

## Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir



### JEAN-PIERRE MIGNARD

Avocat associé, Lysias Partners

Maître de Conférences à Sciences Po

La Convention judiciaire d'intérêt public est d'abord un instrument de souveraineté. Le prix payé par les entreprises françaises au retard dans la répression de la corruption d'agents publics étrangers était lourd. Ce retard expliquait l'irritation du *Department of Justice* des Etats Unis et entraînait l'application extraterritoriale du *Foreign Corrupt Practices Act*, (FCPA) adopté en 1977.

C'est dans ce contexte que la France s'est dotée d'un texte de loi relatif à la transparence, la lutte contre la corruption, et la modernisation de la vie économique. L'harmonisation des normes françaises avec les standards principalement anglo-saxons est la boussole pendue au-dessus du berceau de la CJIP.

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 Financier (*id est* les procureurs) à transiger avec des personnes morales dans le cadre d'infractions économiques limitativement énumérées.

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.

A la suite, le législateur a transféré au parquet national financier des compétences autrefois réservées à l'administration fiscale pour des délits de fraude fiscale aggravée, avec un plancher de 100 000 € du montant suspecté de la fraude. Ceci confirme la tendance à la judiciarisation des procédures mais, paradoxalement, au dessaisissement de prérogatives laissées auparavant soit à l'administration, soit aux juges du siège.

D'inspiration anglo-saxonne<sup>1</sup>, la CJIP instaure une procédure de justice négociée, ce qui révolutionne le mécanisme des sanctions et des peines qui ouvre la porte à des discussions multiples, et sans doute légitimes, sur la nouvelle philosophie pénale induite par cette procédure.

Notre propos n'est cependant pas là. Nous aborderons les conditions de la validité pratique de la CJIP qui 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 les personnes morales :

<sup>1</sup> Le Parquet est composé de 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 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.

<sup>2</sup> Article 22 de la loi Sapin II

<sup>3</sup> Dans l'esprit du *Foreign Corrupt Practices Act* américain (supra) 1977 mais aussi du *Bribery Act* britannique de 2010. Pour une analyse de l'influence anglo-saxonne, Cf. « La justice négociée » in les Cahiers Lysias *La loi Sapin 2, Prolégomènes d'une justice négociée*.

entreprises, établissements bancaires, etc., d'autre part, les personnes morales mises en cause s'exprimant et dialoguant par le biais de 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. Tel est le postulat de la loi instaurant le mécanisme de la CJIP. Or, la confiance ne se décrète pas, elle se mérite et d'abord elle se vérifie.

L'exemple antérieur du *Deferred Prosecution Agreement (DPA)* définitivement mis en place en 1997 aux Etats-Unis - et issu du *Speedy Trial Act* datant de 1974 - nous renseigne sur le but recherché. Un délai de temps est offert à la partie poursuivie pour se réhabiliter, qui, durant cette période, accumule les preuves de bonne foi, pour obtenir la suspension des poursuites. Ainsi est sinon née, du moins sanctifiée, la *compliance* des règles de bonne conduite ayant été intégrées dans les normes de gouvernance conformes aux nouvelles obligations d'auto-régulation et de la régulation plutôt car si la *compliance* relève de la compétence de l'entreprise, l'inspirateur vigilant reste le régulateur.

Le DPA suppose cependant la confiance, ce qui se vérifie dans le système américain par la coopération de l'entreprise ou plus généralement de la personne suspectée. Comment définir la coopération ? Selon les *Principles of Federal Prosecution of Business Organization*, "Cooperation is a mitigating factor by which a corporation - just like any other subject of a criminal investigation - can gain credit in a case that otherwise is appropriate for indictment and prosecution"<sup>4</sup>.

Certes, ne pas coopérer n'aggrave pas le cas. Ce n'est pas en soi un fait de mauvaise conduite et ce choix ne pourra être retenu contre l'entreprise récalcitrante. Mais c'est indéniablement une perte de

chance de s'amender, près-qu'avouée, une pression psychologique sur les dirigeants, une sorte de quitte ou double, « *make or break* ». En France, le système est trop neuf, mais la pression, indiscutable, finira par devenir un des rouages du système.

### 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 public* » (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, d'une part, versera une amende au Trésor public, et, d'autre part, devra s'acquitter de certaines obligations sous le contrôle de la nouvelle Agence Française Anticorruption<sup>5</sup>, inspirée du *monitoring* américain, très intrusif.

La pratique n'est cependant pas si irénique.

Tout d'abord la confiance. Elle ne se décrète pas. Elle se vérifie si là pour prendre exemple sur le *Deferred Prosecution Agreement Act*, datant de 1997.

