était déjà prononcée sur la délicate question de la conciliation entre la liberté d'expression et l'obligation de loyauté et de réserve (à propos des fonctionnaires, voir Cour EDH, Gde ch., Arrêt du 12 février 2008, Guja c. Moldovie, n°14277/04). Après quelques balbutiements législatifs, la loi Sapin II a consacré un statut général de lanceur d'alerte tandis que la loi organique du 9 décembre 2016 assigne au Défenseur des droits les missions d'orientation et de protection des lanceurs d'alerte.

⁶⁵ CE, Étude, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, 2016 ; voir aussi CE, avis du 28 avril 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

L'article 16 de la loi Sapin consacre un statut de lanceurs d'alerte spécifiquement pour les employés du secteur bancaire et financier. Il introduit dans le code monétaire et financier un chapitre IV intitulé « *Signalement des manquements professionnels aux autorités de contrôle compétentes et protection des lanceurs d'alerte* ». Le législateur a ainsi mis en conformité le droit français avec le droit de l'Union européenne. Alors que la directive sur le secret d'affaires⁶⁶ a cristallisé l'attention dans l'espace public et a été fustigée comme signifiant le primat du marché sur la liberté d'expression, ce ne sont pas moins de cinq actes de droit de l'Union qui imposent aux États membres un dispositif de protection des lanceurs d'alerte⁶⁷.

Autonomie procédurale oblige, le législateur de l'Union laisse le soin aux États membres de déterminer les autorités compétentes pour mettre en place les dispositifs. Il exige néanmoins que ceux-ci soient efficaces ; l'exigence d'effectivité du droit de l'Union prend ainsi le relais et potentialise les pouvoirs des autorités.

Le législateur français a fait le choix d'imposer à l'Autorité des marchés financiers (AMF) et à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR) de mettre en place des procédures afin de recevoir les alertes lancées par les employés du secteur financier et bancaire. L'article 16 de la loi Sapin II demeure évasif puisqu'il se contente de renvoyer les modalités procédurales au règlement général de l'AMF et à un arrêté ministériel pour l'ACPR⁶⁸.

Conformément au droit de l'Union, le législateur impose également aux employeurs du secteur financier de mettre en place « *des procédures internes appropriées permettant à leur personnel de signaler toute violation du présent règlement* ». L'article L. 634-2 du code monétaire et financier soumet ainsi les entreprises relevant du champ de supervision de l'ACPR ou régulées par l'AMF d'adopter une protection adéquate pour leurs salariés contre « *les représailles, la discrimination ou d'autres types de traitement inéquitable* ». Toute mesure de rétorsion sera considérée nulle de plein droit, la compétence étant confiée au juge judiciaire, la justification de la mesure devant être apportée par l'employeur.

Enfin, sur la suggestion du Conseil d'État, les dispositions relatives à la protection des données personnelles n'ont pas été reprises par le droit national. Les dispositions de l'article 32 du règlement (UE) n°596/2014 et de l'article 65 du règlement (UE) n°909/2014 s'avèrent suffisantes pour garantir la protection à la fois des personnes ayant adressé un signalement aux autorités que celles mises en cause dans un signalement.

Il est encore prématuré de faire un bilan de cette réforme, d'autant que les entreprises avaient jusqu'au 1er janvier 2018 pour mettre en place leurs dispositifs. Il demeure que l'article 16 de la loi Sapin II est significatif d'une évolution de la perception des marchés financiers en ce qu'elle

⁶⁶ Directive 2016/943 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 sur la protection des savoir-faire et des informations commerciales non divulgués (secrets d'affaires) contre l'obtention, l'utilisation et la divulgation illicites ;

⁶⁷ Règlement (UE) n°596/2014 du 16 avril 2014 sur les abus de marché ; Règlement (UE) n°909/2014 du 23 juillet 2014 concernant l'amélioration du règlement de titres dans l'Union européenne et les dépositaires centraux de titres ; Règlement (UE) n°1286/2014 du 26 novembre 2014 sur les documents d'informations clés relatifs aux produits d'investissement packagés de détail et fondés sur l'assurance ; Règlement (UE) n°600/2014 du 15 mai 2014 concernant les marchés d'instruments financiers ; Directive n° 2014/91/UE du 23 juillet 2014 modifiant la directive 2009/65/CE concernant certains organismes de placement collectif en valeurs mobilières (OPCVM)

⁶⁸ Arrêté du 22 décembre 2017 relatif aux signalements des manquements professionnels à l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution et à la protection des lanceurs d'alerte

cherche un équilibre entre régulation par l'autorité et autorégulation par le marché. Le compromis doit ainsi être trouvé entre stabilité financière bien commun du marché, d'un côté, et loyauté et réserve des employés nécessaire aux opérateurs, de l'autre côté.

The implementation of a specific protection for whistleblowers in the financial and banking sector

Professeur Francesco Martucci

*Associate Professor in public law at the Paris II Panthéon - Assas University
Consultant of the law firm Lysias Partners in public Law, EU law and public finances*

When France was struggling to balance its public finances, a whistleblower, former employee of the HSBC bank, helped it find billions of euros of lost tax revenue for the country.

Confronted to legal proceedings and professional ostracism, the fate of the woman involved is hardly enviable. If there is a sector where the state may be interested in behaving benevolently toward whistleblowers, it would be the finance and banking industries.

The financial crisis and the sovereign debts have catalyzed reforms that have greatly reinforced the institutional architecture of finance regulation. EU lawmakers have not only introduced a European system of financial supervision, but also a Banking Union. Regulation can only be truly efficient if it market participants themselves join in the detection of its shortcomings.

This is precisely the aim of article 16 of the Sapin II Law on transparency, fighting corruption and modernising the economy, which creates a safety net for whistleblowers in the financial and banking sectors.

This reform is not specific to this sector but falls within a larger trend promoted by a recent and ambitious report on the matter published by the *Conseil d'Etat*, France's highest administrative jurisdiction⁶⁹.

Before the Snowden Case or the Panama papers, the European Court of Human Rights had already ruled on the sensitive issue of reconciling freedom of speech and the duty of loyalty and discretion (regarding civil servants: ECHR, February 12th, 2008, *Guja c. Moldovie*, n°14277/04).

After some legislative stuttering, the Sapin II Law created a general status for whistleblowers and complementary provisions voted on December 2016 gave the French "Défenseur des droits" (the Human rights defense authority) a mission of guidance and protection.

⁶⁹ CE, Étude, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, 2016 ; voir aussi CE, avis du 28 avril 2016 sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique

Article 16 of the Sapin II Law creates a specific protection for employees of the financial and banking sectors. The Law introduces a new fourth chapter in the monetary code entitled "alerting relevant protection authorities when detecting professional misconduct", ensuring compliance with EU law.

The directive on trade secrecy⁷⁰ first drew the public's attention to whistleblowers and while it has been criticized as favouring the market over freedom of speech, there are nonetheless five European Union regulations that compel member states to provide protection to whistleblowers⁷¹.

In light of the principle of member states' procedural autonomy, EU lawmakers leave them the freedom of picking the relevant authorities to implement this protection mechanism. The mechanism must be effective: EU law's imperative of effectiveness completes the freedom left to the national governments.

French lawmakers designated the French Financial Markets Authority ("*Autorité des marchés financiers*") and to the Prudential Control Authority ("*Autorité de contrôle prudentiel et de résolution*") in charge of implementing procedures for receiving alerts from employees of the financial and banking sector. The law itself does not provide for specific procedures and relies on the AMF's rules of governance and on a ministerial decree for the ACPR⁷².

In accordance with EU law, employers of the financial sector must implement "appropriate mechanisms for employees to report any violation of the regulation".

