

Paris, le 5 juin 2020

**OBSERVATIONS SUR LA MISE EN ŒUVRE  
DE LA LOI SUR LA TRANSPARENCE,  
LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION  
ET LA MODERNISATION DE LA VIE ECONOMIQUE  
DITE LOI SAPIN 2**

**- Convention judiciaire d'intérêt public**

La convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) est définie par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Initialement destinée aux atteintes contre la probité, elle a progressivement été étendue en matière fiscale. Elle permet, pour une personne morale, d'éviter une condamnation en concluant une convention avec le parquet, au terme de laquelle elle peut s'engager à verser une amende d'intérêt public, et se soumettre à un programme de conformité sous le contrôle de l'Agence française anticorruption. Elle est directement inspirée de la pratique de Deferred prosecution agreement (DPA) américaine.

Lors de sa création, le Syndicat de la magistrature s'est opposé à la création de la CJIP. Cette position se justifiait par plusieurs arguments, et principalement par l'absence de reconnaissance de culpabilité qu'induit la procédure. Cette convention n'est pas inscrite au casier judiciaire. Cela permet à des sociétés responsables de fraudes de grande ampleur de conserver tous les bénéfices de l'innocence : elles échappent aux conséquences importantes résultant d'une condamnation (par exemple, impossibilité de répondre aux appels d'offres des marchés publics). Nous considérons alors que cela introduisait un nouveau système de justice à deux vitesses, où les fraudeurs fiscaux et les sociétés commettant des atteintes à la probité sont traités différemment des délinquants de droit commun, avec également une différence de traitement entre les organisations qui bénéficieront de la CJIP et les autres. De plus, la CJIP ouvre la possibilité d'une négociation entre le procureur et l'entreprise poursuivie, et le rapport de forces risque d'être fortement déséquilibré au profit des entreprises, bien conseillées, et au détriment de l'autorité judiciaire aux moyens plus limités. Notre crainte était également que cette procédure ne soit pas suffisamment dissuasive. En l'absence de contradiction et de débat public, le citoyen, au nom de qui la justice est rendue, peut avoir un sentiment de « justice entre-soi » que ne peut totalement dissiper la publication de la convention. La limitation à une amende, sans procès public, pourrait même favoriser davantage des pratiques frauduleuses, qui seront

considérées comme acceptables d'un point de vue financier, particulièrement pour des grands groupes : elle n'attaquerait pas la logique de « rentabilité » des schémas abusifs de fraude et d'évasion fiscales ou de corruption de masse. Enfin, cette mesure était à notre sens révélatrice d'un glissement, puisque l'aspect financier d'une infraction prenait l'ascendant sur son aspect moral.

Les quelques années de pratiques de la CJIP permettent d'en faire un premier bilan à l'aune de différents critères :

**Bilan en terme de taux de réponse pénale :** Il convient à titre liminaire de rappeler que les infractions concernées par la CJIP sont des infractions occultes, et qu'à ce titre, toute détermination d'un taux de réponse pénale arithmétique est impossible. Il est néanmoins possible de constater que cette procédure a permis d'apporter une réponse pénale à des faits qui restaient souvent inconnus et impunis, et pour lesquels la réponse pénale était souvent tardive et insatisfaisante.

Ainsi de l'infraction de corruption d'agent public étranger, pour laquelle la France avait été pointée du doigt par l'OCDE<sup>1</sup>, en raison du faible nombre de poursuites, de délais d'enquête et d'instruction particulièrement longs, avec extrêmement peu de condamnations, et des condamnations souvent d'un montant symbolique, qui contribuaient à entretenir l'idée d'une justice à deux vitesses, condamnant lourdement les infractions de droit commun, et avec une coupable légèreté la délinquance en col blanc.

D'une manière générale, les personnes morales sont relativement peu poursuivies et condamnées, ce que certains praticiens expliquent par la complexité des règles applicables en matière de responsabilité pénale des personnes morales<sup>2</sup>. Les parquets privilégient fréquemment les poursuites contre les personnes physiques à celles contre les personnes morales lorsqu'un choix est possible, et lorsque les personnes morales sont visées, la réponse pénale reste souvent légère : en 2015, 80 600 personnes morales ont fait l'objet d'une poursuite ou d'un classement de leur affaire par les parquets, dont 55% d'affaires non poursuivables, les affaires poursuivables ayant fait l'objet d'une réponse pénale dans 81 % des cas, la réponse pénale étant dans 71 % des cas une alternative aux poursuites et une poursuite dans 25% des cas (9% ouverture d'instruction, 57% de renvoi devant le tribunal correctionnel, 34% devant le tribunal de police). En 2015, seules 3 900 personnes morales ont été jugées par le tribunal correctionnel, 19 % étant relaxées. Le montant moyen des amendes est de 17 000 €<sup>3</sup>. Ce bilan demeure toujours vrai pour l'essentiel, mais la consécration de la CJIP a permis une amélioration de la répression des faits de délinquance commis par les personnes morales, avec quelques amendes d'intérêt public record – certains estiment ainsi qu'elle a pour principal objet de

