

La Convention Judiciaire d'Intérêt Public

56 mois après...

ONT PARTICIPE A CE NUMERO :

Jean-Pierre Mignard

Docteur en droit pénal de l'Université Paris I Panthéon-Sorbonne
Avocat au Barreau de Paris
Associé fondateur du cabinet Lysias Partners
Maître de Conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne
Membre du Conseil consultatif national d'éthique et du Conseil du numérique¹

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 I Capitole
Membre de l'Institut Maurice Hauriou

Pierre-Emmanuel Blard

Avocat au Barreau de Paris
Associé du cabinet Lysias Partners
Maître de Conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne

Directeur de rédaction :

Florian Sintès

Avocat au Barreau de Paris
En cours d'inscription au Barreau de Toulouse

¹ Auteur notamment 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

SOMMAIRE | TABLE OF CONTENTS

**I. La convention judiciaire d'intérêt public : genèse et perspectives.
The Judicial Public Interest Agreement: origins and perspectives.**

Jean-Pierre Mignard et Sébastien Denaja

**II. 56 mois après – Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la
« loi Sapin 2 »**

Jean-Pierre Mignard et Pierre-Emmanuel Blard

III. Propositions du rapport d'information parlementaire du 7 juillet 2021

Extraits choisis relatifs à la Convention judiciaire d'intérêt public

IV. Présentation du cabinet Lysias Partners

La convention judiciaire d'intérêt public : genèse et perspectives.

Sébastien DENAJA

*Docteur en droit
Maître de conférences de droit public
Université Toulouse 1 - Capitole (Institut Maurice Hauriou)
Ancien député
Consultant du cabinet Lysias Partners
Rapporteur de la loi « Sapin II » du 9 décembre 2016*

Jean-Pierre MIGNARD

*Docteur en droit
Avocat au barreau de Paris
Associé fondateur du cabinet Lysias Partners
Maître de conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne
Membre du Conseil consultatif national d'éthique
Membre du Conseil du numérique*

La loi Sapin II du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique a introduit en droit français un mécanisme de justice négociée, permettant au procureur de la République de conclure une convention judiciaire d'intérêt public (« CJIP ») avec une personne morale mise en cause pour des faits d'atteinte à la probité. Sont en effet seules concernées les infractions de corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale et toute infraction connexe.

Alors que la Commission des lois de l'Assemblée nationale a confié le 16 décembre 2020 à Messieurs Gauvin et Marleix une mission d'évaluation de la loi Sapin II, le cabinet Lysias Partners vous propose de revenir sur la genèse et la philosophie de la CJIP avec le recul qu'offrent quatre années de mise en œuvre dans un dialogue entre Sébastien Denaja et Jean-Pierre Mignard.

Ce travail nous l'espérons permettra de contribuer à éviter des malentendus dans la mise en œuvre de la CJIP, tant du côté des parties, personnes morales, que du parquet. A rechercher l'intention du législateur, on trouve l'esprit des lois, ce qui est une balise à toute extrapolation ou dévoiement du plan initial. Cela présente un indéniable intérêt sur le plan pratique, dans la défense des droits des parties, et doit permettre de faire progresser le mécanisme mis en place dans le respect de son économie première.

* *
*

Jean-Pierre Mignard. Vous avez été rapporteur de la loi « Sapin II » de 2016 au nom de la commission des Lois de l'Assemblée Nationale, dans quel but le dispositif de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) a-t-il été créé ? S'agissait-il de perfectionner la répression de la corruption ?

Sébastien Denaja. La CJIP constitue l'une des principales innovations juridiques issues de la loi « Sapin II » dont l'ambition générale était, non seulement de combler les immenses lacunes qu'accusait alors la France en matière de lutte contre la corruption mais surtout de la porter au niveau des meilleurs standards internationaux en la matière. Cette innovation est d'abord la réponse à un accablant constat. Jusque-là, dans notre pays, aucune personne morale n'avait jamais été condamnée à titre définitif pour des faits de corruption transnationale. Le seul cas était celui du groupe Total condamné symboliquement par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 26 février 2016². Autrement dit, nous étions face à l'ardente nécessité de mettre un terme à une situation d'impunité totale. Il s'agissait donc clairement de perfectionner notre arsenal répressif en matière de corruption, en particulier transnationale, en le dotant d'un nouvel instrument judiciaire, inspiré de mécanismes de justice négociée qui avaient fait la preuve de leur efficacité dans de grandes démocraties occidentales, notamment aux Etats-Unis et en Grande-Bretagne, mais aussi en Allemagne et aux Pays-Bas.

JPM. Les textes préexistants étaient-ils insuffisants ou la politique criminelle inefficace ?

SD. En effet, parmi les raisons qui pouvaient expliquer cette cruelle défaillance de notre système judiciaire à lutter efficacement contre les actes de corruption de nos propres entreprises, les textes préexistants

apparaissaient insuffisants ou, en tout cas, inadaptés pour réprimer de tels actes au regard du faible montant des amendes qui pouvaient être infligées. Ces amendes étaient totalement sous-dimensionnées par rapport aux profits que les entreprises poursuivies pouvaient avoir retirés d'actes pourtant répréhensibles. Et leur montant de quelques centaines de milliers d'euros apparaissait dérisoire, pour ne pas dire ridicule, au regard des amendes de plusieurs centaines de millions de dollars infligées à des entreprises françaises par la justice américaine.

Quant à la politique criminelle en matière de lutte contre la corruption, elle n'était pas inefficace, mais inexistante. La France ne pouvait continuer à se satisfaire d'interminables procédures vouées à l'échec et à être montrée du doigt par toutes les organisations internationales spécialisées en matière de lutte contre la corruption.

JPM. Ces carences avaient d'ailleurs été pointées du doigt par l'OCDE qui déplorait en 2012 que « compte tenu du rôle très important joué par les entreprises françaises dans l'économie internationale, seules 33 procédures aient été initiées et cinq condamnations – dont une seule, non définitive, concernant une personne morale - prononcées depuis que la France a adhéré à la Convention de l'OCDE en 2000. »³

JPM. S'agit-il d'une association de la politique criminelle à la géopolitique économique, la France n'entendant pas laisser aux procédures anglaises et américaines le privilège de régler les litiges sous forme non exclusivement pénale ?

SD. Il existe une véritable concurrence judiciaire internationale dans le domaine de la lutte contre les actes de corruption transnationale des grands groupes. Avant la création de la CJIP, la France ne disposait

² Total était condamnée par la Cour d'appel de Paris à une peine d'amende de 750.000 euros pour corruption d'agent public étranger dans le cadre du détournement du programme de l'ONU dit « Pétrole contre nourriture ». Il s'agissait de la peine maximale encourue en application de la loi

pénale en vigueur à l'époque des faits. (CA Paris, 26 févr. 2016, n° 13/09208).

³ Voir OCDE, Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, octobre 2012, <https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf>

d'aucun instrument pour rivaliser avec les procédures américaines ou britanniques. Elle était tout simplement absente de la « compétition ». Aussi, outre les lacunes de notre arsenal répressif qu'il fallait combler, le législateur a très expressément affirmé la volonté de limiter l'application extraterritoriale du droit américain en matière de corruption internationale.

La CJIP s'inspire, en partie, de la procédure américaine de *deferred prosecution agreement* (« DPA ») (*pour des développements plus détaillés, c.f. Cahiers Lysias « La loi Sapin 2 – Prolégomènes d'une justice négociée »*⁴). Or, au titre de cette procédure, les amendes infligées aux entreprises européennes entre 2008 et 2014 étaient comprises entre 95 et 800 millions de dollars. Si on n'évoque que les principaux accords conclus par les entreprises françaises avec les autorités américaines, les montants des amendes suffisent à prendre la mesure du problème et le caractère dérisoire des 750 000 euros d'amendes infligés à Total par le juge français en 2016 : 772 millions de dollars pour Alstom en 2014, 398 millions de dollars pour Total en 2013, 338 millions de dollars pour Technip et 137 millions de dollars pour Alcatel-Lucent en 2010⁵.

JPM. Quels problèmes cette exclusivité anglo-saxonne posait-elle ?

C'était au final plusieurs milliards d'euros qui échappaient au Trésor Public français. Il s'agissait donc tout à la fois d'un problème pour les finances publiques et d'un véritable enjeu de souveraineté.

JPM. A-t-elle posé des questions politiques particulières et quels ont été les positions respectives du Ministère de la Justice et du Ministère de l'Economie et des Finances ? Qui finalement a contribué à la rédaction de la loi concernant ce dispositif

complètement original dans la loi française ?

SD. Il existait dans l'avant-projet de loi, à l'initiative de Bercy, une procédure transactionnelle sous la dénomination de convention de compensation d'intérêt public qui visait également certaines atteintes à la probité commises par les seules personnes morales. Mais, dans son avis sur le projet de loi, le Conseil d'Etat s'est montré plus que réservé sur l'introduction d'un tel dispositif, concédant seulement qu'il pourrait être envisagé pour les seuls faits de corruption transnationale⁶.

A cela, s'est ajoutée l'opposition des services de la Chancellerie. Il n'en fallait pas plus pour que le Gouvernement y renonce finalement dans le projet de loi transmis au Parlement.

JPM. Le Parlement s'est donc substitué au retrait du Gouvernement sur le projet ?

SD. La CJIP est en effet le fruit de la volonté des parlementaires et d'abord de ceux du groupe majoritaire de l'époque et de leur responsable sur ce texte, Sandrine Mazetier, députée PS de la 8^e circonscription de Paris, l'auteure de l'amendement à l'origine de celui-ci.

JPM. Il vous est apparu que le Ministère de la Justice ne s'était jamais montré coopératif dans l'élaboration de ce texte relatif à la CJIP. Le confirmez-vous ?

SD. Je peux témoigner que tout au long des discussions parlementaires, les résistances du Ministère de la Justice ont continué à s'exprimer de diverses manières, tandis que Bercy, et le ministre Michel Sapin lui-même, ont eu un rôle facilitateur. Alors que l'arbitrage gouvernemental aurait ainsi dû lui imposer d'émettre un avis négatif sur l'amendement à l'origine de la CJIP, celui-ci a

⁴ Disponibles sur le site Internet du cabinet à l'adresse : <https://www.lysias-avocats.com/wp-content/uploads/2018/11/2018.04.12-Cahiers-Lysias-Version-finale.pdf>

⁵ Voir S. DENAJA, Rapport fait au nom de la Commission des Lois sur le projet de loi relative à la transparence, la lutte contre la corruption, la

modernisation de la vie publique et la protection des lanceurs d'alerte, n°3785 et 3796, tome 1, Assemblée Nationale, juin 2016, p. 158.