Article L. 634-2 of the monetary code also requires companies supervised by the ACPR or regulated by the AMF to implement appropriate protection for their employees against "reprisals, discrimination or any other type of unequitable treatment". Any retaliatory measure will be deemed null and void. Civil courts shall control the treatment of whistleblowers and the employer will have to justify his decisions.

The Conseil d'Etat advised against introducing into French law specific provisions on the protection of personal data . Article 32 of regulation no 596/2014 and article 65 of regulation no 909/2014 provide sufficient guarantees for the protection of persons who report incidents and of those who have been accused of improperly disclosing information.

It is still premature to assess of the results of the Sapin II Law, especially since companies had until January 1st 2018 to implement such mechanism.

⁷⁰ Directive 2016/943 of the European parliament and of the council on the protection of undisclosed know-how and business information (trade secrets) against their unlawful acquisition, use and disclosure)

⁷¹ Regulation no 596/2014 of 16 April 2014 on market abuse ; Regulation no 909/2014 of 23 July 2014 on improving securities settlement in the European union and on central securities depositories ; Regulation no 1286/2014 of 26 November 2014 on key information documents for packaged retail and insurance-based investment products ; Regulation no 600/2014 of the European parliament and of the council of 15 May 2014 on markets in financial instruments ; Directive 2014/91/eu of 23 July 2014 amending Directive 2009/65/EC on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities as regards depositary functions, remuneration policies and sanctions

⁷² Decree of 22 December 2017 on alerting the Prudential Control Authority and on the protecting whistleblowers

However, article 16 of the Sapin II Law constitutes a significant evolution of the perception of financial markets because it strives to find balance between regulation by public authorities and market self-regulation.

There must be a compromise between financial stability, as the essence of markets, and the loyalty and discretion of employees who are all but necessary to operators.

La lutte de l'OCDE contre la fraude fiscale en chiffres

L'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (« OCDE ») a pour mission de promouvoir des politiques publiques en matière économique, sociale et environnementale.

L'OCDE compte 35 pays membres et a engagé des discussions en vue de l'adhésion avec la Colombie, le Costa Rica, la Fédération de Russie et la Lituanie. L'Afrique du Sud, le Brésil, la République populaire de Chine, l'Inde et l'Indonésie sont des Partenaires clés de l'OCDE. L'OCDE collabore également avec plus d'une centaine d'autres économies, dont beaucoup participent aux travaux de ses comités et adhèrent à ses instruments.

35 PAYS MEMBRES	Allemagne	Japon
	Australie	Lettonie
	Autriche	Luxembourg
	Belgique	Mexique
	Canada	Norvège
	Chili	Nouvelle-Zélande
	Corée	Pays-Bas
	Danemark	Pologne Portugal
	Espagne	République slovaque
	Estonie	République tchèque
	États-Unis	Finlande France
	Grèce Hongrie	Royaume-Uni
	Irlande	Slovénie
	Italie	Suède
	Islande	Suisse
Israël	Turquie	

+135 membres du Forum mondial sur la transparence et l'échange de renseignements à des fins fiscales.

+100 pays et juridictions participent au nouveau cadre inclusif sur le BEPS (érosion de la base d'imposition et transfert de bénéfices).

+100 pays et juridictions adhèrent à la Convention multilatérale concernant l'assistance administrative mutuelle en matière fiscale.

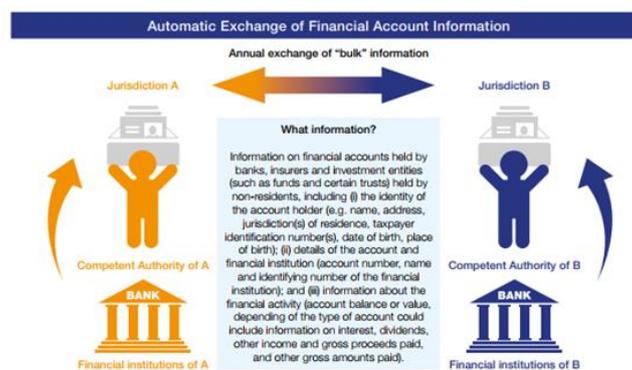
+100 pays, représentant plus de 2 000 conventions fiscales bilatérales, participent à la négociation de l'instrument multilatéral destiné à appliquer les mesures relatives aux conventions fiscales adoptées à l'issue du Projet BEPS.

Environ **130** agents du Secrétariat issus de plus de **30** pays.

Source: OCDE, *Travaux de l'OCDE and le domaine fiscal, 2016-2017*
<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/centre-de-politique-et-administration-fiscales-brochure.pdf>

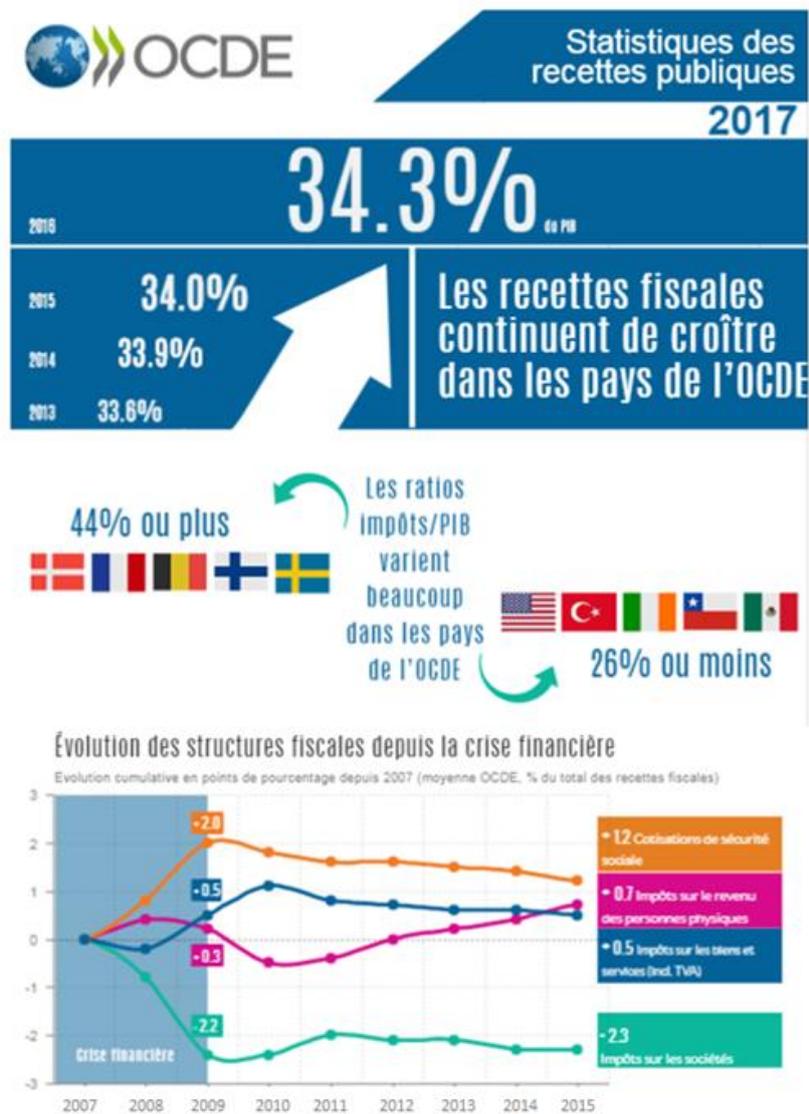
L'OCDE, depuis sa création, a contribué à élaborer des normes mondiales, des conventions internationales, des accords et des recommandations dans des domaines tels que la gouvernance et la lutte contre la corruption, la responsabilité des entreprises, le développement, l'investissement international, la fiscalité et l'environnement, pour ne citer que quelques exemples.