---

<sup>1</sup> « Des condamnations n'ont été prononcées en France au titre de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers qu'à partir de 2008. Ces condamnations définitives, au nombre de trois au moment de la Phase 3, ont toutes sanctionné des personnes physiques (quatre personnes au total). Aucune entreprise n'avait été condamnée en France pour corruption d'agents publics étrangers au moment de la visite sur place. Cependant, un mois et demi avant l'adoption de ce rapport, une première condamnation d'une personne morale est intervenue. Cette condamnation en premier ressort faisait l'objet d'un appel au moment de l'adoption de ce rapport. Les trois condamnations définitives ont toutes porté sur des affaires mineures (montant des pots de vin entre EUR 90 000 et 228 000) et été jugées par voie de citation directe. Elles n'ont pas fait l'objet d'enquêtes approfondies susceptibles de révéler des faits plus complexes impliquant notamment les personnes morales liées aux personnes condamnées. Ces condamnations n'ont par ailleurs donné lieu qu'à des sanctions minimales : peines de prison avec sursis et amende maximale d'EUR 10 000. La condamnation, non définitive à ce jour, d'une personne morale est, elle, intervenue à l'issue d'une information judiciaire ouverte en 2006 ». 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

<sup>2</sup> Article 121-2 du code de procédure pénale et la jurisprudence associée.

<sup>3</sup> Zakia Belmokhtar, Béatrice Le Rhun, *Le traitement judiciaire des infractions commises par les personnes morales*, [Infostat Justice n°154](#), août 2017

contourner la complexité des règles d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales, qui, pressées, acceptent la ratification de la convention.

Pour autant, la CJIP n'est pas le seul élément explicatif de cette amélioration de la réponse pénale concernant ce type de faits. Le contexte de guerre économique, et d'instrumentalisation des voies de droit pour ce faire ne doit pas être négligé. L'action déterminée du Département de la justice américain (DoJ) est sans aucun doute le facteur incitatif déterminant : puisque les entreprises françaises peuvent faire l'objet de procédures aux Etats-Unis, qui ont une conception pour le moins extensive de leur compétence juridictionnelle, autant que les autorités françaises récupèrent une partie des amendes recouvrées en agissant aussi vite que possible, le principe de *non bis in idem* faisant obstacle à ce qu'elles soient sanctionnées ultérieurement pour ces mêmes faits par un autre système judiciaire. Cette guerre aboutit à une mise en concurrence des systèmes juridiques, faisant voler en éclat la relative quiétude de ces sociétés installées sur le sol français. L'évolution du cadre normatif français a permis un renforcement de son efficacité, avec une coopération des services d'enquête français avec les services américains et britanniques, des accords entre les autorités de chaque Etat.

Dans ce contexte, la création du parquet national financier a eu un effet certain sur le renforcement de la réponse pénale en la matière. Ainsi, si trois des quatre premières CJIP homologuées étaient le fait du parquet de Nanterre (pour une affaire unique), depuis 5 CJIP ont été conclues par le PNF (contre une par le parquet de Paris, et une par le parquet de Nice), pour des infractions de taille significative démontrant l'existence de défaillances structurelles. La décision rendue le 20 février 2019 par le tribunal correctionnel de Paris dans l'affaire UBS, qui a condamné, au fond, la banque suisse à une amende de 3,7 milliards d'euros, conformément aux réquisitions du parquet, alors qu'une CJIP d'un montant oscillant entre 1 et 2 milliards avait échoué démontre que de telles condamnations sont possibles, et incite d'autant plus les sociétés mises en cause à accepter les CJIP.

**Bilan en terme de dissuasion :** La CJIP permet de limiter le montant maximal encouru d'amende (quintuple des personnes physiques ou le double du produit tiré de l'infraction pour une condamnation, contre les avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements pour la CJIP). Elle évite également la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction, qui peut être significative pour de telles infractions, l'interdiction d'exercer certaines activités, la fermeture d'un ou plusieurs établissements, l'exclusion de marchés publics, ou l'interdiction de proposer au public ou de faire admettre des titres financiers aux négociations sur un marché réglementé. Elle permet de continuer à postuler à des marchés publics nationaux, et à répondre à des marchés publics internationaux sauf exception, ce qui s'avère déterminant pour des sociétés œuvrant à l'international<sup>4</sup>.

Après quelques années, nous sommes contraints de reconnaître que la CJIP a permis le prononcé d'amendes d'intérêt public de montants significatifs : pour le seul exemple d'Airbus, plus de 2 milliards d'amende d'intérêt public, 8,5 millions au titre des frais nécessaires à la mission de contrôle de l'agence française anticorruption. Cette CJIP n'est cependant pas représentative de l'ensemble des conventions : depuis leur création, 11 CJIP ont été homologuées, 4 prévoient une amende d'intérêt public supérieure à 100.000.000 d'euros (Airbus, Google, Société générale, HSBC), les autres portant sur des montants plus habituels (SAS Pougeaud : 420.000 euros ; Set Environnement : 800.000 euros par exemple). Quoiqu'il en soit, le montant des amendes d'intérêt public reste significatif.