⁶ Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique du Conseil d'Etat, séance du jeudi 24 mars 2016

préféré un avis de « sagesse ». Il en est résulté une totale latitude d'action donnée aux parlementaires.

JPM. Ne s'agit-il donc que d'une initiative parlementaire partisane, celle de la majorité d'alors ?

SD. Non, tout au contraire. Il faut souligner que, sur ce dispositif, les députés de la majorité ont pu s'appuyer sur la convergence de vue en la matière avec ceux de l'opposition d'alors, tels MM. Lellouche, député UMP de la 1^e circonscription de Paris et Marleix, député UMP d'Eure-et-Loir. En outre, mis à part un débat sémantique sur la dénomination du dispositif – qui était néanmoins porteur de sens – avec les sénateurs⁷, les deux chambres ont, dans l'ensemble, manifesté une véritable communauté de vue sur le sujet. La rédaction de la loi concernant la CJIP a ainsi donné lieu à de véritables débats transpartisans et peut à cet égard être effectivement regardée comme le fruit d'un compromis politique débouchant sur un consensus.

JPM. Quelles leçons ont été tirées des procédures étrangères et avez-vous cherché une similarité de procédure entre le texte que vous élaboriez et ce qui se faisait au Royaume-Uni et aux Etats-Unis ?

SD. La CJIP s'inspire en effet, dans son esprit, des procédures négociées qui existent en matière d'actes de corruption, de fraude fiscale et de blanchiment de fraude fiscale accomplis par des personnes morales aux

Etats-Unis et en Grande-Bretagne. Je me suis d'ailleurs rendu à Londres au cours de mon travail d'auditions, avec le Ministre des Finances, où j'ai pu mener un certain nombre d'entretiens qui ont contribué à nourrir ma réflexion sur le sujet. Mais la spécificité de notre système juridique, pénal en particulier, imposait naturellement que les choix faits par le législateur français diffèrent en de nombreux points de ceux faits par les anglo-saxons. Le texte de l'avant-projet de loi était, lui, vraiment calqué sur la procédure américaine. Mais nous avons rejeté l'amendement qui s'en inspirait, notamment parce qu'il réduisait le rôle du juge à peau de chagrin et excluait les victimes du processus.

JPM. Cependant, le texte ne reprend pas la symétrie de la compétence du juge anglais, lequel intervient deux fois : une première fois juste après le début des négociations, et une seconde fois lorsque le procureur et les parties se sont mis d'accord sur les termes de l'accord. La première intervention judiciaire a pour vocation de s'assurer que le recours au DPA est susceptible d'être conclu « dans l'intérêt de la justice »⁸. La seconde intervention judiciaire a pour objet de s'assurer, cette fois-ci, que l'accord conclu est bel et bien conclu « dans l'intérêt de la justice »⁹. Par ailleurs, le juge doit s'assurer à chaque étape que les conditions de l'accord sont « justes, raisonnables et proportionnées ».

Le PNF ou d'autre Parquets ont seuls compétence pour initier une CJIP. Lors d'une information judiciaire - qui n'est plus l'enquête préliminaire – le juge d'instruction

⁷ Estimant que la notion de convention judiciaire d'intérêt public ne rendait pas compte de manière satisfaisante de la procédure en cause, et que la notion d'intérêt public ne se justifiait guère, les sénateurs l'avaient remplacée par le terme de « transaction ». La commission des Lois de l'Assemblée nationale a, au contraire, souhaité rétablir les termes de « convention judiciaire d'intérêt public » compte tenu de la spécificité de la procédure et pour insister justement sur l'intérêt public qui s'y attache. (Voir Sébastien DENAJA, Rapport n° 4045 et 4046 fait en nouvelle lecture au nom de la commission des Lois, Transparence, lutte contre la corruption, modernisation de la vie économique et lanceurs d'alerte, Assemblée Nationale, septembre 2016, p. 76 et s.

⁸ Crime and Courts Act 2013, article 7 : "*After the commencement of negotiations between a prosecutor and P in respect of a DPA but before the terms of the DPA are agreed, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that (a) entering into a DPA with P is likely to be in the interests of justice, and (b) the proposed terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate*"

⁹ Crime and Courts Act 2013, article 8 : "*When a prosecutor and P have agreed the terms of a DPA, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that (a) the DPA is in the interests of justice, and (b) the terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate*"

doit se prononcer sur le renvoi de l'affaire au Parquet aux fins de conclure une CJIP mais il agit à la demande ou avec l'accord du parquet.

Par ailleurs, la CJIP conclue reste soumise à l'accord final et incontournable du Président du tribunal.

Le juge du siège est donc bien présent dans toute CJIP mais le parquet est l'organe qui est à l'initiative. Le juge situant sa compétence à la fin du processus et le validant, ou non. Il s'agit donc bien d'un système de nature juridictionnelle.

JPM. Ce texte a-t-il une vocation répressive ou tend-il à épargner les personnes morales mises en causes ?

SD. Si nous souhaitons en effet trouver un moyen de sanctionner lourdement des faits répréhensibles, nous voulions éviter dans le même temps à l'entreprise mise en cause, par une telle reconnaissance de culpabilité, de se voir potentiellement évincée des procédures d'attribution des marchés publics à l'échelle internationale. Une simple adaptation de la procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité ne semblait donc pas adaptée.

C'est un aspect essentiel de l'équilibre du texte : sanctionner financièrement la personne morale, sans exempter les personnes physiques responsables (j'y reviendrai), sans pénaliser l'ensemble de la collectivité humaine que représentent des entreprises de parfois plusieurs dizaines de milliers de salariés mais aussi d'actionnaires parfaitement étrangers aux actes concernés et dont ils sont à la fin, sur le plan économique comme sur le plan de la réputation, les victimes indirectes. Aussi, l'équilibre du texte repose justement sur une sanction, lourde mais sans reconnaissance de culpabilité, qui ne réduit pas la place du juge,

ni celle des victimes. L'articulation prévue également dans certains cas de figure entre le parquet et le juge d'instruction démontre que, bien qu'inspirée de mécanismes étrangers et d'autres sociétés démocratiques, la CJIP française est une procédure qui prouve son originalité.

JPM. Quelle est la nature du jugement de validation ? S'agit-il d'un simple tampon sur un processus antérieur souvent long et compliqué ?

Comme cela a été très clairement exprimé au cours des débats parlementaires, le législateur a entendu donner une place majeure au juge du siège. Certes, l'ensemble du processus de négociation relève du Parquet. Mais si, in fine, le juge du siège ne valide pas la CJIP, il n'y a pas de CJIP. Cette validation est d'ailleurs une exigence constitutionnelle. C'est au juge du siège que revient le rôle déterminant de vérifier le bien-fondé du recours à une telle procédure, la régularité de son déroulement, mais aussi et surtout la conformité de l'amende aux limites légales et la proportionnalité des mesures aux avantages tirés des manquements sanctionnés. Cette décision du juge est d'autant plus importante qu'elle n'est pas susceptible de faire l'objet d'un recours.

JPM. En quoi sommes-nous toujours dans la matière pénale ?

SD. La doctrine a, à juste titre, mis en exergue son caractère hybride¹⁰ et son imprégnation civiliste¹¹, tout en restant ancrée dans la procédure pénale française. Cette hybridité est le reflet de l'empirisme - pour ne pas dire du « bricolage » - qui a présidé à la rédaction du texte. Mais, au vu de la redoutable efficacité de la mise en œuvre du dispositif qui a déjà permis au Trésor de recouvrer 3,184 milliards d'euros¹², il faut croire que cette hybridité est néanmoins féconde.

¹⁰ E. VERGES, « La procédure pénale hybride. A propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue 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 », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2017/3, n° 3, p. 579 et s.

¹¹ A. MIGNON COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération? », AJ pénal, 2017, p. 68.

¹² Dont 3 041 millions d'euros au titre de l'amende d'intérêt public et 142 millions d'euros au titre de la réparation du préjudice de l'Etat français. A ce jour, 11 CJIP ont été conclues.

JPM. Il s'agit bel et bien d'une transaction, ça n'est pas niable. Le parquet, et c'est très singulier, occupe cependant à la fois la place d'une partie et de l'arbitre. Comme un joueur, il peut voir dans le jeu de la partie adverse, celle-ci étant réduite à deviner ce que contient le jeu du parquet. Le jeu n'est donc pas égal. Le parquet est le maître du jeu par des moyens d'investigation contraignants voire coercitifs qui n'appartiennent qu'à lui. En ce sens, il s'agit bien d'un processus de nature essentiellement pénale.

L'absence de contradictoire dans les enquêtes préliminaires renforce son pouvoir¹³. La partie mise en cause, si elle connaît le grief qui lui fait, n'est pas en mesure de connaître avec exactitude l'importance que lui donne le parquet et surtout les preuves dont il dispose, ni les indices sur lesquels il s'appuie.

La solution peut sembler de nature civiliste, mais le processus relève de la pure procédure pénale française par le simple fait qu'il existe une partie dominante et une partie dominée, l'une qui poursuit et l'autre qui est poursuivie. Cette hybridité, si nous la reconnaissons bien volontiers, ne fait pas disparaître le déséquilibre originel entre les parties, spécificité de la procédure pénale.

JPM. La lecture des textes laisse le sentiment que la coopération de la personne morale mise en cause n'a pas fait l'objet d'approfondissements et d'ailleurs ne suscite pas de longs développements. Pouvez-vous nous le confirmer ? Et toujours dans cette veine, quelle est la place exacte de l'avocat dans cette procédure ?

