

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE EN 2020 : PERSPECTIVES STRATÉGIQUES POUR LES ENTREPRISES - De l'intérêt (privé) d'agréer une CJIP, consécutivement à un fait de corruption - Etude par Marc Segonds

Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires n° 6, Décembre 2020, dossier 233

De l'intérêt (privé) d'agréer une CJIP, consécutivement à un fait de corruption

Etude par Marc Segonds agrégé des Facultés de droit, professeur à l'Université Toulouse I Capitole (IRDEIC - EA 4211), directeur du Master II Droit pénal des affaires publiques et privées, consultant, cabinet Borel & Del Prete (Aix-en-Provence)

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION TRANSNATIONALE EN 2020 : PERSPECTIVES STRATÉGIQUES POUR LES ENTREPRISES

While « public » interest which must determine the choice of a deferred prosecution agreement (called “convention judiciaire d'intérêt public”, hereinafter referred to as “CJIP”) is yet to be considered, if not yet truly by the validation order's judges themselves^{Note 1}, the « private » interest for joining - more than for approving - deserves to be examined.

1. - Alternative aux poursuites pénales - mais aussi alternative au renvoi devant le tribunal correctionnel puisqu'elle peut être mise en œuvre durant l'information - la CJIP peut, outre l'extinction de l'action publique, présenter nombre d'avantages de nature à inciter une personne morale à agréer une proposition de CJIP. Inévitablement, un bilan coûts pénaux/avantages obligations « CJIP » se devra alors d'être dressé par l'entité concernée faisant apparaître des avantages « de principe » (1) et laissant entrevoir un allègement possible de la charge répressive (2).

1. Des avantages de principe de la CJIP

2. - Dans son principe, l'ordonnance de validation de la CJIP n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation, étant également précisé que la CJIP n'est pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire ([CPP, art. 41-1-2](#)). De la sorte, si la CJIP n'obère pas l'avenir judiciaire de la personne morale à défaut de pouvoir constituer le premier terme de la récidive, elle a également - et surtout - pour avantage certain de ne pas entraîner l'exclusion de la procédure de passation des marchés publics nationaux, laquelle est subordonnée par l'[article L. 2141-1 du Code de la commande publique](#) à une condamnation pénale définitive. En outre, elle a pour avantage de permettre dans la majorité des cas de continuer à répondre à des appels d'offres relatifs à des marchés publics internationaux^{Note 2}. C'est même là la finalité première de la CJIP ainsi que le Conseil d'État l'a souligné en faisant valoir que cette nouvelle institution - à laquelle il s'est opposé - avait pour « objet de sanctionner les entreprises ayant commis des faits de corruption et de prévenir leur récidive, sans pour autant aboutir à une condamnation pénale inscrite au casier judiciaire, afin d'éviter que ces entreprises soient automatiquement privées, du fait de la législation applicable dans certains États, d'accès aux marchés internationaux »^{Note 3}.

À ces avantages majeurs, s'ajoute l'évitement... des autres inconvénients d'une procédure pénale classique à l'égard de laquelle les Lignes directrices du PRF et de l'AFA confessent « que la durée souvent très longue des procédures et leur caractère aléatoire sont déstabilisants pour la personne morale et son image ainsi que pour sa gouvernance, distraite durablement de la gestion des affaires. La mise en œuvre d'une procédure négociée accélère le traitement de la procédure pénale en atténuant l'aléa de son issue. La CJIP présente à cet égard l'intérêt de permettre à la personne morale de provisionner les sommes relatives à l'amende d'intérêt public et d'en informer son actionnariat »^{Note 4}... sans négliger les frais nécessairement moindre occasionnés par une CJIP... et sans préjuger de ceux liés à l'intervention de l'AFA possible aussi bien au titre de la peine de conformité que de l'obligation de conformité (comp. [C. pén., art. 131-39-2, II et CPP, art. 41-1-2, al. 4](#)). Restera alors à s'interroger sérieusement sur la différence réelle de publicité (négative) selon que la voie de la CJIP aura été ou non empruntée sans négliger qu'un simple moteur de recherche suffira pour accéder autant à la CJIP elle-même qu'à l'ordonnance de validation ainsi qu'à l'avis d'extinction de l'action publique publiés sur le site de l'AFA... sans compter le communiqué de presse du parquet lui-même. En outre, au titre de l'évaluation de l'intégrité des tiers, la CJIP sera-t-elle finalement plus avantageuse ?