---

<sup>4</sup> Agence française anticorruption et Procureur de la République financier, [Lignes directrices sur la convention judiciaire d'intérêt public](#), 26/06/2019

Il est encore trop tôt pour déterminer l'efficacité des programmes de mise en conformité surveillés par l'Agence française anticorruption. Les programmes de mise en conformité des premières CJIP ne sont pas allés à leur terme : concernant Airbus, la convention est trop récente ; concernant la Société générale, elle n'est pas allée à son terme pour l'instant. Les originalités du contrôle de ces programmes de mise en conformité, largement privatisés, doivent néanmoins inciter à la méfiance, et justifient qu'un nombre suffisant de programmes de mise en conformité aient été menés à leur terme avant toute extension du dispositif.

Pour autant, ce premier bilan permet de relativiser nos premières critiques contre la CJIP, qui a plutôt participé à un renforcement de la réponse pénale française concernant les faits d'atteinte à la probité et de fraude fiscale qu'à une dépénalisation du droit des affaires. Ce bilan globalement positif ne doit pas occulter les nombreuses questions que pose ce dispositif, qui témoigne, tant dans son esprit que dans ses modalités de déclinaison sur le territoire national, d'une crise de paradigme pour la justice : à une justice régaliennne et imposée fait place une justice internationale et négociée ; au triptyque droit/juge/Etat fait place un triptyque droit souple et lignes directrices/Autorités indépendantes/coopération d'acteurs étatiques et d'enquêteurs privés. Dans un contexte d'économie financiarisée, la justice est vue comme un acteur imprévisible, que la CJIP permet de limiter, avec au surplus une célérité plus compatible avec le temps des affaires. A cet égard, les lignes directrices AFA/PNF apparaissent révélatrice de ce glissement, avec la détermination, en amont de toute affaire, de facteurs majorants et de facteurs minorants, permettant à toute entreprise de déterminer l'amende d'intérêt public qu'elle devra le cas échéant verser. Celles-ci vont si loin qu'il convient de se poser la question de leur compatibilité à l'article 5 du Code civil qui prohibe les arrêts de règlement, surtout si elles sont appliquées sans marge d'appréciation.

S'agissant d'une procédure encore jeune, l'ensemble des dysfonctionnements ne peut pas être identifié. Nous nous contenterons donc d'en esquisser certains, et d'appeler à une certaine prudence avant toute extension inconsidérée de ce dispositif.

## **Questions posées par la CJIP :**

### **Respect du droit à un procès équitable**

**Coopération et autoaccusation** - De par son caractère dérogatoire, la CJIP s'écarte des règles en matière de droit à un procès équitable : les lignes directrices de l'AFA/PNF requièrent de la part de la personne morale qu'elle ait révélé spontanément des faits, ou en tout cas qu'elle coopère totalement, avec une attitude proche de l'autoaccusation, sur le modèle de la procédure de DPA américaine. Certes, il n'y a pas de droit acquis à la CJIP, et la personne morale peut préférer garder le silence et ne pas s'auto-accuser, ce qui peut le cas échéant aboutir à un procès. Pour autant, les lignes directrices de l'AFA/PNF heurtent le juriste habitué à la lecture de l'article 6 de la CEDH, ce d'autant plus que la CJIP s'insère dans un paysage où la possibilité d'un procès au fond n'est pas exclue pour la personne morale, notamment en cas d'échec de la CJIP.

Certes, l'article 41-1-2 dispose que si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur de la République ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par la personne morale au cours de la procédure de CJIP. Pourtant, le PNF considère qu'il ne s'agit que des documents remis dans la phase finale de l'échange, et l'on peut donc craindre que les autoaccusations de la personne morale intervenues en amont servent pour le procès au fond. Enfin, la CJIP ne limite en rien la possibilité de poursuivre une personne physique, et les déclarations de la personne morale pourront servir de fondement à sa condamnation. Il existe donc un risque de déloyauté de la procédure dans l'hypothèse où le parquet laisserait miroiter la possibilité d'une CJIP afin que la personne morale s'autoaccuse, et implique les personnes physiques, avec, en définitive, un échec de la CJIP.

**Manque d'indépendance du parquet** - La CJIP pose la question, traditionnelle, de l'indépendance du parquet, puisque dans les faits, le parquet est l'acteur principal de la procédure, et que pour l'instant, les contours de l'homologation par le juge du siège restent à définir. Les 11 CJIP ont donné lieu à homologation, et certains estiment que l'office du juge du siège se limite à un contrôle restreint, inférieur à celui qu'il joue dans une phase d'homologation de la CRPC, puisqu'il ne s'agit pas d'une condamnation ou d'une reconnaissance de culpabilité. Le parquet a donc un rôle central, ce d'autant plus lorsqu'il n'y a pas eu d'information judiciaire préalable à la CJIP. Le manque d'indépendance du parquet risque d'entâcher la procédure d'une suspicion, surtout si cette procédure est amenée à se multiplier. Le faible nombre de procédures et leur diffusion sur le site de l'AFA a en effet constitué une garantie de qualité jusqu'à présent, chaque convention étant scrutée avec attention, et il n'est pas certain que celle-ci demeure si tous les parquets de France utilisent ce dispositif. Le manque d'indépendance du parquet risque par ailleurs de faire naître des doutes quant au caractère complet de l'enquête ayant permis la CJIP. Ainsi, le renforcement de l'indépendance du parquet apparaît un prérequis impératif à toute extension de la CJIP.