SD. Il faut avouer que les débats parlementaires n'ont pas permis d'éclairer suffisamment l'intention du législateur concernant ces aspects, celui-ci s'étant surtout concentré sur les acteurs judiciaires et l'équilibre entre parquet et juge du siège. Mais il est clair que l'esprit de la loi suppose la plus grande coopération de la personne

mise en cause, en amont comme en aval, autrement dit dans la phase de négociation avec le parquet avant la conclusion de la convention, comme ensuite dans la phase de mise en place du plan de mise en conformité sous la conduite de l'Agence Française Anticorruption (AFA) que la loi a créée. Dans ces deux phases, le rôle de l'avocat, dans sa mission de conseil, est absolument cardinal. Naturellement, il l'est tout autant lors de l'audience publique à laquelle il est procédé en vue du jugement de validation.

JPM. Le rôle de l'avocat est très difficile et risqué car il doit interpréter, sans éléments du dossier à l'appui, ce qu'il peut contenir, et deviner les intentions du parquet. On en est parfois à se demander s'il n'est pas plus un médium qu'un conseil. Pour franchir les écueils, les avocats se réfèrent naturellement à la loi ou aux jurisprudences. Or, la loi est bien étique sur leurs pouvoirs et la jurisprudence encore bien maigre. C'est un véritable sujet.

SD. Cela étant, si les débats parlementaires sont peu éclairants sur ces questions, les lignes directrices qui ont été rédigées conjointement par l'AFA et le Parquet National Financier (PNF) sont en revanche particulièrement utiles. En indiquant que « la coopération de la personne morale aux investigations judiciaires dont elle est l'objet constitue un préalable nécessaire à la conclusion de la CJIP », elles me semblent parfaitement correspondre à l'esprit de la loi et aux dispositifs étrangers dont elle s'inspirait.

JPM. Cette coopération ne revient-elle pas pour la partie mise en cause à une soumission ? Nous vous transmettons notre opinion.

JPM. L'économie de cette procédure repose sur les fondements quasi géologiques de la procédure pénale, c'est-à-dire de l'aveu. La peinture très contemporaine de la CJIP renoue avec de très lointaines origines que l'on a dénommées la religion de l'aveu. La

¹³ Dans le projet de loi gouvernemental intitulé « pour la confiance dans l'institution judiciaire », l'accès au dossier est prévu à tout moment, sauf

refus du procureur, et dans tous les cas au bout d'un an après un interrogatoire, une perquisition ou une mise en cause publique.

torture en moins, ce que nous reconnaissons-le, est un progrès considérable. La crainte de l'exclusion des marchés internationaux, c'est à dire de la mort économique, s'étant substituée à un procédé barbare auquel il a été mis un terme en France par la déclaration royale du 20 août 1780...

SD. Le Procureur de la République financier, J.-F. Bohnert, a même eu l'occasion de préciser que le PNF attend finalement une attitude de la personne morale qui soit proche de « l'autoaccusation »¹⁴. Certes, ni le texte de la loi, ni les débats parlementaires, n'ont fait de la révélation spontanée des faits par la personne morale un préalable à la négociation d'une CJIP. Mais il semble parfaitement logique qu'il soit tenu compte du degré de coopération de la personne morale. Une loi dont l'intitulé même met en exergue la transparence et la lutte contre la corruption ne peut viser un autre objectif que celui de la plus grande coopération de la personne morale mise en cause. Disons-le trivialement, elle a tout à y gagner, comme l'a d'ailleurs très bien montré l'affaire Airbus.

JPM. Pouvez-vous être plus précis sur les attributions données aux droits de la défense et leur nature ? Quel sort pour les documents remis dans le cadre d'une CJIP qui n'irait pas à son terme (soit en cas de refus de validation du juge du siège, soit en cas d'échec des négociations avec le Parquet) ? Vous avez bien compris que la confidentialité de l'activité professionnelle de l'avocat est au cœur de cette question.

SD. La question des droits de la défense n'a pas été au cœur des débats parlementaires.

JPM. On abonde très facilement dans ce sens...

SD. La loi a cependant clairement prévu que c'est à l'issue d'une audience publique et de débats contradictoires que le juge du siège validera ou non la CJIP. Cela étant, il faut avouer qu'il y a une « zone grise » dans la phase de coopération entre la personne

morale et le Parquet. Il faut espérer que la mission d'évaluation de la loi pourra peut-être éclairer ces zones d'ombres et formuler des propositions. Les avocats qui ont eu à œuvrer dans le cadre de la CJIP ont également un rôle important à jouer pour permettre de perfectionner un dispositif au caractère, somme toute, expérimental. La question des documents remis dans le cadre d'une CJIP ne fait d'ailleurs que souligner, si besoin en était, le rôle crucial de l'avocat. La loi a prévu que « si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur de la République ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale au cours de la procédure ».

JPM. Il les aura cependant lus... Encore faudrait-il pouvoir effacer des informations glanées en cours de négociation et imprimées au tréfonds des mémoires du Parquet. Il faudra *a minima* s'assurer que les pièces soient restituées et les photocopies interdites. L'usage devra combler le vide de la loi et la probité éthique des procureurs faire litière des doutes et inquiétudes des parties mises en cause et de leurs avocats.

Nous ne pouvons en l'état que construire une éthique partagée, indispensable mais fragile, illustrée par la foi du Palais, car sinon la procédure CJIP peut se transformer en une série d'embuscades tendues aux avocats et à leurs clients. Rappelons à ce propos ce que disait l'ancien Président Canivet qui nous semble une évidence :

« 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

¹⁴ Cf. Interview de J.-F. Bohnert, Dalloz Actualités, 18 mars 2020.

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 » ? »¹⁵

Pour y croire, on n'a pas le choix, il faut complètement adhérer à l'opinion du Cardinal de Retz selon laquelle « on est plus souvent dupé par la défiance que par la confiance »¹⁶.

SD. Certes, cependant le texte ne fait que respecter le droit de ne pas s'auto-incriminer.

Cela étant, et c'est là que le rôle de conseil de l'avocat de la personne morale prend toute son importance, le PNF et l'AFA ont eu l'occasion de préciser que ce texte (codifié à l'article 41-1-2 du code de procédure pénale) ne concernait pas les documents et informations transmis par l'entreprise ou son conseil dans le cadre de la phase d'enquête antérieure à la formalisation d'une proposition de CJIP. Tout dépend donc du moment où intervient la formalisation d'une telle proposition.

JPM. Précisément, quand pénètre-t-on sur le territoire de la CJIP ? Quand quitte-t-on le domaine des prolégomènes pour être dans celui de la négociation ou, pour parler comme en droit des assurances, sortir des sollicitations pour être dans le champ de la pré-contractualisation ? Cette phase grise est un véritable marais dans lequel on s'enlise car c'est finalement le Parquet qui détermine l'horizon de la discussion et le repousse à son gré. Si la coopération est préalable à la CJIP, d'une certaine manière il faut d'abord rendre les armes avant de discuter des termes du traité de paix.

C'est un point important du dispositif qui mériterait sans doute d'être retravaillé.

JPM. Quid si les documents remis sont demandés par un parquet étranger au titre de la coopération ?

SD. Une fois encore, c'est la pratique qui nous éclaire davantage que la loi et les débats parlementaires. En effet, dans l'affaire Airbus qui a conduit à une coordination des enquêtes et des accords conclus entre l'entreprise et les autorités américaines, françaises et britanniques, on sait que c'est dans le respect de la loi dite « de blocage » que des éléments de preuve ont été transmis aux américains et aux britanniques par le PNF, mais pas directement par l'entreprise.

JPM. L'ampleur des intérêts en cause a sans doute redistribué le rôle des parties dans les processus de négociation s'agissant d'un géant économique mondial dont le sort intéressait les Etats. Nous pensons notamment à la question de la sauvegarde de l'entreprise et de l'emploi, tellement majeure aujourd'hui pour les équilibres politiques. Mais toute entreprise n'est pas Airbus sur le berceau duquel s'étaient penchés les Etats. Ceci explique en partie que la révélation des faits, sans enquête pénale préalable, et la coopération qualifiée d'excellente d'Airbus, ses investigations internes admises comme pertinentes et enfin son engagement à concevoir et développer un programme de conformité ont constitué un ensemble de facteurs minorants indiqués dans les lignes directrices PNF – AFA.

C'est donc le Parquet qui « a la main », y compris sur cet aspect-là de la procédure.

JPM. A-t-il été envisagé d'étendre la CJIP aux représentants légaux de la personne morale mise en cause ?

SD. Il n'a clairement jamais été envisagé que la CJIP puisse bénéficier aux personnes physiques. Cela a d'ailleurs été exprimé à maintes reprises au cours des débats parlementaires. Il a toujours été indiqué que les dirigeants de la personne morale restaient pénalement responsables des infractions

¹⁵ Rentrée de l'Ecole de formation du Barreau de Paris », Cour de cassation, Discours, tribunes et entretiens, 3 janvier 2007

¹⁶ J.-F. Paul de Gondi, Cardinal de Retz, Mémoires, 1717

commises. En tant que rapporteur du texte, j'ai d'ailleurs beaucoup insisté sur ce point, tant lors des travaux en commission qu'en séance publique dans l'hémicycle. L'absence de reconnaissance de culpabilité de la personne morale répond à l'objectif de ne pas pénaliser l'entreprise dans son ensemble en lui évitant d'être éventuellement évincée de l'accès aux marchés internationaux. Mais il serait tout simplement insupportable pour nos concitoyens que s'instaure un système d'impunité pour les dirigeants corrompus de grandes entreprises.

Je mets en garde tous ceux qui voudraient élargir le champ de la CJIP aux personnes physiques. Il me semble, en tout état de cause, que ce serait contraire à nos principes constitutionnels. Les personnes physiques peuvent bénéficier du système de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).

Il faut conserver cet équilibre. Quelle serait la vertu d'une loi luttant contre la corruption si elle permettait aux véritables responsables de se laver les mains de leurs actes sur le dos des salariés et des actionnaires ? A titre préventif, il n'est d'ailleurs pas inutile que la loi et les sanctions qui découlent de sa méconnaissance inspirent une certaine crainte.

JPM. Quelle pérennité pour la CJIP ?

SD. La pérennité de la CJIP est assurée par son efficacité. Jamais un dispositif n'a rempli ses objectifs en aussi peu de temps. La CJIP a permis de mettre un terme à un système qui garantissait finalement l'impunité des grandes entreprises. Elle a permis à la France de faire enfin jeu égal avec les américains et les britanniques dans une compétition judiciaire internationale féroce. Elle a rapporté plusieurs milliards d'euros au Trésor Public. Et, tout en sanctionnant lourdement les personnes morales, elle a préservé les entreprises concernées de conséquences néfastes au plan international, sans exempter les dirigeants de leurs responsabilités. La CJIP a aussi montré l'efficacité du Parquet National Financier, même s'il n'en a pas l'apanage.