Depuis la crise financière de 2007, l'OCDE a intensifié sa lutte contre l'évasion fiscale. La nomination de Pascal Saint-Amans au poste de directeur du Centre de politique et d'administration fiscales de l'OCDE en 2012 a favorisé l'avancement de l'agenda de la transparence fiscale de l'OCDE. En 2013, les dirigeants du G20 se sont engagés en faveur de l'échange automatique des renseignements bancaires entre autorités fiscales.



Source: OCDE, *Tax transparency, Report on progress, Global forum on transparency and exchange of information for Tax purposes, 2017*
<http://www.oecd.org/tax/transparency/global-forum-annual-report-2017.pdf>

A ce jour, quatre-vingt-quinze pays ont signé l'accord sur l'échange automatique de données bancaires : cinquante-trois de ces états procèdent à des échanges de données depuis l'automne 2017. Les quarante et une juridictions restantes ont pour échéance l'année 2018.



Source: OCDE, *Travaux de l'OCDE and le domaine fiscal*, 2017
<http://www.oecd.org/fr/fiscalite/statistiques-des-recettes-publiques-25227092.htm>

La lutte contre la corruption en chiffres

Dans le monde

53 %
DES AFFAIRES ONT
IMPLIQUÉ LES CADRES
DE L'ENTREPRISE
OU LE PDG

1/3
DES AFFAIRES A ÉTÉ
DÉCLENCHÉ PAR
L'AUTO-DÉNONCIATION

57 %
DES AFFAIRES
ONT IMPLIQUÉ
DES POTS-DE-VIN
DANS LE CADRE
DES MARCHÉS PUBLICS

2 %
DES AFFAIRES
ONT ÉTÉ DÉCLENCHÉS
PAR DES DONNEURS
D'ALERTE

75 %
DES AFFAIRES
ONT IMPLIQUÉ
DES PAIEMENTS
PAR DES
INTERMÉDIAIRES

80
INDIVIDUS ONT ÉTÉ
EMPRISONNÉS SUITE
À UNE CONDAMNATION
DU CHEF DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE

261
AMENDES ONT
ÉTÉ IMPOSÉES À
DES INDIVIDUS ET
DES ENTREPRISES

69 %
DES AFFAIRES ONT ÉTÉ
TERMINÉS PAR VOIE
DE RÈGLEMENT

390
ENQUÊTES SONT
EN COURS DANS 24
DES 41 PARTIES
À LA CONVENTION
DE L'OCDE SUR
LA CORRUPTION

7.3 ANS
DURÉE MOYENNE
DES AFFAIRES
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE
CONCLUES EN 2013

15 ANS
DÉLAI LE PLUS LONG
POUR PARVENIR
À UNE DÉCISION
DE JUSTICE DÉFINITIVE
DANS UNE AFFAIRE
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE

**USD 149
MILLIONS**
LE MONTANT LE PLUS
ÉLEVÉ CONFISQUÉ
À UNE PERSONNE
PHYSIQUE DANS
UNE AFFAIRE
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE

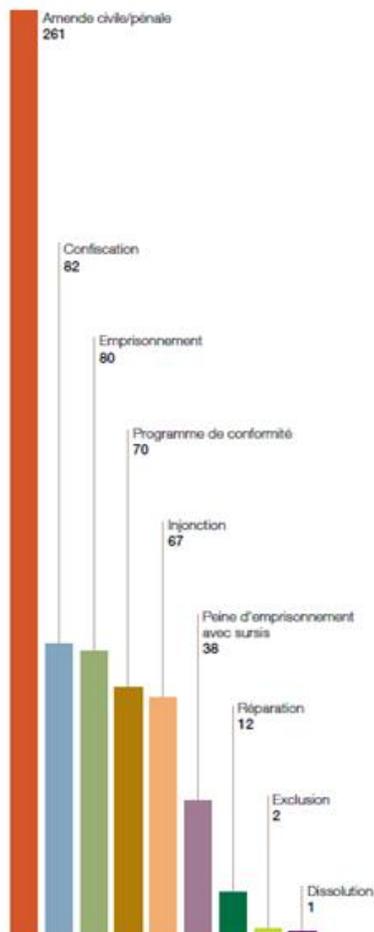
31 %
DES PRÉVENUS ONT
VOLONTAIREMENT
DÉNONCÉ LEUR
PARTICIPATION
À DES ACTES
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE
AUX AUTORITÉS
RÉPRESSIVES

**USD 43.7
MILLIONS**
ORDONNÉS À TITRE
DE RÉPARATION
DANS LES AFFAIRES
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE

**EUR 1.8
MILLIARD**
AMENDE CUMULÉE
LA PLUS ÉLEVÉE
IMPOSÉE DANS
UNE AFFAIRE
DE CORRUPTION
TRANSNATIONALE

80.11 %
DES POTS-DE-VIN ONT
ÉTÉ PROMIS, OFFERTS,
OU OCTROYÉS
AUX SALARIÉS
D'ENTREPRISES
PUBLIQUES

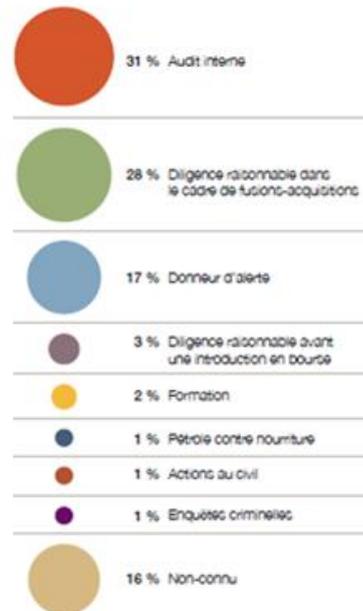
Source: OCDE, Rapport sur la corruption transnationale, 2014
<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814012e.pdf?expires=1518097824&id=id&accname=quest&checksum=03581EB40436D9CED5CFFF7A7B919239>



Graphique : Comment la corruption transnationale est-elle sanctionnée ?

Analyse de l'OCDE basée sur les affaires de corruption transnationale détectées entre le 15 février 1999 et le 1^{er} juin 2014

Source: OCDE, *Rapport sur la corruption transnationale, 2014*
<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814012e.pdf?expires=1518097824&id=id&accname=guest&checksum=03581EBA0436D9CED5CFF7A7B919239>

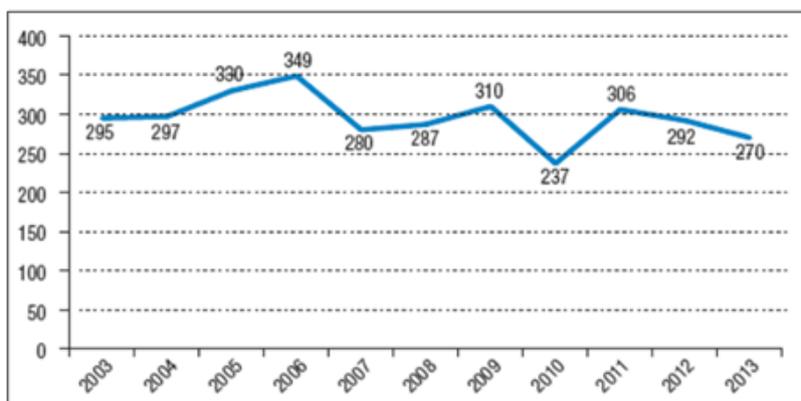


Graphique : Comment les entreprises, qui ont spontanément signalé les actes de corruption transnationale, ont-elles pris connaissance de ces actes commis dans le cadre de leurs activités commerciales ?