**Droits de la défense des personnes physiques** - Le second aspect est celui des droits de la défense pour les personnes physiques impliquées dans un dossier où une personne morale aura fait l'objet d'une CJIP. Deux catégories de difficultés méritent d'être soulevées : la première est celle des informations recueillies lors de l'enquête interne préalable à la CJIP. Les lignes directrices de l'AFA/PNF font de l'existence de cette enquête interne une condition pour que la société puisse bénéficier d'une CJIP. Cette enquête interne est d'autant plus essentielle lorsque la personne morale n'est pas à l'origine de la révélation des faits. En pratique, ces enquêtes internes sont souvent confiées à des avocats, ce qui ne va pas sans poser de difficultés (*cf. infra*). Or, rien ne vient encadrer pour l'instant ces enquêtes internes : quid du droit d'accès au dossier pour les personnes physiques mises en cause ? Quid du droit à un avocat ? Ces enquêtes internes peuvent constituer les premières étapes d'une procédure pénale, notamment lorsque la personne morale communique les résultats de cette enquête interne au parquet. Il conviendrait de consacrer de tels droits aux personnes physiques, afin de garantir tant le respect des droits de la défense que la qualité des procédures.

La seconde est celle de la place jouée par l'acceptation de la CJIP par la personne morale sur la culpabilité de la personne physique mise en cause en même temps qu'elle. L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale dispose que l'ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Il exige uniquement pour la personne morale une « *mise en cause pour un ou plusieurs délits prévus aux articles 433-1, 433-2, 435-3, 435-4, 435-9, 435-10, 445-1, 445-1-1, 445-2 et 445-2-1, à l'avant-dernier alinéa de l'article 434-9 et au deuxième alinéa de l'article 434-9-1 du Code pénal, pour les délits prévus aux articles 1741 et 1743 du Code général des impôts et leur blanchiment, ainsi que pour des infractions connexes* », et l'acceptation de la CJIP. Les lignes directrices de l'AFA/PNF demandent quant à elles « *un niveau de preuve suffisant de la commission des faits* ». Pourtant, dans les faits, les dénégations d'une personne physique n'auront que peu de poids lorsque la personne morale aura accepté la mise en place d'un programme de conformité ou le paiement d'une amende d'intérêt public de plusieurs milliards d'euros. Cela explique que la voie de la CRPC ait, jusqu'à présent été privilégiée pour les personnes physiques, parfois contraintes par l'acceptation de la CJIP. L'un des effets de la parcellisation des réponses pénales est sans aucun doute une diminution de la portée des droits de la défense.

### **Privatisation des services d'enquête et problématiques déontologiques**

Les lignes directrices de l'AFA et du PNF incitent à la mise en place de mécanismes d'enquête interne soit en amont, soit en parallèle de l'enquête, à charge pour eux, le cas échéant, de communiquer des éléments au PNF. Par ailleurs, l'Agence française anticorruption, chargée de vérifier le respect du plan de conformité mis en place par la CJIP peut confier des missions

d'expertise à des tiers, ceux-ci étant rémunérés par la personne morale, dans la limite du plafond fixé par la CJIP. Leur rôle sera de réaliser un audit initial, avec un état des lieux du dispositif anticorruption au sein de l'entité et notamment une cartographie des processus, pour permettre à l'entité de contrôle d'avoir une connaissance complète de l'environnement et des processus de l'entité, puis de s'assurer de la fidèle exécution du plan d'action, et enfin de faire un audit final.

Dans les faits, les cabinets d'audit et les cabinets d'avocats sont les principaux bénéficiaires de ces missions. La CJIP aboutit ainsi à confier à des sociétés de droit privé le contrôle du respect des termes de la convention, pour des montants conséquents (8.500.000 euros pour Airbus ; 3.000.000 euros pour la Société générale). Le seul fait que l'avocat ayant été le conseil d'une partie ne puisse pas être l'expert désigné ne suffit pas à régler les difficultés que pose ce recours à des prestataires privés.

Le recours à des prestataires extérieurs par l'AFA témoigne d'un choix idéologique clair, et rien n'imposait cette solution très contestable, pas plus que la mise en concurrence s'il avait été fait le choix de confier la mission d'expertise à une entité publique. Il fait par ailleurs difficulté puisqu'il repose sur des personnes qui ne sont pas tenues aux mêmes obligations que les services d'enquête, et qui ont en tout état de cause une culture professionnelle très différente.