JPM. Nous ne sommes néanmoins qu'au début de l'expérimentation de la CJIP et il reste bien des points à régler. A notre connaissance, il n'y a pas encore de décisions de la chambre criminelle de la Cour de cassation sur la CJIP et notamment sur un éventuel dysfonctionnement. En effet, à ce jour, toutes les CJIP ont été homologuées.

Cela dit les juridictions n'avalisent pas tout. Le 26 février 2021, le Parquet national financier sollicitait l'homologation par le Tribunal judiciaire de Paris d'une CJIP conclue avec la société Bolloré SE et de comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC, procédure de plaider coupable à la française) conclues avec trois personnes physiques dirigeantes du groupe Bolloré pour des faits de corruption active d'agent public étranger et de complicité d'abus de confiance.

Toutefois, les magistrats du siège ont cassé le « package deal » négocié par le Parquet en homologuant la CJIP conclue avec la personne morale, tout en refusant d'avaliser les CRPC conclues avec les personnes physiques, estimant cette procédure inadaptée au regard de la gravité de l'atteinte à l'ordre public économique et à la souveraineté du Togo. Les trois personnes physiques seront donc renvoyées devant le Tribunal correctionnel.

Il faudrait que s'engage une véritable dialectique entre le siège et le Parquet de telle sorte que le premier, d'abord marginalisé, ne se perçoive pas comme la simple autorité avalisante du second et finalement se rebê.

L'équilibre initial, exposé dans une circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces du 31 janvier 2018, reposait sur le fait que « l'amende transactionnelle est souvent supérieure au quantum encouru devant une juridiction de jugement mais ceci est la contrepartie de l'absence de déclaration de

culpabilité et d'inscription au casier judiciaire »¹⁷.

Toutefois, le ravitaillement du parquet en matière de CJIP dépend de ce que les tribunaux correctionnels fermeront la porte à toute tentative d'échapper au Parquet. Et pour cela, dans la philosophie juridique du système, les condamnations correctionnelles doivent donc être plus dures.

Lors d'une affaire récente devant la Cour d'appel de Paris, le Parquet général a soutenu que les amendes prononcées par les juridictions répressives devaient être plus élevées que celles résultant de la CJIP, évoquant la nécessité de « changer d'échelle »¹⁸. Un nouvel équilibre pourrait donc s'établir.

Aujourd'hui, il faut que la politique criminelle se stabilise dans le cadre de la CJIP, laquelle doit bien présenter un avantage définitif au bénéfice de la personne morale. Elle est faite pour cela. La sanction ne peut pas être accablante sur le plan réputationnel et insupportable sur le plan financier car il s'agit bien de sauvegarder l'entreprise, dont l'existence comme la probité de son personnel ne doivent pas souffrir.

Dans l'esprit de la loi, il s'agit de dissuader d'aller devant les tribunaux. Il ne faudrait cependant pas que s'installe une sorte de scénographie entre des tribunaux menaçants et des parquets plus compatissants. Les juridictions doivent pouvoir répondre à un droit de recours plein et entier. Les tribunaux sont là pour dire le droit et non pas pour sanctionner le refus ou l'échec d'une CJIP.

SD. Le dispositif peut également être perfectionné sur un ensemble de points révélé par la pratique. Quelques « zones grises » méritent d'être éclaircies : la durée de la phase de coopération, le statut précis des documents remis par la personne morale ou son conseil. Il serait d'ailleurs plus prudent de réaliser ce perfectionnement du dispositif, sans doute au vu des conclusions qui seront

rendues par la mission d'évaluation de la loi « Sapin II » de l'Assemblée Nationale, avant d'étendre son champ d'application, notamment en matière environnementale. La CJIP a été utilement étendue à la fraude fiscale en 2018. Elle a sans doute vocation à s'appliquer à un très large éventail d'infractions à caractère économique. Mais, rappelant l'empirisme ayant présidé à sa création et la jeunesse de la procédure, il ne serait peut-être pas inutile comme le préconisait Cervantès de laisser un peu de temps au temps.

JPM. Le rôle essentiel du parquet suppose que son autonomie soit complète et qu'il soit indemne de toute sollicitation extérieure.

SD. En effet, la mise en œuvre d'un tel dispositif pose une nouvelle fois la question du statut du parquet et de son indépendance, comme celle de l'existence d'un parquet général dont l'utilité est discutable. Il faut, en cette matière, peut-être plus encore que dans d'autres, à tout prix éviter tout risque d'ingérence ou même tout soupçon d'intrusions politiques dans des affaires hautement sensibles. Il en va de la confiance accordée par les citoyens au système judiciaire dans son ensemble. C'est la raison pour laquelle, la CJIP ne doit pas être étendue aux personnes physiques, au risque d'abîmer encore davantage le pacte républicain.

JPM. Cela signifie en d'autres termes que l'indépendance du Parquet doit être complète en ce que la carrière des procureurs soit dorénavant remise entre les mains du seul Conseil supérieur de la magistrature, sans que l'exécutif ait une compétence dans son orientation. A cette condition d'ailleurs, les juridictions supérieures (Cour européenne des droits de l'Homme, Cour de cassation) confirmeront le plein statut de magistrat indépendant et impartial aux membres du Parquet. C'est aussi une demande récurrente de l'OCDE.

Nous vous remercions.

¹⁷ Disponible à l'adresse : <http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JU-SD1802971C.pdf>

¹⁸ Cour d'appel de Paris, affaire UBS AG, UBS France et autres, audience du 22 mars 2021

The Judicial Public Interest Agreement: origins and perspectives.

Sébastien DENAJA

*Senior Lecturer in Public Law
Toulouse 1 - Capitole University (Maurice Hauriou Institute)
Former Member of Parliament
Consultant at Lysias Partners
Rapporteur of the "Sapin II" Law of 9 December 2016*

Jean-Pierre MIGNARD

*PhD in law
Member of the Paris Bar
Founding partner at Lysias Partners
Lecturer at Sciences Po Paris and at the University of Burgundy
Member of the "Conseil consultatif national d'éthique"
Member of the "Conseil national du numérique"*

*This translation was prepared by **Aghiles Aït-Larbi***

Alumnus of the London School of Economics and Science Po Paris

The Sapin II Act of 9 December 2016 on transparency, the fight against corruption and the modernisation of economic life introduced a mechanism of negotiated justice into French law, allowing the public prosecutor to conclude a "judicial public interest agreement" ("CJIP" in French) with a legal person accused of a breach of probity. The only offences concerned are corruption, influence peddling, tax fraud, tax laundering and any related offence.

On 16 December 2020, the Law Commission of the National Assembly entrusted Mr. Gauvin and Mr. Marleix with a mission to evaluate the Sapin II law. Lysias Partners reviews the genesis and philosophy of the CJIP with the hindsight offered by four years of implementation through a conversation between Sébastien Denaja and Jean-Pierre Mignard.

We hope that this study will help to avoid misunderstandings in the implementation of the CJIP, both on the part of the parties, legal entities, and the public prosecutor. By seeking the legislator's intention, we find the spirit of the laws, which is a guideline to any extrapolation or deviation from the initial plan. This is of undeniable interest from a practical point of view, in the defence of the rights of the parties, and should allow the mechanism put in place to progress while respecting its original purpose.

* *
*

Jean-Pierre Mignard. *You were the rapporteur of the 2016 "Sapin II" bill on behalf of the National Assembly's Law Commission. What was the purpose of the judicial public interest agreement (CJIP)? Was it to improve the repression of corruption??*

Sébastien Denaja. The CJIP is one of the main legal innovations resulting from the "Sapin II" law, the general ambition of which was not only to fill in the huge gaps in France's anti-corruption efforts at the time, but above all to bring it up to the best international standards in this area. This innovation is first and foremost a response to a damning observation. Until then, in our country, no legal entity had ever been convicted for transnational corruption. The only case was that of the Total group, which was symbolically condemned by a decision of the Paris Court of Appeal on 26 February 2016¹⁹. In other words, we were faced with the urgent need to put an end to a situation of total impunity. It was clearly a question of perfecting our criminal regime to fight corruption, in particular transnational corruption, by creating a new judicial instrument, inspired by negotiated justice mechanisms that had proven their effectiveness in major Western democracies, in particular in the United States and Great Britain, but also in Germany and the Netherlands.

JPM. *Were the pre-existing texts insufficient or was the criminal policy ineffective?*

SD. Indeed, among the reasons that could explain this painfully obvious failure of our judicial system to fight acts of corruption by our own companies, the pre-existing texts appeared to be insufficient or, in any case, unsuitable for repressing such acts in view of the low amounts of the fines that could be

imposed. These fines were totally undersized in relation to the profits that the companies being prosecuted could have made from such reprehensible acts. Fines of a few hundred thousand euros appeared derisory, not to say ridiculous, compared to the fines of several hundred million dollars imposed on French companies by the American justice system.

As for criminal policy in the fight against corruption, it was not ineffective, but non-existent. France could not continue to be satisfied with endless procedures doomed to failure and to be singled out by all the international organisations specialised in the fight against corruption.

JPM. These shortcomings were also pointed out by the OECD, which deplored in 2012 that *"given the very important role played by French companies in the international economy, only 33 proceedings have been initiated and five convictions - of which only one, not final, concerned a legal entity - have been handed down since France joined the OECD Convention in 2000."*²⁰

JPM. *Was it a combination of criminal policy and economic geopolitics, as France does not intend to leave the privilege of settling disputes in a non-exclusively criminal form to English and American procedures?*

SD. There is real international judicial competition in the fight against transnational corruption by major groups. Before the creation of the CJIP, France had no instrument to compete with the American or British procedures. It was simply absent from the "competition". Therefore, in addition to the gaps in our repressive arsenal that needed to be filled, the legislator expressly affirmed the desire to limit the extraterritorial application of American law in the area of international corruption.

¹⁹ Total was fined €750,000 by the Paris Court of Appeal for bribery of a foreign public official in connection with the misappropriation of the UN "Oil for Food Programme". This was the maximum penalty under the criminal law in force at the time. (CA Paris, 26 Feb. 2016, n° 13/09208).