Les dirigeants sociaux ne voient pas leur responsabilité exonérée de plein droit. Cette loi vise

<sup>4</sup> 9-28.000 - Principles of federal prosecution of business organizations ; 9-28.700 - The Value of Cooperation; <https://www.justice.gov/jm/jm-9-28000-principles-federal-prosecution-business-organizations>

<sup>5</sup> L'AFA élaborera des recommandations destinées à aider la personne morale de droit privé et public à détecter et prévenir des faits de corruption, trafic d'influence etc. Elle contrôlera la mise en place d'un programme de conformité qui pourra comprendre l'élaboration en interne d'un code de conduite, d'un dispositif d'information du personnel ou encore la création d'un dispositif d'alerte interne.

en effet à distinguer les personnes physiques des personnes morales, les secondes étant mises à l'abri de l'opprobre public, de la condamnation pénale, ceci afin de sauvegarder le crédit de l'entreprise vis-à-vis de ses clients, fournisseurs, des marchés ou des 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 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 doit pouvoir distinguer la responsabilité pénale personnelle des dirigeants de la responsabilité de la personne morale qui sera écartée.

Cela n'ira pas sans débats difficiles au sein des entreprises car un ou plusieurs 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. Cet aspect constitue sans aucun doute la plus grande réticence des entreprises à rentrer dans le processus de coopération exigé par le CJIP.

La réputation morale préservée de l'entreprise ne constitue pas un intérêt public mais un intérêt social pour l'entreprise ou la personne morale, ses actifs, ses dirigeants et son personnel. Elle peut prétendre se dégager des ornières dans lesquelles une condamnation la précipiterait et sa relégation dans le jeu de la compétition et des marchés publics dont elle serait possiblement, et pour un temps, exclue.

#### - L'hypothèse de l'échec

En cas d'échec de la « CJIP Parquet », les documents transmis durant la négociation resteront confidentiels et ne pourront en 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 de la loi et la probité éthique des procureurs faite litière des doutes et inquiétudes des parties mises en cause et de leurs avocats.

Ce n'est pas le cas au Royaume-Uni. Le procureur, incité par le *Serious Fraud Act* à conduire une procédure de négociation lorsque les preuves réunies d'une responsabilité probable, les faits largement identifiés et l'intérêt public satisfaits par un accord, d'une conserve les éléments qui lui ont été spontanément transmis et il pourra en faire usage.

Une marge de négociation 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. Encore faut-il pouvoir effacer des informations glanées en cours de négociation et imprimées au tréfonds des mémoires du Parquet.

## 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, sur ordonnance, pourra 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. Le moment de l'ouverture est donc décisif. Trop tôt, c'est trop tard car le temps alloué ne suffira pas à mener à bien tous les aspects de la négociation. Elle doit se déclencher quand les pourparlers ont déjà presque abouti.

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, personnes physiques, témoins assistés ou mis en examen. Le premier continue à s'exercer.

Ceci suppose une forme de dédoublement de la personne morale d'avec les personnes physiques

dirigeants mandataires, et « déjà » en rupture vouée à se consommer.

Dans le cadre d'une « CJIP instruction », en cas d'échec de la négociation, 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 que lors 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. Aucune ambiguïté ne peut subsister car elle compromettrait la réussite de la procédure.

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, ne pas en tenir compte. Est-ce une attitude héroïque sollicitée de l'un et de l'autre ? Est-ce crédible ? Un bilan sincère devrait être établi avec les magistrats ayant été confrontés à cette situation sinon toute marche serait interdite.

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 ainsi que les documents, pièces ou informations échangés, à l'initiative de la personne morale, susceptibles de nuire à sa défense. La responsabilité des avocats, les conseils qu'ils prodiguent, est alors considérable. Prendre le risque c'est devoir s'assurer des conséquences jusqu'au bout.

### 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 longtemps, pourrait affecter 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, où elle avait fait l'objet d'intenses débats lors de la session de l'Assemblée Nationale issue des urnes en juin 2017. Avec succès puisque le verrou a en partie sauté.

Néanmoins le degré de coopération entre le PNF et l'administration fiscale méritera là aussi d'être ausculté. Inévitable, notamment pour des raisons de moyens et d'efficacité, il ne saurait se traduire par une hégémonie de l'administration fiscale sur le PNF induit par la possession des outils de calcul du montant de l'infraction suspectée. Le PNF deviendrait alors le bras armé de l'Administration.

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, une volonté commune de coopérer du Parquet et de son interlocuteur.

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*

des solutions institutionnelles diverses. La dernière proposition revient à confier l'évolution des carrières des magistrats du parquet au Conseil supérieur de la magistrature et d'en dessaisir la Chancellerie.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Les présidents français, Giscard d'Estaing, Hollande et Macron se sont successivement déclarés favorables sur le principe avec

*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 » ? »<sup>s</sup>.*

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

La confiance nous l'avons dit 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 »<sup>s</sup>.

<sup>s</sup> Rentrée de l'Ecole de formation du Barreau de Paris », Cour de cassation, *Discours, tribunes et entretiens*, 3 janvier 2007

<sup>s</sup> J.-F. Paul de Gondi, Cardinal de Retz, *Mémoires*, 1717