Qu'en est-il de l'obligation de dénoncer d'autres infractions que celles objet de la CJIP dans le cadre d'une mission d'expertise (article 40 du Code de procédure pénale) ? De l'indépendance par rapport à la personne morale visée ? Du périmètre du secret existant entre le client et l'avocat ? Quels sont les pouvoirs de l'avocat qui conduit une enquête interne ? Peut-il entendre librement les salariés, sans qu'ils soient assistés d'un avocat ? Quels sont ses pouvoirs dans une expertise, lorsque la personne morale ne collabore qu'imparfaitement avec elle ?

En l'état, le seul encadrement identifié est, à notre connaissance, de nature contractuelle pour les missions d'expertise, et, au niveau déontologique, les règles étant fixées dans le vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne<sup>5</sup> qui a été adopté par l'ordre des avocats au barreau de Paris. De telles solutions apparaissent largement insuffisantes : s'agissant du contrat entre l'AFA et l'expert, ses stipulations ne sont pas connues, ce qui ne suffit pas à garantir la confiance du citoyen dans l'exécution de la convention, condition essentielle de son succès. Le simple vademecum encadre trop faiblement ces pratiques. Au minimum, il conviendrait d'imposer des règles de nature réglementaire au niveau national.

## **Place des victimes**

L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale prévoit que « *Lorsque la victime est identifiée, et sauf si la personne morale mise en cause justifie de la réparation de son préjudice, la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an. La victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice. (...) L'exécution des obligations prévues par la convention éteint l'action publique. Elle ne fait cependant pas échec au droit des personnes ayant subi un préjudice du fait des manquements constatés, sauf l'Etat, de poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile.* »

---

<sup>5</sup> Conseil de l'ordre de Paris, Annexe XXIV : *Vademecum de l'avocat chargé d'une enquête interne*, révisé le [10 décembre 2019](#) ; voir également Stéphane de Navacelle et Basile ADER, *Rapport sur les problématiques et les enjeux liés au statut et au rôle de l'avocat « enquêteur » dans le cadre d'une enquête interne*, disponible sur le site de [l'ordre des avocats au barreau de Paris](#)

Si plusieurs CJIP ont accordé une indemnisation à la victime, la portée de cette indemnisation peut prêter à débat : doit ainsi être mentionnée la décision du tribunal correctionnel de Nanterre du 18 septembre 2019, qui a « *écarté toute autorité de la chose jugée de la CJIP sur l'action civile. En effet, se fondant sur le libellé de l'article 41-1-2, IV, alinéa 2, du Code de procédure pénale, il juge que l'exécution de la CJIP ne fait pas échec au droit des personnes ayant subi un préjudice, du fait des manquements constatés, de poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile, notamment lorsque cette personne estime son préjudice insuffisamment pris en compte ou qu'elle n'a pas été en capacité d'en mesurer toute l'étendue. Sa position se fonde aussi sur le fait que la victime ne participe à aucun débat contradictoire lors de la négociation de la CJIP et que, une fois celle-ci conclue, le montant de dommages-intérêts qui lui est attribué ne peut pas être contesté, la victime ne disposant d'aucune voie de recours contre la CJIP. En somme, reconnaître à la CJIP une autorité de la chose jugée en matière civile équivaldrait à porter une atteinte arbitraire au droit de la victime d'obtenir la réparation intégrale de son préjudice* »<sup>6</sup>.

La solution dégagée par le tribunal correctionnel de Nanterre apparaît justifiée dans son principe, eu égard au peu de droits accordés par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale à la victime. Il n'apparaît pas souhaitable de prévoir une autorité de la chose jugée de la CJIP sur l'action civile, sauf à profondément revoir ses modalités de fonctionnement : permettre un débat contradictoire avec la victime, avec le cas échéant une voie de recours. De manière subsidiaire, une solution envisageable peut être de prévoir une autorité de la chose jugée lorsque la victime a ratifié la convention, ce qui serait un gage de sécurité juridique pour l'ensemble des parties prenantes.

### **Coopération entre les autorités de poursuite dans les affaires bilatérales ou multilatérales et la question du *ne bis in idem***

Deux CJIP ont été conclues après une coopération des autorités de poursuites. S'agissant d'Airbus, la CJIP a ainsi été prise après un accord tripartite avec le Serious Fraud Office (SFO) et le Département de la justice américain (DoJ) ; la CJIP concernant la Société générale avait été faite de manière concertée avec le DoJ. D'une manière générale, la coopération semble avoir fonctionné de manière satisfaisante.