²⁰ See OECD, Phase 3 Report on France's Implementation of the OECD Anti-Bribery Convention, October 2012, <https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf>

The CJIP is partly inspired by the American procedure of the Deferred Prosecution Agreement ("**DPA**"). Under this procedure, fines imposed on European companies between 2008 and 2014 ranged from 95 to 800 million dollars. If we only mention the main agreements concluded by French companies with the US authorities, the amounts of the fines are enough to show the extent of the problem and the derisory nature of the 750,000 euros in fines imposed on Total by the French judge in 2016: \$772 million for Alstom in 2014, \$398 million for Total in 2013, \$338 million for Technip and \$137 million for Alcatel-Lucent in 2010.²¹

JPM. *What problems did this Anglo-Saxon exclusivity pose?*

The French Treasury was missing on billions of euros. So, it was both a problem for public budgets and a real sovereignty issue.

JPM. *Did it raise any particular political questions and what were the respective positions of the Ministry of Justice and the Ministry of the Economy and Finance? Who ultimately contributed to the drafting of the law concerning this completely original mechanism under French law?*

SD. At the initiative of Bercy [*French Ministry of the Economy*], a transactional procedure under the name of "public interest compensation agreement" [*convention de compensation d'intérêt public*] was added to the draft bill, which was also aimed at certain breaches of probity committed by legal persons only. However, in its report on the draft law, the Conseil d'Etat²² was more than reserved about the introduction of such a

mechanism, conceding only that it could be envisaged for transnational corruption offences.²³

The Chancellery²⁴ also opposed it. This was all it took for the government to finally remove it from the bill sent to Parliament.

JPM. *So the Parliament stood in for the Government after its withdrawal of the project?*

SD. The CJIP is indeed the result of the will of Members of Parliament, and first of all of those of the majority group at the time²⁵ and their leader on this text, Sandrine Mazetier, Socialist Party (PS) MP for the 8th constituency of Paris, the author of the CJIP amendment.

JPM. *It appeared to you that the Ministry of Justice had never been cooperative in the drafting of this text on the CJIP. Do you confirm?*

SD. I can testify that throughout the parliamentary discussions, the Ministry of Justice continued to express its opposition in various ways, while Bercy, and the Minister Michel Sapin himself, had a facilitating role. While the government's arbitration should have required him to issue a negative notice on the amendment at the origin of the CJIP, he opted for a "notice of wisdom"²⁶. The result was that parliamentarians were given complete freedom of action.

JPM. *So it was only a partisan parliamentary initiative, that of the majority at the time?*

SD. No, quite the opposite. It should be emphasised that the majority MPs were able

²¹ See S. DENAJA, Rapport fait au nom de la Commission des Lois sur le projet de loi relative à la transparence, la lutte contre la corruption, la modernisation de la vie publique et la protection des lanceurs d'alerte, n°3785 and 3796, tome 1, National Assembly, June 2016, p. 158.

²² The "State Council", an independent judicial institution which advises the government and acts as the supreme judge for administrative disputes.

²³ Opinion on a draft law on transparency, the fight against corruption and the modernisation of

economic life of the Council of the State, meeting of Thursday 24 March 2016

²⁴ Nickname for the French Ministry of Justice.

²⁵ In 2016, the Socialist Party had a majority in the French Parliament.

²⁶ The French government can issue official notices giving its opinion on bills examined in the National Assembly, usually issuing negative or positive notices. With the "avis de sagesse", translated here as "notice of wisdom", the government defers to the MPs.

to draw on the convergence of views on this issue with those of the opposition at the time, such as Mr Lellouche, the UMP²⁷ MP for the 1st constituency of Paris, and Mr Marleix, the UMP MP for Eure-et-Loir. Moreover, apart from a semantic debate on the name of the procedure – nevertheless meaningful – with the senators²⁸, the two chambers have, on the whole, shown a true convergence of views on the subject. The drafting of the law on the CJIP thus gave rise to genuine transparent debates and, in this respect, it can be regarded as the fruit of a political compromise leading to a consensus.

JPM. *What lessons were learnt from foreign procedures and did you look for similarities in the procedure between the text you were drafting and what was being done in the UK and the US?*

SD. The spirit of the CJIP is indeed inspired by the negotiated procedures that exist in the United States and the United Kingdom for acts of corruption, tax fraud and tax evasion laundering by legal persons. During my hearings, I actually went to London with the Minister of Finance, where I was able to conduct a number of interviews that helped inform my reflection on the subject. However, the specific nature of our legal system, particularly in criminal law, meant that the choices made by the French legislator differed in many respects from those made by the Anglo-Saxons. The text of the preliminary draft bill was truly modelled on the American procedure. But we rejected the amendment

that was based on it, in particular because it reduced the role of the judge to a minimum and excluded the victims from the process.

JPM. However, the text does not take up the symmetry of competence of the English judge, who intervenes twice: once just after the beginning of the negotiations, and a second time when the prosecutor and the parties have agreed on the terms of the agreement. The purpose of the first judicial intervention is to ensure that the use of a DPA is likely to be concluded "*in the interests of justice*". The second judicial intervention is designed to ensure that the agreement reached is indeed "*in the interests of justice*"²⁹. Furthermore, the judge must ensure at each stage that the terms of the agreement are "*fair, reasonable and proportionate*"³⁰.

The Parquet National Financier³¹ (PNF) or other public prosecutors' offices are the only ones competent to initiate a CJIP. During a judicial investigation [*information judiciaire*] – which is no longer a preliminary investigation – the investigating judge must decide whether to refer the case to the public prosecutor's office for the purpose of concluding a CJIP, but he or she does so at the request or with the agreement of the public prosecutor.

Moreover, the CJIP concluded remains subject to the final and unavoidable agreement of the President of the court.

²⁷ Union for a Popular Movement, right-wing conservative party traditionally opposed to the Socialist Party.

²⁸ Considering that the concept of judicial public interest agreement did not reflect in a satisfactory way the procedure in question, and that the concept of public interest was hardly justified, the senators had replaced it by the term "transaction". The Law Commission of the National Assembly, on the contrary, wished to reinstate the terms "judicial public interest agreement" in view of the specificity of the procedure and to insist precisely on the public interest attached to it (See Sébastien DENAJA, Report No. 4045 and 4046 fait en nouvelle lecture au nom de la commission des Lois, Transparence, lutte contre la corruption, modernisation de la vie économique et lanceurs

d'alerte, National Assembly, September 2016, p. 76 et seq.

²⁹ Crime and Courts Act 2013, article 7 : "After the commencement of negotiations between a prosecutor and P in respect of a DPA but before the terms of the DPA are agreed, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that (a) entering into a DPA with P is likely to be in the interests of justice, and (b) the proposed terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate"

³⁰ Crime and Courts Act 2013, article 8 : "When a prosecutor and P have agreed the terms of a DPA, the prosecutor must apply to the Crown Court for a declaration that (a) the DPA is in the interests of justice, and (b) the terms of the DPA are fair, reasonable and proportionate"

³¹ National Financial Prosecutor's Office, the Public Prosecutor's Office for financial crimes.

The trial judge [*"juge du siege"*, as opposed to prosecutors] is therefore present in any CJIP, but the public prosecutor is the one that takes the initiative. The judge only intervenes at the end of the process and validates it, or not. As such, the nature of this system is jurisdictional.

JPM. *Does this text have a repressive vocation, or does it tend to spare the legal persons implicated?*

SD. While we wanted to find a way of imposing heavy penalties for reprehensible acts, we also wanted to prevent the accused company, through such an admission of guilt, from being potentially excluded from the procedures for awarding public contracts on an international scale. A simple adaptation of the procedure of 'appearance on prior recognition of guilt'³² therefore did not seem appropriate.

This is an essential aspect of the balance of the text: financially sanctioning the legal person, without exempting the natural persons responsible (I will come back to this), without penalising the entire human community composing companies with sometimes several tens of thousands of employees but also shareholders, who are completely unrelated to the acts concerned and of which they are, in the end, the indirect victims, both economically and in terms of their reputation. The balance of the text is therefore based precisely on a sanction, heavy but without recognition of guilt, which does not minimise the role of the judge, nor that of the victims. The link between the public prosecutor and the investigating judge in certain cases also demonstrates that, although inspired by foreign mechanisms and other democratic societies, the French CJIP is a procedure that proves its originality.

³² CRPC, French guilty plea procedure.

³³ E. VERGES, « La procédure pénale hybride. A propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue 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 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017/3, n° 3, p. 579 et s.

JPM. *What is the nature of the validation judgment? Is it simply a rubber stamp on an often long and complicated previous process?*

As was made very clear during the parliamentary debates, the legislator intended to give a major role to the trial judge. Of course, the entire negotiation process is the responsibility of the public prosecutor. But if the court does not ultimately validate the CJIP, there is no CJIP. This validation is actually a constitutional requirement. It is the role of the court judge to check that the use of such a procedure is justified, that it is properly conducted and, above all, that the fine complies with the legal limits and that the sanctions are proportionate to the benefits derived from the infringements sanctioned. This decision of the judge is all the more important as it is not subject to appeal.

JPM. *In what sense are we still in the criminal field?*

SD. The doctrine has rightly highlighted its hybrid nature³³ and its civil law³⁴ impregnation³⁵, while remaining anchored in French criminal procedure. This hybridity reflects the empiricism - not to say the "makeshift mentality" - that governed the drafting of the text. However, in view of the formidable efficiency of its implementation, which has already enabled the Treasury to recover 3.184 billion euros³⁶, it appears that this hybridity is nevertheless fruitful.

JPM. It is indeed a transaction, there is no point denying that. However, the public prosecutor's office, and this is very peculiar, is both a party and a referee. Like a player, it can see into the game of the opposing party, the latter being reduced to guessing what the floor's game contains. The game is therefore not equal. The public prosecutor can control

³⁴ As opposed to criminal law.

³⁵ A. MIGNON COLOMBET, « La convention judiciaire d'intérêt public : vers une justice de coopération ? », *AJ pénal*, 2017, p. 68.

³⁶ €3 041 million in public interest fines and €142 million in damages to the French State. To date, 12 CJIPs have been concluded.

the game through constraining or even coercive investigations that only it can resort to. In this sense, the process is essentially criminal in nature.