Analyse de l'OCDE basée sur les affaires de corruption transnationale détectées entre le 15 février 1999 et le 1^{er} juin 2014

Source: OCDE, *Rapport sur la corruption transnationale, 2014*
<http://www.oecd-ilibrary.org/docserver/download/2814012e.pdf?expires=1518097824&id=id&accname=guest&checksum=03581EBA0436D9CED5CFF7A7B919239>

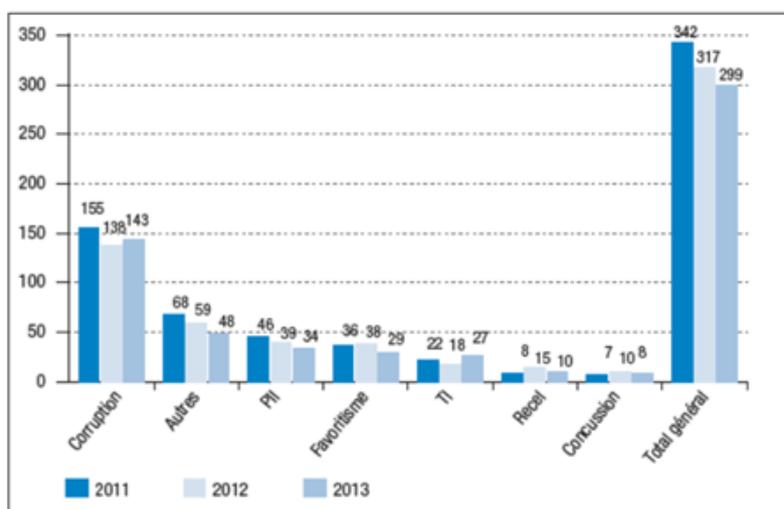
En France



Nombre de personnes condamnées pour manquements à la probité en France de 2003 à 2014

Source: SCPC, Rapport, 2014

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_scpc_2014.pdf



Nombre d'infractions ayant donné lieu à condamnation en France en 2011, 2012 et 2013

Analyse des données statistiques concernant les infractions répertoriées dans le casier judiciaire national (2011-2013)

Source: SCPC, Rapport, 2014

http://www.justice.gouv.fr/art_pix/rapport_scpc_2014.pdf

La nouvelle Agence Française Anticorruption

TABLEAU COMPARATIF

Depuis 2003, les organisations internationales n'ont cessé d'inviter la France à élaborer une politique de lutte contre la corruption plus efficace. De même, le Service Central de Prévention de la Corruption (« SCPC ») a régulièrement appelé le législateur à renforcer ses pouvoirs.

La loi du 9 décembre 2016 répond à ces critiques en remplaçant le SCPC, créé en 1993, par l'Agence française anticorruption (« AFA »). Désormais l'AFA dispose de pouvoirs accrus pour prévenir et détecter les faits de corruption. S'il est regrettable que l'AFA ne soit pas dotée de la personnalité juridique d'une Autorité Administrative Indépendante (« AAI »), la loi Sapin II lui confère toutefois un pouvoir de sanction louable. A cet égard, comparer les deux entités à travers un tableau offre les outils pour être prêt à décrypter les premiers pas de l'AFA et ainsi mesurer l'efficacité de la lutte contre la corruption.

	SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION		AGENCE FRANCAISE ANTICORRUPTION	
	Dispositions législatives et réglementaires	Commentaires	Dispositions législatives et réglementaires	Commentaires
Loi	Loi n° 93-122 du 29 janvier 1993	<u>1^{er} juin 1993</u> : mise en œuvre	Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016	<u>17 mars 2017</u> : nomination du directeur de l'Agence <u>23 mars 2017</u> : Inauguration par le président Hollande
Nature	Service central interministériel		Service à compétence nationale	La nature de cette structure est critiquable : (i) le statut de « <i>service à compétence nationale</i> » est peu connu et mal défini, et surtout, (ii) il ne confère pas la personnalité juridique, l'AFA ne dispose donc pas d'une indépendance pleine et entière
Source et objet de la création de ces services	Création préconisée par la Commission de prévention de la corruption présidée par M. Bouchery dans un rapport remis en décembre 1992 au premier ministre	L'exposé des motifs de la loi précise que la création du SCPC a pour objet une meilleure détection des faits de corruption impliquant une exploitation systématique des renseignements centralisés, en vue d'accroître l'efficacité de la lutte contre la corruption	Multiplication des textes internationaux invitant l'Etat français à élaborer une politique de lutte contre la corruption plus efficace. Depuis 2010, le SCPC a abordé régulièrement la question d'une réforme de la loi l'ayant créé afin de renforcer ses pouvoirs de prévention et de lutte contre la corruption	La loi 9 décembre 2016 s'inscrit dans la continuité des réformes amorcées en 2013 sur la transparence de la vie publique
Tutelle	Placé sous la tutelle du ministre de la Justice		Placé sous la double tutelle du ministre de la Justice et du ministre chargé du Budget	A la différence d'une AAI, l'AFA ne dispose pas d'une indépendance organique puisqu'elle est soumise à une

	SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION		AGENCE FRANCAISE ANTICORRUPTION	
				tutelle ministérielle Certains éléments lui confèrent toutefois une indépendance fonctionnelle : - <u>D'une part</u> l'AFA définit sa stratégie, ses orientations, elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire de sanction ; - <u>D'autre part</u> l'autonomie de ses membres est garantie : le directeur est inamovible, il ne reçoit ni ne sollicite d'instructions, les agents sont tenus au secret professionnel...
Budget	Non communiqué	Budget établi par les services administratifs du ministère de la justice	Entre 10 et 15 millions d'euros	L'attribution d'un budget déterminé et public renforce l'indépendance de l'AFA
Direction	Un Haut magistrat	Bernard Challe est nommé premier chef du SCPC le 22 février 1993	Un magistrat hors hiérarchie de l'ordre judiciaire nommé par décret du Président de la République	Charles Duchaine, réputé pour son expérience et sa probité selon les auteurs, est nommé à la tête de l'AFA le 17 mars 2017
Organisation	9 membres en 1994 5 membres en 2010 10 membres en 2014 16 membres en 2016 parmi lesquels 12 équivalents temps plein (dont un chef de service et un secrétaire général) et quatre fonctionnaires mis à disposition	La taille réduite du SCPC traduit la volonté du législateur « <i>d'en faire une cellule d'experts hautement spécialisés</i> »	Entre 60 et 70 membres , répartis comme suit : - <u>Un directeur adjoint</u> ; - <u>Un secrétariat général</u> ; - <u>Une commission des sanctions</u> (six membres) ; - <u>Un conseil stratégique</u> (neuf membres) ; - <u>Une sous-direction du conseil, de l'analyse stratégique et des affaires internationales</u> ; - <u>Une sous-direction du contrôle</u>	Trois constats : - L'augmentation exponentielle du nombre d'agents mobilisés ; - Les membres de l'AFA peuvent s'entourer d'experts et d'autorités qualifiées afin de mener leurs missions ; - Enfin, la commission des sanctions doit respecter une stricte parité entre les hommes et les femmes
Durée des mandats	Nomination pour quatre ans renouvelable		Variable (Directeur: six ans ; Membre de la commission des sanctions: cinq ans ; Membre du conseil stratégique: trois ans)	
Protection des agents	Aucune		Le fait de prendre des mesures pour entraver l'action des agents est puni de 30 000 euros d'amende	
Pouvoirs	- Centraliser les informations nécessaires à la détection et à la prévention des faits de corruption notamment - Apporter assistance et conseil aux autorités administratives - Apporter une aide aux autorités judiciaires - Elaborer un rapport annuel	Dans l'esprit du législateur, le SCPC devait être un organisme de renseignement, d'enquête et d'expertise, au service des autorités judiciaires et administratives Pour accomplir sa mission le législateur avait prévu dans un	- Centraliser et diffuser les informations permettant d'aider à prévenir et à détecter les faits de corruption notamment ; - Elaborer des recommandations ; - Contrôler le respect de la législation a priori ; - Contrôler la mise en œuvre des mesures de mise en conformité <i>a posteriori</i> ; - Veiller à la transmission	L'extension et le renforcement des pouvoirs de ce service sont louables, toutefois, plusieurs problématiques sont d'ores et déjà perceptibles : - Le paradoxe du contrôle de la mise en place de mesures de conformité, étant donné que de telles mesures sont à l'origine spontanées ; - Le prononcé de sanctions alors que l'AFA n'est pas une AAI ;