Le sort de la CJIP Airbus mérite une attention particulière. La loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 dite loi de blocage a constitué une forte incitation pour les autorités étrangères à coopérer avec les autorités nationales, et a été respectée en l'espèce. Le PNF et le SFO ont monté des équipes communes d'enquête, chacune intervenant dans des pays différents. Le DoJ a également réalisé une enquête. La coopération a été vertueuse puisqu'elle a permis d'aboutir à une CJIP moins de 5 ans après la révélation de faits d'une ampleur inédite. Pour autant, la question des standards applicables au long de ces enquêtes doit être envisagée en amont, et notamment lorsque la procédure aboutit à la suite d'une collaboration avec le DoJ : les normes en matière de droits de l'homme ne sont pas identiques selon les continents. Or, en cas d'échec de la CJIP, seule la poursuite au fond peut être envisagée, et il apparaît vraisemblable que cette différence de standards sera mise à profit par la défense pour solliciter l'annulation des actes ainsi réalisés. Dans l'attente d'une harmonisation, seule l'application cumulative des standards semble appropriée.

### **Possibilité d'une extension de la CJIP à d'autres matières**

Progressivement, le monde judiciaire s'approprie ce dispositif, ainsi qu'en témoigne la CJIP conclue sous l'égide du parquet de Nice en mai 2020. Il apparaît prématuré d'envisager dès ce stade l'extension de la CJIP à d'autres matières, malgré le bilan des CJIP. De par sa nature, elle ne

---

<sup>6</sup> Ghislain Poissonnier, « Procès au fond et convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ? - Tribunal de grande instance de Nanterre 18 septembre 2019 » - *D. 2019. 2137*

doit concerner que des personnes morales, et toute extension à des personnes physiques serait particulièrement malvenue.

S'agissant des infractions concernées, il est exact que le champ de la CJIP ne vise pas, pour l'instant, l'ensemble des atteintes à la probité. Pour autant, les infractions qui ne sont pas dans le champ de la CJIP concernent pour l'essentiel des personnes physiques (prise illégale d'intérêts par exemple). Une extension n'aurait donc qu'une portée résiduelle.

Le projet de loi sur le parquet européen prévoit d'ores et déjà une extension à la matière environnementale. Nous sommes réservés sur ce point, avec la crainte là encore que cela ne soit pas suffisamment dissuasif. A tout le moins, il apparaîtrait nécessaire de prévoir la possibilité d'exclure du droit de candidater à des marchés publics, au regard de la gravité de l'atteinte à l'intérêt général que peut constituer une atteinte à l'environnement. Notre crainte est également que, vu l'insuffisance des moyens de la justice, la voie de la CJIP soit systématiquement privilégiée, et ce alors que les conditions n'en sont pas réunies, pour permettre le traitement de ce type de délinquance. Il est en effet primordial, si l'objectif affiché est celui de poursuites plus efficaces en ces matières, de doter les services d'enquêtes judiciaires de moyens à la hauteur des enjeux et des rapports de force en cause.

Les infractions à la législation du travail font partie des infractions pour lesquelles les personnes morales peuvent être poursuivies. Pour autant, l'extension de la CJIP à ce type de contentieux apparaît pour le moins discutable. D'une part, parce que de telles infractions peuvent aboutir à des décès ou des blessures graves, nécessitant la tenue d'un procès. D'autre part, parce que, contrairement aux atteintes à la probité, la réponse pénale n'est pas inexistante. Les rares hypothèses où un tel mécanisme pourrait être séduisant concerneraient les cas d'entreprises françaises ayant des comportements délictueux à l'étranger soit directement, soit en ayant recours à des sous-traitants (pour des drames similaires à celui du Rana Plaza par exemple). Pour autant, une analyse en termes de coût/avantage incite à la méfiance, et impose qu'un bilan plus complet ait pu être fait de la CJIP telle qu'elle existe, et qu'une réflexion large ait pu être menée.

#### - Bilan du dispositif concernant les lanceurs d'alerte

**Nous serions également intéressés par vos analyses concernant la législation applicable aux lanceurs d'alerte, étant précisé qu'elle fera prochainement l'objet d'une transposition de la directive européenne 2019/1937 du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union.**

La question de la protection des lanceurs d'alerte intéresse le Syndicat de la magistrature à trois égards : les lanceurs d'alerte peuvent être la première étape de révélations qui mèneront, *in fine*, à un procès. A ce titre, ils sont parfois le seul moyen de briser l'omerta, qui permettra à l'appareil judiciaire de connaître de faits parfois particulièrement graves. Les lanceurs d'alertes sont, par ailleurs, un maillon essentiel dans une société démocratique, et permettent de corriger les dysfonctionnements, et notamment le défaut de diligence des autorités, judiciaires incluses, en mettant les faits sur la place publique, ce rôle ayant été reconnu par la CEDH<sup>7</sup>. L'attachement du Syndicat de la magistrature à ces principes justifie donc qu'il se penche sur cette question. Enfin, la question de la protection des lanceurs d'alerte au sein de la justice doit être posée – comme toutes les institutions, l'autorité judiciaire recèle de secrets plus ou moins bien gardés. Comme dans toutes les institutions, ceux qui brisent ces secrets en payent le prix.