The absence of adversarial proceedings in preliminary investigations reinforces its power³⁷. The accused party, while aware of the grievance against him, is not in a position to know exactly how much weight the public prosecutor gives to the accusation and, above all, what evidence it has, nor the clues on which it relies.

The solution may seem civil in nature, but the process is purely French criminal procedure by the simple fact that there is a dominant party and a dominated party, one who prosecutes and the other who is prosecuted. This hybridity, while we readily acknowledge it, does not remove the original imbalance between the parties, which is specific to criminal procedure.

JPM. *The reading of the texts gives the impression that the cooperation of the defendant legal person has not been explored in depth and, indeed, is not tackled in lengthy developments. Can you confirm this? And in the same vein, what exactly is the role of the lawyer in this procedure?*

SD. It has to be said that the parliamentary debates did not shed enough light on the legislator's intention regarding these aspects, as the legislator focused mainly on the judicial players and the balance between the public prosecutor and the judge. However, it is clear that the spirit of the law presupposes the greatest possible cooperation from the defendant, both upstream and downstream, i.e., in the negotiation phase with the prosecutor's office prior to the conclusion of the agreement, as well as in the implementation phase of the compliance plan under the guidance of the French Anti-Corruption Agency (AFA), created by the "Sapin II" Act. In these two phases, the role of the lawyer, in his advisory capacity, is

absolutely cardinal. Naturally, it is just as important during the public hearing for the validation judgment.

JPM. The lawyer's role is very difficult and risky because he has to interpret what the case file may contain, without any supporting elements, and guess at the intentions of the prosecution. One sometimes wonders whether he is not more of a medium than an advisor. To overcome the pitfalls, lawyers naturally refer to the law or to case law. However, information given by law about their powers is very scarce and case law is still very thin. This is a real issue.

SD. That said, if the parliamentary debates are not very enlightening on these issues, the guidelines that have been drafted jointly by the AFA and the National Financial Prosecutor's Office (PNF) are particularly useful. By stating that "*the cooperation of the legal person in the judicial investigations of which it is the subject is a necessary prerequisite for the conclusion of the CJIP*", I believe they correspond perfectly to the spirit of the law and to the foreign mechanisms which inspired it.

JPM. *Doesn't this cooperation amount to a submission for the accused party? We would like to give you our opinion.*

JPM. The economy of this procedure is based on the almost geological foundations of criminal procedure, the confession. The very contemporary nature of the CJIP goes back to the very distant origins of what has been called the religion of confession. Without torture, which is admittedly considerable progress. The fear of exclusion from international markets, which equates economic death, having replaced a barbaric procedure that the royal declaration of 20 August 1780 ended in France...

SD. The Financial Public Prosecutor of the Republic, J.-F. Bohnert, even specified that the PNF ultimately expects an attitude from the legal person that is close to "self-

³⁷ In the government bill entitled "for confidence in the judiciary", access to the file is provided for at any time, unless the prosecutor refuses, and in any

case after one year following an interrogation, a search, or a public accusation.

incrimination"³⁸. Of course, neither the text of the bill nor the parliamentary debates have made the spontaneous disclosure of facts by the legal person a prerequisite for the negotiation of a CJIP. But it seems perfectly logical that the degree of cooperation of the legal person should be taken into account. A law whose very title emphasises transparency and the fight against corruption cannot have any other objective than that of obtaining the greatest possible cooperation from the accused legal person. Let us say it candidly, it has everything to gain, as the Airbus affair showed very well.

JPM. *Can you be more precise about the remit given to the rights of the defence and their nature? What happens to the documents handed over in the context of a CJIP that does not reach its conclusion (either in the event of a refusal to validate by the trial judge or in the event of a failure to negotiate with the prosecution)? You understand that the confidentiality of the lawyer's professional activity is at the heart of this question.*

SD. The question of the rights of the defence was not at the heart of the parliamentary debates.

JPM: We readily agree with this...

SD. However, the law clearly states that the judge will decide whether or not to approve the CJIP after a public hearing and adversarial debates. That said, it must be admitted that there is a "grey area" in the cooperation phase between the legal entity and the public prosecutor. We can hope that the mission to evaluate the law will be able to shed light on these grey areas and make proposals. Lawyers who have worked in the context of the CJIP also have an important role to play in perfecting a system that is, after all, experimental. The question of the documents handed over in the context of a CJIP only serves to underline, if this was necessary, the

crucial role of the lawyer. The law provides that *"if the president of the court does not validate the proposed agreement or if the legal entity exercises its right of withdrawal, the public prosecutor may not refer to the statements made, or the documents handed over by the legal entity during the proceedings before the investigating or trial court"*.

JPM: Yet he would have read them... It would still be necessary to be able to erase information gleaned during the negotiations and printed in the depths of the public prosecutor's memory. At the very least, it will be necessary to ensure that the documents are returned and that photocopies are prohibited. Usage will have to fill the gap in the law and the ethical probity of the prosecutors will have to overcome the doubts and concerns of the parties involved and their lawyers.

As it stands, we can only build a shared ethic, which is essential but fragile, illustrated by the 'faith of the palace' [*foi du palais*]³⁹, because otherwise the CJIP procedure may turn into a series of ambushes for lawyers and their clients. In this regard, let us recall what former President Canivet said, which seems obvious to us:

"Professional confidentiality is also based on common grounds. It is prescribed neither for the protection of users nor for the protection of its custodians but in the general interest. One confides in a lawyer, one communicates elements to a judge only because these cannot be shared to anyone or in anyone's interest. Confidentiality is necessary for the functioning of the institution. There is even a shared secret that used to be called the 'faith of the palace', a rule that kept between everyone, in a confidential space, what was learned, outside of the proceedings, by chance or inadvertence. Does this relationship

³⁸ J.-F. Bohnert's interview in Dalloz Actualités, 18 March 2020

³⁹ An unwritten principle according to which informal and unrecorded conversation between

prosecutors, judges and lawyers should remain secret.

*of trust still exist? Is there still a 'faith of the palace'?*⁴⁰

In order to believe in it, one has no choice but to adhere completely to the opinion of Cardinal de Retz, according to whom *"one is more often fooled by distrust than by trust"*.⁴¹

SD. Admittedly, however, the text only respects the right not to incriminate oneself.

That said, and this is where the role of the legal counsel for the legal entity takes on its full importance, the PNF and the AFA specified that this text (codified in Article 41-1-2 of the Code of Criminal Procedure) does not concern the documents and information transmitted by the company or its counsel in the context of the investigation phase prior to the formalisation of a CJIP proposal. It therefore depends on when the proposal is formalised.

JPM. When exactly does the CJIP come into play? When do we leave the realm of prolegomena and enter the realm of negotiation and, as in insurance law, leave solicitation and start drafting a contract? This grey phase is a real swamp in which we get bogged down because it is ultimately the Public Prosecutor's Office that determines the horizon of the discussion and pushes it back as it pleases. If cooperation is a prerequisite for the CJIP, then in a way it is necessary to disarm before discussing the terms of the peace treaty.

This is an important point in the mechanism that probably deserves to be reworked.

JPM. *What if the documents are requested by a foreign prosecutor's office as part of the cooperation?*

SD. Once again, practice sheds more light on the issue than the law and parliamentary debates. Indeed, in the Airbus case, which led to the coordination of investigations and agreements between the company and the American, French and British authorities, we

know that it was in compliance with the so-called "blocking law" that evidence was transmitted to the Americans and the British by the PNF, but not directly by the company.

JPM. The scale of the interests involved has undoubtedly redistributed the role of the parties in the negotiation process in the case of a global economic giant whose fate was of interest to the States. In particular, we are thinking of the question of safeguarding the company and jobs, which is so important today for political balances. But not every company attracts as much political interest as Airbus. This partly explains why the disclosure of the facts, without a prior criminal investigation, and the excellent cooperation of Airbus, its internal investigations, which were considered relevant, and its commitment to designing and developing a compliance programme, were all attenuating factors mentioned in the PNF - AFA guidelines.

It is therefore the Public Prosecutor's Office that "has the upper hand", including on this aspect of the procedure.

JPM. *Has thought been given to extending the CJIP to the legal representatives of the defendant legal person?*

It has clearly never been envisaged that the CJIP could benefit natural persons. This has been expressed on many occasions during parliamentary debates. It has always been stated that the directors of the legal person remain criminally liable for the offences committed. As rapporteur for the text, I have also insisted on this point, both during the work in committee and in the public session in the Chamber. The absence of recognition of guilt of the legal person meets the objective of not penalising the company as a whole by preventing it from possibly being excluded from access to international markets. But it would simply be unbearable for our fellow citizens if a system of impunity

⁴⁰ « Rentrée de l'École de formation du Barreau de Paris », Court of appeal, *Discours, tribunes et entretiens*, 3 January 2007

⁴¹ J.-F. Paul de Gondi, Cardinal de Retz, *Mémoires*, 1717

for corrupt managers of large companies were to be established.

I would warn all those who would like to extend the scope of the CJIP to individuals. It seems to me, in any case, that this would be contrary to our constitutional principles. Natural persons can benefit from the system of 'appearance on prior recognition of guilt' (CRPC).

This balance must be maintained. What would be the virtue of a law fighting corruption if it allowed those truly responsible to wash their hands of their actions on the backs of employees and shareholders? As a preventive measure, it is not unhelpful that the law and the sanctions that result from ignoring it inspire a certain fear.

JPM. *How sustainable is the CJIP?*

SD. Its effectiveness ensures the durability of the CJIP. Never before has a system fulfilled its objectives in such a short time. The CJIP has made it possible to put an end to a system that ultimately guaranteed impunity for large companies. It has enabled France to finally compete on an equal footing with the United States and the United Kingdom in a fierce international judicial competition. It has brought in several billion euros for the Treasury. And, while imposing heavy penalties on legal entities, it has protected the companies concerned from harmful consequences at the international level, without exempting the directors from their responsibilities. The CJIP has also shown the effectiveness of the Parquet National Financier, even if it is not its prerogative.

JPM. We are only at the beginning of the CJIP experiment though, and there are still many issues to be resolved. As far as we know, there are still no decisions by the Criminal Division of the Court of Cassation on the CJIP and in particular on a possible malfunctioning. Indeed, to date, all the CJIPs have been approved.