2. Des avantages des obligations de la CJIP

3. - Comparées à l'arsenal proprement pénal, les obligations issues de la CJIP n'ont pour *alter ego* que l'amende pénale et la peine de programme de conformité, de sorte que la personne morale trouvera par l'adhésion à une CJIP le moyen d'échapper aux peines complémentaires portées notamment aux [articles 433-25 et 445-4 du Code pénal](#) ^{Note 5} et d'être soumise à un programme de conformité d'une durée maximale moindre de 3 ans contre une durée de 5 ans ([C. pén., art. 131-39-2](#)).

En tant que tels, les faits de corruption (du moins ceux éligibles à la CJIP) exposent la personne morale à des peines d'amende, compte tenu de leur coefficient multiplicateur ([C. pén., art. 131-38](#)), pouvant varier de 2,5 à 5 millions d'euros selon que les faits ressortissent à la corruption privée ou publique. Eventuellement récidiviste, la personne morale s'exposerait, elle, à une peine d'amende comprise en cette hypothèse entre 5 et 10 millions d'euros. Cependant, cette dernière se gardera de solliciter une CJIP car, si l'[article 41-1-2 du Code de procédure pénale](#) ne limite pas sa mise en œuvre au seul primo-délinquant, les Lignes directrices ne laissent que peu d'espoir à la personne morale récidiviste de compter parmi les « conventionnées »^{Note 6}. Autant que l'amende à taux fixe, c'est l'amende à taux variable qui devra retenir l'attention, cette dernière étant désormais possiblement égale au double du produit tiré de l'infraction. S'agissant des faits de corruption active - à la différence des faits de corruption passive^{Note 7}, ledit produit n'aura pas pour valeur celle de l'avantage indu (ce dernier s'analysant comme l'instrument de l'infraction^{Note 8}) mais la valeur associée à l'acte de la fonction - tel le montant du marché gagné^{Note 9}. À titre de peines complémentaires, les faits de corruption seront aussi susceptibles de donner lieu à la confiscation du produit (valeur associée à l'acte de la fonction pour la corruption active ou celle de l'avantage indu pour la corruption passive) ainsi que de l'instrument de l'infraction (valeur de l'avantage indu pour la corruption active).

Le coût pénal ainsi considéré se doit alors d'être comparé au coût (parapénal) associé aux obligations pouvant résulter de la CJIP. À la place du prononcé d'une amende pénale, la CJIP peut prévoir la soumission à l'obligation de « verser une amende d'intérêt public », dont le montant « est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels

connus à la date du constat de ces manquements » (CPP, art. 41-1-2.-I, 2°). Ces deux amendes partagent la particularité d'être assises respectivement sur le produit « tiré » de l'infraction ou sur les avantages « tirés » des manquements constatés, de sorte que le seul le produit ou les avantages effectifs - et non point espérés - semblent devoir pouvoir être pris en compte.

Afin de procéder à la détermination des amendes d'intérêt public, les CJIP publiées à ce jour procèdent en trois temps. Tout d'abord, est définie l'amende d'intérêt public encourue : il est alors état du montant maximal « théorique »^{Note 10} déterminé sur la base des trois derniers chiffres d'affaires parfois qualifiés de « bruts »^{Note 11} à la date du constat des manquements, cette date devant s'entendre de la date à laquelle le parquet propose la CJIP... fort curieusement^{Note 12}. Ensuite, après avoir parfois énoncé les « véritables » peines encourues - quantum de l'amende et rappel de la possibilité d'une confiscation en valeur du produit de la corruption^{Note 13}, l'amende est proportionnée aux avantages tirés et définis de façon variable au gré des CJIP : le profit tiré des marchés obtenus, calculé sur l'excédent brut d'exploitation^{Note 14}, le profit global générés par les transactions litigieuses^{Note 15}, « de la marge attendue du contrat litigieux augmentée des commissions versées (sic) »^{Note 16} ou, encore, à raison du « profit retiré à partir des contrats obtenus »^{Note 17}. En tout état de cause, les Lignes directrices énoncent expressément que l'amende « comporte une dimension restitutive du profit illicite » et doit être « au moins égale au montant du profit illicite »^{Note 18} alors que la Chancellerie préconise l'application d'un coefficient au moins égal à deux^{Note 19}. Enfin, il a été fait le choix pour l'ensemble des CJIP validées à ce jour de prononcer une « pénalité complémentaire »... révélant ainsi que l'amende d'intérêt public n'est pas seulement proportionnée aux « avantages tirés », mais est également susceptible d'être personnalisée *in pejus* ou *in melius*, preuve s'il en est de la « dimension punitive » de l'amende d'intérêt public^{Note 20}.