---

<sup>7</sup> CEDH, 12/02/2008, Guja c/ République de Moldova : les lanceurs d'alerte doivent se voir reconnaître une protection lorsqu'ils divulguent, de bonne foi, des informations authentiques d'intérêt public qui ne pourraient être divulguées par d'autre moyen faute d'autres vecteurs de divulgation de l'information



Le dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016 s'agissant de la protection des lanceurs d'alerte justifie, dans sa logique même, un avis nuancé. L'objectif de défense des lanceurs d'alerte est difficilement contestable : il existe un hiatus important entre la perception que le grand public peut avoir du comportement des élites administratives et financières et les faits effectivement poursuivis, ce hiatus se nourrissant du manque de transparence qui caractérise ces milieux. Surtout, les exemples de lanceurs d'alerte ayant subi, des années durant, les conséquences de leurs actes courageux ne manquent pas, et il y a sans aucun doute une nécessité de renforcer leur protection. Pourtant, la protection des lanceurs d'alerte doit être mise en regard de l'affirmation progressive par le droit français des secrets, qui peuvent justifier des sanctions. Ainsi en est-il du secret des affaires, qui a fait l'objet d'importantes critiques, de notre part notamment. La protection des lanceurs d'alerte apparaît ainsi comme l'envers de la protection de ces secrets. Plutôt qu'une protection de la liberté d'expression, elle relève d'une procéduralisation de la dénonciation de faits d'intérêt général, avec « une « bureaucratization » des lanceurs d'alerte », transformés « peu ou prou en collaborateurs occasionnels du service public »<sup>8</sup>.

En pratique, le succès du dispositif apparaît limité : le nombre d'alerte est extrêmement limité, beaucoup sont irrecevables, les enquêtes internes faisant suite à une alerte sont très rares, et la saisine des autorités faisant suite à une alerte est encore plus rare. *De facto*, les derniers scandales initiés par des lanceurs d'alerte n'ont pas respecté le cadre fixé par la loi Sapin 2. Pour autant, cette faiblesse des résultats ne doit pas aboutir à une disqualification totale du processus imaginé par la loi Sapin 2. Les avocats du dispositif mis en place par la loi du 9 décembre 2016 soulignent qu'il a pu faire, en interne, évoluer les pratiques, et qu'il s'insère dans un mouvement global de transparence. Cette culture du secret dépasse du reste largement les secrets imposés par la loi, et figure au nombre des clés d'explication de cet échec partiel. Enfin, l'un des autres facteurs peut être recherché dans la structure du marché du travail français : la précarisation croissante des contrats, et la dépendance envers un nombre limité d'employeurs potentiels rendent vaine toute protection par la loi, tant le lanceur d'alerte sait qu'il devra payer du reste de sa vie professionnelle ses révélations.

**- Votre avis sur la place faite aux organisations professionnelles dans le dispositif actuel, celles-ci n'étant pas mentionnées dans la loi Sapin 2 comme pouvant accompagner les lanceurs d'alerte pendant la période la plus délicate de la procédure (phase 1 et phase 2). Pensez-vous utile de faire évoluer la législation sur ce point ?**

La vulnérabilité des lanceurs d'alerte suppose qu'ils puissent être accompagnés. C'était la raison qui avait poussé le législateur à reconnaître un rôle au Défenseur des droits, qui peut l'orienter vers l'organisme approprié de recueil de l'alerte.

Dans les faits, il est fréquent que les organisations professionnelles accompagnent de potentiels lanceurs d'alerte. Pour autant, il n'est pas certain qu'inscrire ce soutien dans la loi améliore l'accompagnement des lanceurs d'alerte. Au contraire, cela contribuerait à procéduraliser davantage ces révélations, et ferait peser sur les organisations des soupçons, puisqu'elles deviendraient partie prenantes d'un processus officiel. A l'inverse, il est préférable de leur laisser une place en dehors du processus – les organisations professionnelles pourraient ainsi servir de relais dans la phase de révélation au grand public. Leur indépendance, et le fait qu'elles aient été préservées d'une reconnaissance officielle dans les premières phases de la procédure constitueraient une garantie du bon fonctionnement des premières étapes de la procédure.

---

<sup>8</sup> Danièle Lochak, « Les lanceurs d'alerte et les droits de l'Homme : réflexions conclusives », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 10 | 2016, mis en ligne le 30 juin 2016

**- Avez-vous déjà reçu des demandes d'assistance de la part de lanceurs d'alerte, si oui combien, et comment ont-elles été traitées ?**

Le Syndicat de la magistrature reçoit deux types de demandes qui peuvent s'apparenter à celles de lanceurs d'alerte :

- des demandes de défenseurs des droits de l'homme

Nous pouvons être destinataires d'interpellations directes, ou via des collectifs auquel le Syndicat de la magistrature appartient. En ce cas, le cadre reste encore très insuffisamment protecteur. Au contraire, nous constatons encore une pénalisation fréquente des lanceurs d'alerte. Cela est particulièrement vrai dans la fonction publique. A titre d'exemple, le cas du policier à l'origine de l'affaire Legay (dont nous n'avons pas été destinataires), reste symptomatique de pratiques trop courantes dans l'administration, à savoir faire prévaloir le devoir de réserve sur la liberté d'expression même lorsque les actes commis ont été illégaux.