That said, courts do not approve everything. On 26 February 2021, the PNF requested the approval by the Paris Court of a CJIP concluded with Bolloré SE and of 'appearances on prior recognition of guilt' (CRPC) concluded with three natural persons who are directors of the Bolloré group charged of active corruption of a foreign public official and complicity in breach of trust.

However, the magistrates of the court broke the package deal negotiated by the public prosecutor's office by approving the CJIP concluded with the legal entity, while refusing to endorse the CRPCs concluded with the individuals, considering this latter procedure unsuitable with regards to the seriousness of the infringement of public economic order and the sovereignty of Togo. The three individuals will therefore be referred to a Criminal Court.

A real dialectic should be established between the court and the prosecutor so that the former, initially marginalised, does not perceive its role as a mere endorsement of the latter and eventually rebels.

The initial balance, set out in a circular from the Directorate of Criminal Affairs and Pardons [*direction des affaires criminelles et des grâces*] on 31 January 2018, was based on the fact that "*the transactional fine is often higher than the quantum incurred before a criminal court, but this is the counterpart of the absence of a conviction and registration in the criminal record*"⁴².

However, the success of the public prosecutor's office in terms of numbers of CJIPs concluded depends on the correctional courts closing the door on any attempt to evade the public prosecutor. And for this to happen, in the legal philosophy of the system, correctional sentences must therefore be harsher.

In a recent case before the Paris Court of Appeal, the Public Prosecutor's Office argued

⁴² Available at: <http://www.justice.gouv.fr/bo/2018/20180228/JU-SD1802971C.pdf>

that fines imposed by criminal courts should be higher than those resulting from CJIPs, citing the need to "change the scale"⁴³. A new balance could therefore be struck.

Today, criminal policy must be stabilised within the framework of the CJIP, which must offer a definitive benefit to the legal person. That is what it is designed for. The penalty must not jeopardise reputation and be financially unbearable, because the aim is to safeguard the company, whose existence and the probity of its staff must not suffer.

In the spirit of the law, the aim is to dissuade people from going to court. However, we should avoid promoting a sort of playacting between threatening courts and more sympathetic prosecutors. The courts must provide a full right of appeal. The courts are there to say what the law is, not to sanction the refusal or failure of a CJIP.

SD. The system can also be improved on a number of aspects highlighted by practice. Some "grey areas" need to be clarified: the duration of the cooperation phase, the precise status of documents submitted by the legal person or its counsel. It would be more prudent to improve the system, presumably in light of the conclusions of the National Assembly's evaluation mission of the "Sapin II" law, before extending its scope, particularly in environmental matters. The CJIP was usefully extended to tax fraud in 2018. It is undoubtedly intended to apply to a very wide range of economic offences. However, bearing in mind the empirical nature of its creation and the recent implementation of the procedure, it might be

worthwhile, as Cervantès recommended, to "give time to time".

JPM. *The essential role of the public prosecutor's office presupposes that its autonomy is complete and that it is free from any external influence.*

SD. Indeed, the implementation of such a system once again raises the question of the status of the public prosecutor's office and its independence, as well as that of the existence of a *Parquet Général*⁴⁴ whose usefulness is debatable. In this area, perhaps even more than in others, it is necessary to avoid at all costs any risk of interference or even any suspicion of political intrusions in highly sensitive cases. What is at stake is the confidence of citizens in the judicial system as a whole. This is why the CJIP should not be extended to individuals, at the risk of further damaging the republican pact.

JPM. In other words, the independence of the public prosecutor's office must be complete, in that the career of prosecutors must be put in the hands of the High Council of the Judiciary [*Conseil supérieur de la magistrature*] alone, without the executive having any influence on its orientation. On this condition, moreover, the higher courts (European Court of Human Rights, Court of Cassation) will confirm the full status of independent and impartial magistrates for members of the Public Prosecutor's Office. This is also a recurring request from the OECD.

Thank you for this.

⁴³ Paris Court of Appeal, case of UBS AG, UBS France and others, hearing of 22 March 2021

⁴⁴ Public prosecutor's office at the courts of appeal level. The *Procureur général* is the hierarchical

superior of public prosecutors (*Procureurs de la République*) within the district of the court of appeal.

56 mois après...

Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la « loi Sapin 2 »

Jean-Pierre MIGNARD

*Docteur en droit
Avocat au barreau de Paris
Associé fondateur du cabinet Lysias Partners
Maître de conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne
Membre du Conseil consultatif national d'éthique
Membre du Conseil du numérique*

Pierre-Emmanuel BLARD

*Avocat au barreau de Paris
Associé du cabinet Lysias Partners
Maître de conférences à Sciences Po Paris et à l'Université de Bourgogne*

Le 7 juillet 2021, Messieurs Gouvain et Marleix, membres de la Commission des lois, ont déposé un rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de la « loi Sapin 2 » du 9 décembre 2016. Il porte dans sa partie II, une grande attention à la convention judiciaire d'intérêt public (p. 95 à 128). Il est le premier de ce genre.

Les observations formulées ne sont pas de nature à modifier l'équilibre initial du texte mais à amender des dispositions relatives notamment à l'appréciation du montant des sanctions, au processus de mise en œuvre pratique de la convention et aux rapports qui en découlent entre les parties.

* *
*

1. Sur l'amende

Le montant de l'amende est déjà fixé par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Son plafond est de « 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements ».

Les principes qui gouvernent sa fixation sont ceux de la proportionnalité et de l'individualisation des peines.

Un débat s'était engagé sur le chiffre d'affaires : fallait-il prendre en considération celui de l'entité mondiale ou de la filiale ayant commis les faits délictueux ? La circulaire de la Direction des affaires criminelles et des grâces (DACG) du 31 janvier 2018 et les Lignes directrices du 26 juin 2019 sont nettes : seul le chiffre d'affaires de la filiale concernée peut être pris en considération.

Le rapport rappelle que la philosophie du montant de l'amende doit répondre à un double objectif : celui de la restitution du profit illicite, assorti d'un coefficient

multiplicateur qui répond, quant à lui, à un objectif punitif.

Un autre débat abscons porte sur le calcul du montant du produit illicite : doit-il ou non exclure les charges imputables à sa réalisation ? Celles-ci sont déductibles, sans que l'on sache lesquelles devront être prises en considération. Sans doute est-ce l'impossibilité d'isoler les charges imputables aux seuls profits illicites qui justifie cette position.

La part punitive s'établit après application d'un coefficient multiplicateur, classique en droit commun, au moins égal à deux selon une circulaire DACG du 31 janvier 2018. Ce coefficient peut à son tour être réduit en fonction de trois critères très importants dans l'établissement d'une CJIP – et donc du choix de cette solution par les parties en cause – qui sont des critères de coopération :

- la révélation volontaire des faits ;
- la promptitude de la révélation (avant l'ouverture de toute enquête pénale) ; et
- l'effectivité et l'intensité de la coopération avec l'autorité judiciaire.

Ce comportement de la personne morale est censé dès lors répondre à un haut niveau de réaction éthique, mâtiné peut-être d'une crainte sérieuse de poursuites accablantes. Ce cas de figure peut rester marginal.

Un élément objectif à mettre au crédit de l'entreprise est qu'elle n'aurait pas mésestimé un lancement d'alerte et encore moins dissuadé, voire réprimé, son auteur. Tout jeu loyal entre la direction et un lanceur d'alerte de bonne foi est un élément à prendre en considération en faveur de l'entreprise.

Les modes de calcul anglo-saxons, même s'ils ne sont pas exactement identiques, relèvent de la même politique criminelle, que l'examen porte sur des facteurs particuliers ou sur une approche globale. En France, le système, identifiable à un *reverse engineering*, signifie que l'on fixe un montant et que l'on en recherche les éléments de détermination ensuite. Le juge dans Alice au pays des merveilles condamnait d'abord et examinait le

dossier ensuite. La méthode française pourrait être plus aisée et moins longue mais laisse une grande place à l'arbitraire et n'est pas toujours favorable aux parties. On verra à l'usage, ou à l'usure, quelle est la méthode la plus appropriée.

Les parlementaires souhaitent l'adoption d'un barème public pour la prise en compte de la bonne foi des parties dans leur démarche de coopération afin de fixer le montant de l'amende. L'idée est bonne mais elle ressemble furieusement à un effeuillage de la marguerite (un peu, beaucoup, passionnément...). *In ultima*, c'est bien le Parquet qui décidera quel est le bon pétale. Les parlementaires, à la suite sans doute d'un travail d'information, souhaitent que soit donnée l'assurance aux parties de ce qu'une proposition de CJIP serait faite dès lors que la personne morale aurait « *pleinement* » coopéré. Là encore, à quel stade la coopération est-elle considérée comme apte à l'ouverture d'une proposition ? L'embarras parlementaire se manifeste par l'adverbe « *pleinement* ». Il s'agit donc d'une pensée faible, l'adverbe renvoyant à la parfaite subjectivité du Parquet.

2. Sur la loyauté de la négociation

Il s'agit de l'aspect le plus sensible puisque la coopération signifie de manière inévitable que la partie susceptible d'être poursuivie transmettra d'elle-même des informations relatives à son activité à partir desquelles le Parquet forgera son opinion.

Il n'y a rien d'original à cela, sauf que le Parquet n'est pas une simple partie à un arbitrage mais tout à la fois partie et organe de poursuite. Cette question ne se pose pas uniquement pour le système français. Elle se pose également chez les anglo-saxons où les documents sont conservés et peuvent être utilisés par l'autorité de poursuite en cas d'échec ultérieur des négociations. La partie prend ses risques et ne peut pas retenir ce qu'elle a donné.

Le système français, peut-être marqué par une vieille culture catholique, semble penser

que le Parquet doit adopter une attitude différente.

Cependant, il faut encore déterminer le moment à partir duquel les documents remis ne peuvent être réutilisés. Sans doute sont-ce les documents de la phase d'approche ? Il n'y a rien de nouveau depuis notre discussion avec Monsieur Denaja (cf. page 10). Les propositions parlementaires ne sont pas de nature à solder l'incertitude.