Sont ainsi susceptibles d'être retenus comme « facteurs aggravants » (expression retenue originairement par les CJIP) ou « majorants » (expression retenue désormais conformément aux Lignes directrices) : la durée des faits^{Note 21}; la réitération des faits à l'occasion de contrats différents^{Note 22}; le fait que la corruption ait pour sujet un agent public national^{Note 23} ou étranger^{Note 24}; l'utilisation des ressources de l'entité pour dissimuler les faits de corruption^{Note 25}; le fait de ne pas avoir porté les faits à la connaissance de l'autorité judiciaire ; ou encore, le fait de n'avoir fourni qu'une coopération tardive^{Note 26}; et, enfin, le fait d'être soumise à l'obligation de conformité anticorruption inscrite à l'article 17 de la loi Sapin 2^{Note 27}... auxquels les Lignes directrices invitent à ajouter le fait que la personne morale a déjà été condamnée en France ou à l'étranger pour des faits de corruption ou encore le caractère systémique desdits faits.

Les « facteurs atténuants » (expression, ici encore, retenue originairement par les CJIP) ou « minorants » (expression consacrée désormais à l'instar des Lignes directrices) méritent de retenir l'attention en ce qu'ils attestent de l'intérêt à s'inscrire dans une démarche de conformité : ainsi, le fait de recourir à des actions de formation, d'avoir nommé un directeur juridique et éthique ainsi que des référents éthiques, créé un site éthique, diffusé une charte du lanceur d'alerte, réalisé une cartographie des risques ou un guide de l'intégrité et mis en œuvre un call éthique^{Note 28} ou encore d'avoir mis en œuvre, dès les premiers temps de l'enquête, de mesures de conformité correctives destinées à prévenir le déroulement des faits^{Note 29}. Plus radicaux, ont été retenus également comme « facteurs atténuants », le changement de dirigeants^{Note 30} ou encore le licenciement des cadres en cause^{Note 31}, et la coopération active de la nouvelle direction^{Note 32}... auxquelles peuvent s'ajouter, selon les Lignes directrices, la révélation spontanée des faits au parquet avant l'ouverture de toute enquête pénale et dans un temps raisonnable.

Au final, l'amende d'intérêt public imite à la fois une amende pénale assise sur le produit (fonction des « avantages ») qui imite à son tour la confiscation du produit de l'infraction (restitution du profit), tout en associant une pénalité supplémentaire soumise à personnalisation *in pejus* (liée parfois à l'énoncé d'un coefficient multiplicateur de 275 %^{Note 33}) et *in melius* (elle aussi parfois liée à l'énoncé d'un taux de réduction de 50 %^{Note 34}) sur la base de facteurs qui, en cette dernière occurrence, ont le mérite de récompenser l'attitude soucieuse de conformité. L'amende d'intérêt public, en revanche, se différencie nettement de l'amende pénale en ce qu'elle seule offre la possibilité d'obtenir la prise en compte d'un *deferred prosecution agreement* doté d'un objet commun avec la CJIP^{Note 35} ou la déduction et la coordination avec les sanctions prononcées par les autres autorités de poursuite^{Note 36}.