	SERVICE CENTRAL DE PREVENTION DE LA CORRUPTION		AGENCE FRANCAISE ANTICORRUPTION	
		<p>article 5 que le service pourrait conduire des enquêtes avec droit de communication de pièces et droit d'audition</p> <p>Or, cet article a été déclaré contraire à la constitution par le Conseil constitutionnel (Décision n° 92-316, 20 janvier 1993), ce que le SCPC a regretté</p>	<p>d'information à des personnes physiques ou morales étrangères ;</p> <ul style="list-style-type: none"> - Aviser le procureur de la République ; - Elaborer un rapport d'activité 	<ul style="list-style-type: none"> - L'articulation des pouvoirs du procureur de la République et de la Commission des sanctions eu égard aux articles 131-39-2 et 764-44 du Code pénal. En effet, bien qu'il n'existe pas d'incompatibilité entre ces dispositions, on peut d'ores et déjà craindre que le dialogue se transforme en cacophonie entre les protagonistes à savoir le procureur de la République, l'AFA et les personnes morales
Sanctions	Aucune		<p>La Commission des sanctions peut prononcer une sanction allant jusqu'à 200 000 euros pour les personnes physiques et un million d'euros pour les personnes morales.</p>	
Prescription	Aucune		<p>Trois années révolues à compter du jour où le manquement a été constaté</p>	<p>Le point de départ de l'action de l'AFA retarde la prescription qui court à compter du constat du manquement, et non au jour de la commission de l'infraction, ce qui étend le temps de lutte contre la corruption</p>

The new French Anticorruption Agency

COMPARATIVE TABLE

Since 2003, international organizations have kept inviting France to implement more efficient anticorruption policies. Similarly, the French central service of corruption prevention (SCPC) regularly calls for its prerogatives to be strengthened. The Sapin II law answers these concerns by replacing the SCPC created in 1993 with a new French anticorruption agency known as *Agence française anticorruption* (AFA).

	CENTRAL SERVICE OF CORRUPTION PREVENTION		FRENCH ANTICORRUPTION AGENCY	
	Legislative and regulatory provisions	Comments	Legislative and regulatory provisions	Comments
Law	Law n° 93-122 of January 29th, 1993	January 1st, 1993 : implementation	Law n° 2016-1691 of December 9th, 2016	March 17th, 2017 : designation of the agency's director March 23rd, 2017 : Inauguration by President Hollande
Nature	Interministry service		National service	The nature of this structure has raised questions: (i) the notion of « <i>national service</i> » is little known and poorly defined, more importantly, (ii) it does not confer legal capacity and thus the agency is not a fully independent body.
Source	Recommended in a report published by the Corruption Prevention Committee and supervised by M. Bouchery in 1992	The law creating the SCPC underlines the need to better prevent corruption, exploit systematically the available data and enhance the fight against corruption	Since 2010, the SCPC has regularly called for an improvement of the law on the fight against corruption and for the reinforcement of its powers	The Sapin II law furthers the effort towards political transparency initiated by the 2013 French reforms
Supervision	Placed under the supervision of the Minister of Justice		Placed under the double supervision of the Minister of Justice and of the Minister in charge of the budget	Unlike an independent administrative authority or quasi non-governmental organization, the new agency does not have an organic independence because it is placed under ministerial supervision. The agency operates independently: - the agency defines its strategy, orientations and holds a discretionary sanction prerogative; - Its members' autonomy is guaranteed: the head of the

	CENTRAL SERVICE OF CORRUPTION PREVENTION		FRENCH ANTICORRUPTION AGENCY	
				agency cannot be removed, he doesn't receive nor seek instructions, and agents are sworn to secrecy...
Budget	Not communicated	Budget established by the administrative services of the Minister of Justice	Between 10 and 15 million euros	A fixed and transparent budget helps reinforce the agency's independence
Direction	A high magistrate	Bernard Challe, the first head of the SCPC, was designated on February 22 nd , 1993	A magistrate of the judicial hierarchy chosen by the President of the Republic	Charles Duchaine, renowned for its experience and probity, has been appointed head of the agency on March 17th, 2017
Organization	<p>9 members in 1994</p> <p>5 members in 2010</p> <p>10 members in 2014</p> <p>16 members in 2016 among which 12 were officers of the service and 4 were civil servants</p>	The SCPC's small size is a consequence of parliament's vision of the SCPC as a highly specialized group of experts.	<p>Between 60 and 70, distributed as follows :</p> <ul style="list-style-type: none"> - A <u>deputy director</u> ; - A <u>central secretariat</u> ; - A <u>sanction commission</u> (six members) ; - A <u>strategic council</u> (nine members) ; - A <u>strategic analysis and international affairs subcommittee</u> ; - A <u>control subcommittee</u> - 	<p>Three observations :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Exponential growth of the number of mobilized officers ; - The members of the agency can be assisted in their mission by experts and qualified authorities; - The sanction commission is subject to a gender parity rule.
Term duration	Nominated for four renewable years		Variable (Director : six years ; Sanction commission member : five years ; members of the strategic council : three years)	
Officers' protection	None		Impeding an agent's work is a punishable offence (30k euro fine)	
Prerogatives	<ul style="list-style-type: none"> - Centralizing information needed to detect and prevent corruption ; - Assisting and advising administrative authorities ; - Assisting and advising judicial authorities ; - Publishing an annual report 	<p>The SCPC was intended to be a service in charge of information and investigation on matters of corruption, at the service of judicial and administrative authorities.</p> <p>To accomplish this mission, the legislator provided that according to article 5 of the law, the SCPC could conduct investigations, request documents and hear persons of interest.</p> <p>However, these provisions were declared unconstitutional by the Constitutional council (Decision n° 92-316, January 20th, 1993).</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Centralising and communicating information to prevent and detect corruption ; - Making recommendations; - Enforcing anticorruption legislation ; - Enforcing the implementation of compliance programs; - Ensuring the transmission of information to foreign entities; - Informing prosecution authorities; - Elaborating an annual report 	<p>Several issues have been raised with regards to these new prerogatives :</p> <ul style="list-style-type: none"> - Enforcing the implementation of compliance programs is somewhat in contradiction with their spontaneous nature ; - The prosecution authorities and the sanction commission have similar prerogatives which need to coexist (articles 131-39-2 and 764-44 of the French criminal code). While these are not in conflict, ensuring smooth interaction between all parties may be complex.
Sanctions	None		The sanction commission can impose sanctions up to	

		CENTRAL SERVICE OF CORRUPTION PREVENTION	FRENCH ANTICORRUPTION AGENCY	
			200 000 euros for individuals and up to one million for companies.	
Prescription	None		Three years as of the day when the misconduct has been identified	The period of prescription is calculated from the moment when misconduct is effectively revealed (and not from the date when the offence was committed), giving more time to investigation. The agency's decision to begin proceedings indefinitely postpones the starting date of the time period.

Immunité d'exécution des Etats

RETOUR SUR LA PROTECTION SUPPLEMENTAIRE PREVUE PAR LA LOI SAPIN II

Alexis Madelain

*Avocat au Barreau de Paris
Diplômé de Sciences Po Paris
Lysias Partners*

Le droit français est généralement perçu comme favorable à l'arbitrage et son caractère libéral s'est affirmé dans le domaine de l'exécution forcée des décisions rendues contre des états étrangers.