Enfin, le système français semble demander aux Procureurs de pouvoir oublier les documents transmis ou les informations échangées. Certes, on n'utilise pas le support mais les informations ont imprimé les cerveaux. Comment imaginer sérieusement, malgré toute sa loyauté, qu'un Parquet puisse s'abstraire d'informations reçues laissant planer un doute sur la responsabilité pénale d'une personne morale ? On demande là une discipline aux Procureurs qui est celle demandée par le droit canon aux prêtres catholiques avec le secret de la confession. Par ailleurs, l'accès au dossier est-il un droit de la défense ? Comme indiqué dans l'entretien avec Monsieur Denaja, non (cf. page 9).

Un parallélisme peut être tenté avec la réforme de la procédure pénale présentée en mars 2021 par le gouvernement prévoyant l'accès aux éléments de l'enquête préliminaire un an après que la personne concernée ait été entendue, fait l'objet d'une perquisition ou été publiquement présentée dans les médias comme coupable des faits dans des conditions portant atteinte à sa présomption d'innocence⁴⁵. Ce parallélisme des formes serait justifié. L'ennui tient à ce que la CJIP porte sur des dossiers nécessitant de longues investigations dans le temps, très souvent non terminées au bout d'un an.

Si la CJIP, comme le dit le rapport lui-même, constitue un indéniable succès quatre ans et demie après sa création, encore faut-il ne pas jouer avec ses règles fondamentales de fonctionnement. La CJIP n'est pas seulement un progrès dans la répression pénale, c'est

aussi une protection des personnes morales, lesquelles peuvent se voir mises à l'abri de procédures longues et de condamnations pénales afflictives et infamantes auxquelles tous leurs membres, des dirigeants aux salariés, seraient confrontés. Rappelons *in ultima* qu'il s'agit d'un instrument dont s'est doté la France afin de ne pas laisser aux seuls pays anglo-saxons de traiter ce type de contentieux.

3. Sur les poursuites à l'encontre des personnes physiques

Sur cette question, le rapport parlementaire fait état des mêmes difficultés que celles évoquées dans l'entretien avec Monsieur Denaja concernant l'articulation des poursuites à l'encontre de la personne morale et à l'encontre des personnes physiques, dirigeants ou salariés (cf. page 12).

En effet, les personnes physiques sont exclues du dispositif de la CJIP.

Le recours à la procédure de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, ou CRPC, n'est pas sans inconvénients (cf. notamment page 12).

Les rapporteurs de la mission d'information préconisent de créer une procédure de CRPC spécifique aux faits de corruption, qui ne pourrait être proposée qu'en cas de révélation spontanée des faits et de pleine coopération de la personne physique aux investigations.

Encore faut-il que cela puisse s'harmoniser avec la procédure de CJIP elle-même, ce qui suppose un point de vue partagé avec les juges du siège, vérificateurs ultimes de la validité des CJIP, et le Parquet.

Le juge homologateur a en effet pour mission de valider le quantum de la peine, notamment afin d'éviter qu'il soit trop faible, car sinon elle serait laissée à la seule discrétion du Parquet.

Il faut, dans les années qui viennent, s'attendre à ce que les juges du siège, qui seront certainement moins saisis en

⁴⁵ Projet de loi pour la confiance dans l'institution judiciaire (NOR : JUSX2107763L/Rose-1)

formation juridictionnelle car la CJIP aura pris un cours ordinaire, soient vigilants sur les conditions de commission de l'infraction et les montants prononcés. Le siège reprendra par l'homologation ce qu'il aura perdu par le recours à un instrument de justice négociée. Il s'agit de la loi sociologique des institutions. Le conseil constitutionnel avait à ce sujet rappelé le principe de séparation des autorités chargées de l'action publique et des autorités de jugement.

Recommandations de la mission d'information relatives à la CJIP

Proposition n° 15 : Étendre le champ des infractions concernées par le dispositif au délit de favoritisme.

Proposition n° 16 : Porter à une durée de 5 ans la durée maximale de 3 ans prévue par la loi pour la mise en conformité des entreprises soumises à un contrôle de l'AFA.

Proposition n° 17 : Introduire la possibilité pour le parquet signataire d'une telle convention de soumettre au juge de la validation, avec l'accord de l'entreprise, une proposition de prolonger par avenant la durée du monitoring initialement fixée, et de modifier, le cas échéant, le plafond de frais afférent, afin de permettre l'exécution complète des obligations du programme de mise en conformité.

Proposition n° 18 : Prévoir dans les textes l'obligation pour l'AFA de soumettre ses projets de rapports annuels et de rapports finaux aux personnes morales, préalablement à l'envoi de ces documents au parquet signataire.

Proposition n° 19 : Étendre aux mesures et procédures à déployer dans le cadre d'un programme de mise en conformité la huitième mesure prévue à l'article 17 de la loi Sapin 2, relative au dispositif de contrôle et d'évaluation interne des mesures mises en œuvre.

Propositions n° 20, 21 et 22 : Publier de nouvelles Lignes directrices ainsi qu'une nouvelle circulaire du garde des Sceaux afin :

- de donner l'assurance à la personne morale qu'une CJIP lui sera proposée à certaines conditions (notamment, si elle coopère pleinement) (n° 20) ;*
- d'assurer la prise en compte de la pleine coopération de l'entreprise, et notamment la révélation spontanée des faits de corruption, par la minoration de l'amende, selon un barème public (n° 21) ;*
- de favoriser le partage des compétences entre parquets (n° 22).*

Proposition n° 23 : Mieux protéger les documents et informations transmis par la personne morale au cours de la procédure de négociation :

- avancer le moment à partir duquel la réutilisation par le parquet, devant la juridiction d'instruction ou de jugement, des déclarations, des documents et informations transmis par la personne morale au cours des négociations de la CJIP est impossible ;*
- étendre cette impossibilité au cas où la personne morale a renoncé à la conclusion d'une CJIP au cours des négociations.*

Proposition n° 24 : Garantir l'accès de la personne morale au dossier en enquête préliminaire à partir du moment où le parquet envisage un règlement par la CJIP.

Proposition n° 25 : Assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales.

Proposition n° 26 : Créer une procédure de CRPC spécifique aux faits de corruption, qui ne pourrait être proposée qu'en cas de révélation spontanée des faits et de pleine coopération de la personne physique aux investigations, et dont les modalités d'homologation seraient plus encadrées : l'appréciation du juge de l'homologation porterait essentiellement sur la qualification

juridique des faits, sur le caractère spontané de leur révélation, ainsi que sur la réalité de la coopération de la personne physique aux investigations.

Proposition n° 27 : *Favoriser le recours à l'enquête interne, en encadrant davantage son usage et en offrant plus de garanties aux personnes physiques.*

Proposition n° 28 : *Renforcer la confidentialité des avis juridiques, et réfléchir à l'instauration d'un legal privilege à la française.*

Proposition n° 29 : *Assurer l'indépendance de l'enquêteur interne : permettre au parquet de demander la nomination d'un mandataire ad hoc ou la création d'un comité spécial, afin de mener l'enquête interne, de négocier la CJIP et de représenter l'entreprise en justice.*

Présentation du cabinet Lysias Partners

Fondé par Me Jean-Pierre Mignard, Lysias Partners est une structure professionnelle ancienne et reconnue de la place de Paris. La participation de ses membres à de nombreux contentieux aux enjeux importants en ont fait la notoriété. Si Lysias a une pratique éprouvée et reconnue dans le domaine du droit pénal, elle intervient sur les champs du droit économique, du droit public des affaires, de l'environnement, de la communication et de la technologie et du droit international, devant la CPI, la CIJ, la CEDH et les tribunaux arbitraux.

Aucun droit n'est aujourd'hui une île. Tout cas exige la connaissance de plusieurs disciplines juridiques. Voilà pourquoi Lysias a constitué une équipe pluridisciplinaire de très haut niveau : avocats au barreau de Paris, docteurs et agrégés en droit, maîtres de conférences dans les Facultés de droit ou dans les Instituts d'Etudes Politiques, ou encore issus de Grandes Ecoles de commerce française ou internationale. Plusieurs de ses membres, associés ou professeurs consultants publient régulièrement des ouvrages de droit ou des articles dans des revues doctrinales. Ce haut niveau de recherche théorique est transféré dans le savoir pratique pour, dans chaque dossier, repérer la nouveauté, innover et trouver un passage là où les issues semblaient fermées. En un mot, créatif.

Le nombre de ses membres est resserré du fait d'un choix qui a voulu privilégier la qualité à la quantité des prestations offertes. Le coût de production de grandes structures allié à leur internationalisation entraîne souvent des lourdeurs de management propices à la fixation d'honoraires excessifs. Lysias dispose d'un réseau de multiples correspondants, en France, dans l'Union Européenne et dans le monde qui lui permet d'offrir un service globalisé sans les rigidités d'une structure démesurée. C'est un choix, qui ne disqualifie en aucun cas les structures professionnelles qui en ont fait un autre. Nous avons d'abord voulu offrir un service personnalisé, soigné et attentif à notre clientèle, ni répétitif, ni industriel, c'est-à-dire un service de haute couture.

Pour ses clients un avocat doit être un conseiller plus encore que leur conseil, un partenaire de projets, il doit savoir anticiper plutôt que d'attendre, il doit savoir donner du sens à une situation, construire une stratégie innovatrice, trouver des solutions innovantes et bousculer si nécessaire les dogmes du passé. Doté de culture, affamé de savoir, passionné d'échanges, orateur et médiateur, juriste méticuleux, bâtisseur de jurisprudences, l'avocat renoue ainsi avec cette curiosité qui caractérisait l'homme de la Renaissance, nourri de la culture gréco-latine, jusqu'aux grandes problématiques du monde globalisé d'aujourd'hui.

Liste des Cahiers Lysias parus

- La loi Sapin II – Prolégomènes d'une justice négocié
- Intelligence Artificielle, un nouvel horizon
- Les enjeux de la compensation écologique
- Climats et numérique, droits humains et économie - L'indispensable résilience de l'Afrique
- Le droit des drones
- Géopolitique du droit : l'Europe face au repli national

La convention judiciaire d'intérêt public
Juillet 2021 ©

LES CAHIERS LYSIAS SOCIETE D'EDITION ELECTRONIQUE
Société à responsabilité limitée au capital de 100,00 €

Siège social :
20, quai de la Mégisserie
75001 Paris
532 825 114 R.C.S. Paris
www.lysias-avocats.com