- des demandes de magistrats victimes ou témoins directs de faits susceptibles de recevoir une qualification pénale (harcèlement, par exemple).

En ce cas, le mécanisme d'alerte coexiste avec l'article 40 du CPP lorsque les faits sont susceptibles de recevoir une qualification pénale. Dans les faits, le signalement de ces faits reste particulièrement complexe. Leur simple révélation à un supérieur hiérarchique expose fréquemment à des mesures de rétorsion, tant pour la victime que pour le témoin direct ou indirect, puisqu'ils seront suspectés de faire naître une mauvaise entente au sein de la juridiction.

A cet égard, il apparaît nécessaire de questionner l'applicabilité du statut de lanceur d'alerte au sein de la magistrature. Pour l'instant, la loi ne prévoit pas de mécanisme de recueil des alertes pour les juridictions (seules sont concernées les personnes morales de droit public ou de droit privé d'au moins cinquante salariés, les administrations de l'Etat, les communes de plus de 10 000 habitants ainsi que les établissements publics de coopération intercommunale à fiscalité propre dont elles sont membres, les départements et les régions, avec une précision concernant les modalités de recueil dans le décret n° 2017-564 du 19 avril 2017 relatif aux procédures de recueil des signalements émis par les lanceurs d'alerte au sein des personnes morales de droit public ou de droit privé ou des administrations de l'Etat). Les magistrats sont également exclus de la protection conférée par l'article 10 de la loi du 9 décembre 2016, qui ne concerne que les fonctionnaires et les salariés. Pour autant, la licéité de sanctions suivant la révélation de faits n'en serait pas moins sujette à caution. Néanmoins, nous constatons un usage répété du micro-disciplinaire (répartition de la charge de travail, répartition des attributions, congés, etc.) qui prive le lanceur d'alerte de la possibilité de faire valoir ses droits, et qui décourage les victimes et témoins de signaler ces faits.

Si la directive 2019/1937 ne porte que sur les atteintes au droit de l'union, rien n'empêche le législateur d'harmoniser cette protection à l'ensemble des lanceurs d'alertes, quelle que soit la nature des faits dénoncés. Cette solution s'imposerait d'ailleurs pour éviter une protection à géométrie variable, selon qu'il s'agisse de la violation de règles nationales ou de règles européennes. Or, la directive concerne tous les travailleurs, ce qui inclut les magistrats, elle permet d'inclure les victimes puisqu'elle ne s'applique pas uniquement aux personnes désintéressées, et elle élargit le champ de protection qui est accordé aux lanceurs d'alerte. Ainsi, l'article 19 de la directive inclut les mesures disciplinaires imposées ou administrées, réprimande ou autre sanction, y compris une sanction financière, la coercition, intimidation, harcèlement ou ostracisme, et la discrimination, traitement désavantageux ou injuste.

A cet égard, il pourrait être mis en place un système de recueil d'alerte ne reposant pas sur la hiérarchie, le cas échéant encadré par le CSM. Un tel dispositif pourrait permettre d'enquêter sur les faits en question, et d'accorder une protection des lanceurs d'alerte au sein de la justice.

**- Que pensez-vous d'une rémunération accordée aux lanceurs d'alerte (sur le modèle des aviseurs fiscaux) ? et plus généralement quel soutien ou quelle aide financière être apportée aux lanceurs d'alerte (frais de justice, assistance juridique, reconversion professionnelle...) ?**

L'article 20 de la directive dispose que les États membres peuvent prévoir une assistance financière et des mesures de soutien, notamment psychologique, pour les auteurs de signalement dans le cadre des procédures judiciaires. Pour autant, il ne s'agit que d'une invitation, et non d'une obligation.

Le modèle évoqué est celui en place aux Etats-unis<sup>9</sup>. Un modèle similaire existe concernant les aviseurs fiscaux. Un tel dispositif aurait pour objet d'améliorer la révélation de faits répréhensibles. Pour autant, jusqu'à peu, il ne suscitait pas l'engouement en France<sup>10</sup>. Il existe effectivement des risques de dénonciations abusives et malveillantes. Pèsera sur le lanceur d'alerte une présomption de cupidité, affaiblissant d'autant le poids des déclarations du lanceur d'alerte. Surtout, la question qui demeure est celle de l'opportunité d'utiliser le dispositif protecteur des lanceurs d'alerte pour des personnes intéressées. A cet égard, la rémunération accordée aux lanceurs d'alerte ne nous apparaît pas indispensable pour améliorer leur protection.

---

<sup>9</sup> Johanna Schwartz Miralles, « Les récompenses financières des lanceurs d'alerte portent-elles atteinte aux droits fondamentaux ? Le cas du droit américain », *La Revue des droits de l'homme*, 10 | 2016, mis en ligne le 12 juillet 2016, consulté le 26 mai 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/2383> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2383>

<sup>10</sup> Conseil d'État, *Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger*, La Documentation française, 2016, p. 76. URL : <https://journals.openedition.org/revdh/2383#ftn7>