A rebours de cette perception, la loi Sapin II a modifié le régime de l'immunité des biens des états devant les juridictions françaises et introduit une protection renforcée des états et des missions diplomatiques⁷³.

La Cour de cassation a suivi le législateur et a définitivement renoncé à sa jurisprudence antérieure.

Les nouvelles dispositions prévues par la loi Sapin II ont été à l'origine de vifs échanges dans la presse, certains accusant des états étrangers de téléguider le travail parlementaire

L'interprétation disparate d'une convention internationale

Pour rappel, la France est signataire, avec vingt-huit autres états, de la Convention des Nations Unies sur l'immunité juridictionnelle des Etats et de leurs biens du 2 décembre 2004, dite « *Convention de New York* » (« la Convention »), bien que celle-ci n'ait pas été encore ratifiée.

La Convention prévoit notamment une immunité d'exécution applicable aux biens appartenant aux états en cas de mesures conservatoire ou d'exécution forcée engagées par leurs créanciers.

L'immunité ne peut être levée que si l'état y renonce expressément (*i.e.* : une clause de renonciation figurant dans un contrat), si l'état a affecté certains biens au créancier, ou si les biens concernés ne sont pas utilisés à des fins de service public.

La Convention souffre d'une interprétation variable parmi les signataires, certains états exigeant par exemple une autorisation préalable du juge ou d'une administration avant toute saisie.

En France, la jurisprudence de la Cour de cassation, antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi Sapin II, s'est d'abord engagée dans un mouvement d'assouplissement des conditions de saisies.

La Cour de cassation, s'appuyant sur la Convention des Nations Unies de 2004, a considéré que l'immunité d'exécution garantie aux états étrangers pouvait être levée dans deux conditions : que l'état ait renoncé à cette immunité de façon expresse, par un écrit, et de façon spéciale, c'est-à-dire que la renonciation porte sur des biens déterminés par l'état⁷⁴.

⁷³ Articles 24 et 24 bis du Projet de loi

⁷⁴ Cass. Civ 1^{ère} 28 septembre 2011, n° 09-72057

Cette jurisprudence a connu une évolution majeure en 2015, lorsque la Cour de cassation a estimé⁷⁵ qu'il n'était pas nécessaire que la renonciation des états soit spéciale, autrement dit qu'elle mentionne les biens auxquels cette renonciation s'applique.

En outre, la Cour de cassation a considéré que les biens appartenant aux missions diplomatiques ne bénéficiaient pas d'un traitement spécifique, et pouvaient ainsi faire l'objet d'une mesure d'exécution, à la suite d'une renonciation à l'immunité d'exécution.

Le 10 janvier 2018, la première chambre civile de la Cour de cassation⁷⁶ a définitivement mis fin à cette jurisprudence. Reprenant les dispositions de la loi Sapin II, la Cour de cassation choisit de les appliquer à un cas datant de 2012 et confirme la nécessité d'une renonciation expresse et spéciale.

La Cour de cassation tenant compte de « *l'impérieuse nécessité de traiter de manière identique des situations similaires* » contre le principe de l'application de la loi dans le temps, choisit de revenir à la jurisprudence initiale confortée par la loi Sapin II.

Des états vulnérables à la recherche d'une protection accrue

Lors de l'examen de la loi Sapin II, le Gouvernement a soutenu que le nombre de saisies portant sur des biens appartenant aux états étrangers avait considérablement augmenté, du fait notamment de la facilité d'obtenir en France l'exequatur d'une décision et de la possibilité de mettre en œuvre une mesure d'exécution par huissier et sans autorisation judiciaire ou administrative.

Certains états très exposés lors de litiges internationaux et poursuivis par des créanciers peu scrupuleux ont vu leurs biens saisis en France.

Selon le Gouvernement, le droit français traitait alors l'état étranger tel un vulgaire débiteur de droit commun, dont la protection devait être renforcée⁷⁷.

La rédaction proposée par le Gouvernement, initialement supprimée par la Commission des lois de l'Assemblée nationale, a été conçue pour répondre à cette jurisprudence trop permissive de la Cour de cassation.

La rédaction proposée aux assemblées allait plus loin que la Convention de 2004, exigeant notamment une autorisation judiciaire préalable par voie d'ordonnance sur requête pour toute mesure conservatoire ou d'exécution forcée à l'encontre d'un bien appartenant à un état étranger.

En outre, le texte prévoit une immunité autonome pour certains biens, soit les biens destinés à des fins de service public non commerciales (*i.e.* biens destinés à l'exercice de la mission diplomatique, biens de caractère militaire, biens faisant partie du patrimoine culturel, biens faisant partie d'une exposition scientifique et culturelles et les créances fiscales / et sociales de l'état).

L'introduction d'une nouvelle autorisation judiciaire préalable n'est pas sans conséquences : d'une part celle-ci constitue un obstacle non négligeable aux mesures d'exécution d'urgence, et d'autre

⁷⁵ Cass. Civ 1^{ère} 13 mai 2015, n° 13-17751

⁷⁶ Cass. Civ. 1^{ère} 10 janvier 2018, n° 16-22494

⁷⁷ Lors de la discussion du texte, le ministre avait notamment justifié la modification des règles en matière d'immunité des états par la nécessité de protéger, dans le cadre de la convention de 2004, les biens des états qui pourraient faire l'objet d'une saisie en France, arguant qu'il existait aujourd'hui en France une « *incertitude sur les modalités d'application de la convention* »

part, cette obligation permet à l'état étranger de déplacer ses biens les plus mobiles hors du pays.

Malgré l'opposition du Parlement, comme en témoigne la suppression de ces dispositions par les commissions des lois de l'Assemblée nationale et du Sénat en première lecture, c'est finalement le texte du Gouvernement qui a été adopté.

Une articulation délicate avec le droit des créanciers, une action internationale incertaine

Les débats autour de ce texte ont mis en lumière plusieurs difficultés conséquentes à ce renforcement de la protection conférée aux biens d'un état étranger.

La loi Sapin II rend l'exécution d'une décision arbitrale ou judiciaire, à l'encontre d'un état, sensiblement plus ardue : cette mesure contraint une personne déjà titulaire d'un titre exécutoire de se présenter à nouveau devant un juge.

La réforme est aussi susceptible de connaître une articulation difficile avec la jurisprudence de la CEDH. Dans plusieurs décisions⁷⁸, la CEDH a rappelé que l'impossibilité pour les requérants d'obtenir l'exécution d'un jugement définitif constituait une violation de l'article 6 de la convention (droit à l'accès à un tribunal).

Plus largement, la réforme a soulevé des difficultés notamment d'ordre diplomatique, plusieurs gouvernements étrangers objets de saisies récurrentes lors de litige internationaux étant favorables à un renforcement des protections apportées à leurs biens.

En effet, cette réforme s'inscrit dans un débat sur la nécessité de lutter contre les comportements anormaux de certains fonds spéculatifs. Ceux-ci prennent pour cible les biens appartenant aux états endettés et défaillants.

La loi Sapin II a entendu renforcer les protections accordées aux biens des états et a prévu des dispositions visant à lutter contre les fonds dits « *vautours* », en lien avec plusieurs ONG (*i.e.* limitation, sous certaines conditions, du recours aux mesures d'exécutions contre un état ayant fait défaut sur sa dette).

Cet effort doit toutefois désormais être confronté à la jurisprudence de la CEDH relative au « *droit à l'exécution* » et conforté par un effort de protection concerté au niveau international, lequel, au vu de l'interprétation disparate de la Convention de New York, semble plutôt incertain.

⁷⁸ CEDH 3^e section 9 février 2006, De Luca c/ Italie (17644/03), CEDH 2^e section 24 septembre 2013, Pennino c/ Italie (43892/04) ; CEDH, 19 mars 1997, Hornsby c/ Grèce, (18357/91)

Jurisdictional immunity of states and their property

NEW MEANS OF PROTECTION PROVIDED BY THE "SAPIN II" LAW

Alexis Madelain

*Lawyer at the Paris Bar
Graduated from Sciences Po Paris
Lysias Partners*

The French legal system is usually perceived to be fertile ground for arbitration proceedings and the enforcement of awards. One general illustration of this liberal character is the relative ease with which an award or judgment may be enforced or interim measures taken against foreign sovereign assets.

Recent legislative changes somewhat challenge this perception – a new bill, entitled "Sapin II" (named after Michel Sapin, the finance minister at the time) - has reinforced the jurisdictional immunity in France of states and their property.

The new rules have been the subject of controversy in the press, with accusations of unscrupulous lobbying by some foreign states.

The Convention's lack of uniform interpretation

Along with 28 other states, France has signed the United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and their Property⁷⁹ ("the Convention"). This international agreement provides states and their property with a degree of jurisdictional immunity.

Under the Convention, no measures of constraint may be taken unless the state has expressly consented to the taking of such a measure (*i.e.* in a specific contract clause or international agreement), the state has allocated specific assets to the satisfaction of the claim, or the assets are known to be in use for other than government non-commercial purposes.

The Convention has suffered from a lack of uniform interpretation amongst the signatories. For example, some states require, prior to taking any measure, some form of preliminary authorization given by a judge or administrative office.

France's *Cour de cassation* case law had in recent years seemed to lean in favour of creditors' rights over state immunity.

The *Cour de cassation's* initial position⁸⁰ was that state immunity gave way to enforcement when the state had expressly waived immunity in writing and allocated specific assets.

This position changed substantially in 2015⁸¹, when the court held that it was not necessary for a state to designate specific assets when waiving immunity, and consequently, a simple express waiver to immunity sufficed.

⁷⁹ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York, 2 December 2004

⁸⁰ Cass. Civ 1ère 28 septembre 2011, n° 09-72057

⁸¹ Cass. Civ 1ère 13 mai 2015, n° 13-17751

The *Cour de cassation* also held that property used or intended for use by diplomatic missions did not benefit from special treatment and was exposed to enforcement and interim measures, should immunity be waived by the State.

In a major ruling of January 2018⁸², the *Cour de cassation* returned to its initial position and held that a state's waiver must be express and special. France's highest court chose to apply the Sapin II rules to a case from 2012 because of the exceptional nature of the matter and its potential impact on state sovereignty.

Vulnerable states seeking further protection

At the time of the bill's discussion, the French government held the view that an increasing number of state-owned assets were the subject of enforcement proceedings and pre-judgement measures of constraint in French jurisdictions.

Creditors had been seeking relief in France against states involved in high profile international litigation, mostly by having state assets seized. The Government argued that French law was insufficiently protective of states' immunity, in violation of the Convention.

The Government deemed the *Cour de cassation's* liberal interpretation of the Convention in need of reform. New rules were drafted in *Sapin II* and submitted to Parliament in March 2016.

These draft provisions offered greater protection than the Convention. Under the new rules, a judge would need to authorise a measure taken against property owned by a foreign state.

The new rules also provided for autonomous immunity for specific categories of assets with no commercial purposes (*i.e.* public service). Assets serving a diplomatic or military purpose, assets of a cultural and historical nature and tax and social debt would benefit from immunity.

There are significant consequences to requiring a judicial authorisation. It is an obstacle for any creditor legitimately – and often urgently - seeking satisfaction. Unscrupulous states may also use the time consuming process to swiftly move their assets outside of the jurisdiction.

In light of these difficulties, both the National assembly's and the Senate's permanent committees in charge of legislation ("*Commission des lois*") rejected the Government's drafting. In the end the Government prevailed and both houses voted in favour of the new rules.

An uneasy interaction with creditors' rights and limited international impact

The controversy shed some light on the issues arising from increased protection of state assets through domestic legislation.

The new rules undeniably complicate the execution of arbitral awards and court decisions involving States and their assets. A creditor in possession of an enforceable decision, often after lengthy and expensive court proceedings, would have to petition yet another judge to obtain satisfaction.

This reform might also cause some friction with ECHR case law. In multiple decisions⁸³, the ECHR found that when a domestic legal system allows a binding judicial decision to remain inoperative, there is a breach of the right of access to a court guaranteed by Article 6-1 of the Convention.

⁸² Cass. Civ. 1^{ère} 10 janvier 2018, n° 16-22494

⁸³ ECHR 3rd section 9 February 2006 De Luca v. Italy (17644/03), ECHR 2nd section, 24 September 2013, Pennino v/ Italy (43892/04) ; ECHR, 19 March 1997, Hornsby c/ Grèce, (18357/91)

The implementation of a judgment must be considered an integral part of the “trial” protected by article 6.

On a diplomatic level, foreign governments have expressed concerns about the ease with which states’ assets can be seized in spite of their use for non-commercial purposes.

The French Government and lawmakers also argued that reinforcing immunity of state assets would help the fight against predatory “vulture funds” investing in distressed sovereign debt. The Sapin II law, under specific conditions, limits the ability for creditors to seek relief against states which have defaulted on their debt.

While curtailing creditors’ rights has enjoyed some political legitimacy, this endeavour must undoubtedly be associated with a greater international effort to offer uniform protection of state assets. Given the varying interpretation of the New York Convention, such an effort seems thus far unlikely.

De Symmaque à Montesquieu

LA TRADITION DE LA VERTU BAFOUEE

Yves Lemoine

*Magistrat honoraire
Historien*

« *Quand la corruption est à son comble,
nulle loi ne peut réprimer les mœurs* »
Machiavel, Le Prince

Symmaque est certainement un des meilleurs orateurs de l'Empire romain tardif. Sa correspondance et ses discours sont copiés tout au long du Moyen Age comme exemple de bon style latin. Cet aristocrate immensément riche, ce sénateur parle du Sénat dans une de ses lettres comme la « *meilleure part du genre humain* » la *pars melior humani generis*. Pas seulement parce que lui et ses collègues étaient plus riches que quiconque mais plutôt qu'ils étaient de « *meilleurs* » êtres humains au sens moral : plus grands en vertu.

Longtemps il fut courant d'affirmer que quelqu'un possédait davantage que les autres parce que son plus grand mérite moral l'y autorisait. Ce n'est que depuis la Seconde Guerre mondiale que le culte de la richesse s'est imposé au point que nulle autre raison ne semble nécessaire pour justifier les privilégiés qui la détiennent.

La correspondance de Symmaque éclaire le complexe de supériorité grâce auquel les romains de Rome justifiaient leur fortune. Dans les lettres de recommandation qu'il envoie au soutien de jeunes gens de son milieu Symmaque met les « *vertus* » en avant, intégrité, rectitude, honnêteté, pureté des manières étaient pour Symmaque et ses pairs une possession qui allait de soi dès lors que le jeune impétrant avait reçu un type particulier d'éducation.

Symmaque est Préfet quand Augustin lui est présenté comme un jeune homme prometteur Prometteur et plein de vertu. Pour prouver sa maîtrise de la parole et, partant, de la domination de l'orateur sur ses sentiments, de sa maîtrise de la grammaire c'est-à-dire de la connaissance des temps et des modes Augustin va prononcer devant le païen Symmaque un discours probatoire pour accéder au poste de rhéteur qu'il brigait à Milan où siège l'Empereur, plus fréquemment qu'à Rome en ce IVe siècle. Rome est là où le cœur est et le cœur du futur Saint doit en passer par la maîtrise des vertus romaines.

Cette culture ne va pas quitter l'Occident même si les modes d'administration politiques ont vécu ce que vivent les sociétés, les civilisations dans leurs tribulations, dans leurs évolutions technologiques.

Dans les premières pages du « *Discours de la servitude volontaire* » qui date de 1576 La Boétie paraphrasant Homère qui met dans la bouche d'Ulysse *il n'est pas bon d'avoir plusieurs maîtres ; n'en ayons qu'un seul* conteste ce langage. Le jeune Boétie affirme que c'est un malheur d'avoir un maître « *dont on ne peut jamais être assuré de la bonté et qui a toujours le pouvoir d'être méchant quand il le voudra* » ajoutant « *Quant à obéir à plusieurs maîtres, c'est être autant de fois extrêmement malheureux* ». Dans notre culture deux maîtres suffisent à notre malheur

« *Aucun homme ne peut servir deux maîtres : car toujours il haïra l'un et aimera l'autre. On ne peut servir à la fois Dieu et Mammon* » (Matthieu 6:24).

Une étude du CEVIPOF de 2003 et 2006 permet de constater qu'en France le niveau de tolérance à l'égard de la corruption ordinaire est très élevé et contraste avec les condamnations de principe. Favoritisme, prise illégale d'intérêt, abus de biens sociaux sont d'autant plus tolérés que le statut social, le statut professionnel et l'importance des revenus sont élevés. Mammon est bien présent, élevé et vénéré comme un maître. Les vertus romaines – très altérées à l'époque de Symmaque sont encore vantées comme un hommage nécessaire rendu à la vertu par le vice. En 2015 l'ONG *Transparency International* mettait la France dans le classement mondial de l'indice de perception de la corruption en vingt-deuxième position. Nous avons vécu les pitoyables aveux d'un ministre chargé de traquer la fraude fiscale et une affirmation de transparence accrue s'est soldée par un échec.

Y aurait-il donc un lien entre corruption et démocratie ? L'aveu serait cruel. La « *tradition républicaine* » a fait de l'opposition entre vertu et corruption la clef de voûte de son analyse de la vie politique. Comment on le sait le libéralisme, tel Janus, a au moins deux faces, La corruption est l'autre face.

Voyons aux origines. Montesquieu nous dégrise ! L'auteur de *L'esprit des Lois* ne confond nullement corruption morale et corruption politique. La corruption est multiforme elle consiste à fausser les règles du jeu de la concurrence et de la « *compétition méritocratique* ». Elle accroît les couts de biens ou de services, conduit à la déchéance des services publics détourne les richesses nationales au profit d'une oligarchie, cultive d'arbitraire. Bref elle porte atteinte aux droits de l'homme. Les victimes en sont toujours les populations les plus vulnérables, sans puissance ni crédit ainsi que l'écrit Céline Spector dans la revue « *Esprit* » (février 2014). Cette spécialiste de la pensée de Montesquieu nous révèle l'angle mort où Montesquieu laisse la question centrale de la corruption.

Nous pensons que l'altération de la vie publique qu'entraîne la corruption atteint son acmé quand le ministre en charge de la fraude fiscale est lui-même fraudeur. C'est alors que la parole politique s'effondre pour laisser la place au cynisme où à l'esprit révolutionnaire d'un renversement des élites. Nous avons assisté à ces deux phénomènes. Ils étaient prévisibles.

Montesquieu pense tout autrement. Pour le bordelais la corruption est un concept majeur de la politique. Celle-ci doit être pensée « *dans l'histoire* ». La corruption est l'œuvre du temps en politique et avec le temps on sait que la constitution originelle de l'Etat s'altère et se décompose ; « *Dans le cours d'un long gouvernement, on va au mal par une pente insensible, et on ne remonte au bien que par un effort* ». Nous ne sommes pas ici dans une lecture classique de la *République* platonicienne, elle mène au despotisme. Pour Montesquieu il n'y a pas de norme absolue de justice. Il rejoint La Boétie. La corruption entraîne au régime despotique où l'homme est une créature qui obéit à une créature qui veut. C'est seulement quand la corruption mène au despotisme – régime en lui-même corrompu-que le politique est en danger pour lui-même et, partant, pour les citoyens.

La nature même des principes se modifie, son principe s'altère (vertu pour la démocratie, honneur pour la monarchie, crainte pour le despotisme) et d'exposer la dynamique du politique : « *Lorsque les principes du gouvernement sont une fois corrompus, les meilleures lois deviennent mauvaises ; lorsque les principes sont sains les mauvaises ont l'effet des bonnes : la force du principe entraîne tout* ». Dès lors la corruption change de sens. Il suffit que la taille de l'Etat augmente et la passion pour le bien public s'altère. La démocratie alors n'est plus que son ombre. L'analyse montesquienne de la corruption est politique et non morale.

Dans ce dix-huitième siècle foisonnant les opinions s'affrontent : comme Rousseau Montesquieu pense que la vertu se perd par défaut d'égalité, lorsque le luxe s'introduit et que la frugalité n'est

plus jugée possible ni souhaitable. Pour lui comme pour Mandeville, Hume et Voltaire, les lois qui répriment le luxe sont inutiles et pernicieuses car la vanité est source d'innombrables bienfaits. Vices privés, vertus publiques, Montesquieu est le contraire d'un moraliste : l'Etat moderne disjoind les bonnes lois et les bonnes mœurs. la société civile prospère désormais non grâce à la moralité de ses sujets mais au déploiement non entravé des passions et des intérêts. L'Esprit des Lois n'a aucune visée perfectionniste ; la politique n'a pas pour fin de réaliser l'excellence de l'homme.

Montesquieu conteste par là le discours politique de Machiavel. Celui-ci dans ses « *Discours politiques sur les décades de Tite-Live* » avait bien posé l'axiome fondamental de la modernité républicaine : la corruption des mœurs entraîne la ruine des institutions libres. Bien sûr un peuple corrompu qui devient libre ne peut conserver sa liberté. Machiavel professe que « *Quand la corruption est à son comble, aucune loi ne peut réformer les mœurs* » et Machiavel de juger que seule la violence d'Etat maniée par de grands hommes peut ramener à l'antique vertu.

Mais le temps, l'évolution des mœurs des arts, des techniques rend cette violence inefficace et imprudente et ce constat doit être médité par les citoyens : l'apparition du commerce dans les Grands Etats européens dont les sociétés sont marquées par l'inégalité des conditions paraît vouer la République à la corruption.

« *Les politiques grecs qui vivaient dans le gouvernement populaire, ne reconnaissaient d'autres forces pour les soutenir que celle de la vertu. Ceux d'aujourd'hui ne nous parlent que de manufactures de commerce de finance de richesses et de luxe même* » (L'Esprit des Lois (III-3 et XX-2)).

C'est prendre acte que l'essor économique est souvent incompatible avec la vertu à l'exception de quelques frugales cités des Pays-Bas ou les cantons suisses. Le constat est rude c'est toujours dans les élites que la corruption commence et elle est due à l'obéissance servile au « *maître* » qu'évoque le Discours de la servitude volontaire.

Liste des Cahiers Lysias parus

- [Intelligence Artificielle, un nouvel horizon](#)
- [Les enjeux de la compensation écologique](#)
- [L'indispensable résilience de l'Afrique](#)
- [Le droit des drones](#)
- [Géopolitique du droit : l'Europe face au repli national](#)

En partenariat avec Ouest France,

premier quotidien français



La Loi Sapin II
Mars 2018 ©

LES CAHIERS LYSIAS SOCIETE D'EDITION ELECTRONIQUE
Société à responsabilité limitée au capital de 100,00 €
Siège social :
39, rue Censier
75005 Paris
532 825 114 R.C.S. Paris
Gérant et Directeur de la publication : Fabrice BOUREL
www.lysias-avocats.com