Si la vie des affaires est aussi l'art d'instrumentaliser des mécanismes judiciaires en feignant de se soumettre à la légalité pour mieux servir ses propres intérêts, quel intérêt véritable l'adhérent à la CJIP poursuivra-t-il par-delà la pesée de ses avantages et inconvénients ? L'espoir de réduire le périmètre des poursuites à l'infraction (de corruption) « fin » au détriment des infractions « moyens » (abus de biens sociaux, faux et usage de faux), des infractions « obstacles » (favoritisme, entente) ou des infractions de « conséquence » (recel, blanchiment), bref, au détriment des infractions « connexes » évoquées par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale... infractions que les CJIP évoquent fréquemment pour, ensuite, mieux les ignorer ? La nécessité pour de nouvelles instances dirigeantes de solder à moindre coût le passé pénal d'une entité sans obérer pour autant son avenir économique ? La nécessité pour une société mère de reporter sur la filiale présentée comme déviante le courroux judiciaire ? Sans compter la tentation de porter à la connaissance de l'autorité judiciaire l'infraction commise par un cadre afin de démontrer de sa part un abus de fonction et non pas la commission de l'infraction pour le compte de la personne morale ?^{Note 37} En espérant que l'angélisme n'ait guère sa place au pays de la CJIP.

^{Note 1} V. M. Segonds, *De l'art de l'ombre à l'art du clair-obscur*, note ss TGI Paris, ord., 14 nov. 2017 : *Dr. pén. 2018, comm. 14*. - L'article 41-1-2 du Code de procédure pénale fait pourtant obligation au président du tribunal de prendre la décision de valider ou non la proposition de convention « en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure ».

^{Note 2} V. PRF et AFA, *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public*, 26 juin 2019, p. 5 (ci-après « Lignes directrices ») : *Rev. int. Compliance 2020, comm. 143*, S. Scemla.

^{Note 3} V. CE, avis, 24 mars 2016, n° 391262, sur le projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, p. 10.

^{Note 4} V. PRF et AFA, *Lignes directrices*, *ibid.*

^{Note 5} En nuanciant cependant le propos à l'égard de la peine de confiscation à raison des modalités de calcul (si particulière...) de l'amende d'intérêt public et de la difficulté à mettre effectivement en œuvre la peine d'exclusion des marchés publics. - V. Th. Guillemain et Th. Chanzy, *Exclusion des marchés publics pour corruption : la théorie et la pratique* : *JCP E 2019, 1395*.

[Note 6](#) V. PRF et AFA, Lignes directrices, préc., p. 7.

[Note 7](#) Rappr. [Cass. crim., 4 déc. 2019, n° 19-80.409](#).

[Note 8](#) V. [Cass. crim., 4 mars 2020, n° 19-81.818](#) : [JurisData n° 2020-002805](#) ; [Rev. int. Compliance 2020, comm. 117](#), M. Segonds.

[Note 9](#) V. Rép. pén. Dalloz, V° Corruption, n° 155, W. Jeandidier.

[Note 10](#) V. CJIP conclue entre le procureur de la République financier près le tribunal de grande instance de Paris et la Société Générale SA, 24 mai 2018, § 48 (ci-après « CJIP Société générale SA ») : [Rev. int. Compliance 2018, comm. 111](#), S. de Navacelle et S. dos Santos.

[Note 11](#) V. CJIP Société générale SA, préc., § 47.

[Note 12](#) V. M. Segonds, La convention judiciaire d'intérêt public abriterait-elle une chimère ? : Dr. pén. 2018, comm. 83.

[Note 13](#) V. CJIP conclue entre le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre et la SAS Set Environnement, 14 févr. 2018, § 1 (ci-après « CJIP Set Environnement »). - CJIP conclue entre le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre et la SAS Kaeffer Wanner, 15 févr. 2018, § 2 (ci-après « CJIP Kaeffer Wanner ») : [Rev. int. Compliance 2018, comm. 68](#), Ch. Dargham.

[Note 14](#) V. CJIP Set Environnement, préc., § 3. - CJIP Kaeffer Wanner, préc., § 3. - CJIP conclue entre le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Nanterre et SAS Poujaud, 4 mai 2018, § 5 (ci-après « CJIP Poujaud »). - ... avec les risques de fraude déjà soulignés que comporte une telle base de calcul... reprise par les Lignes directrices. - V. M. Segonds, *ibid.*

[Note 15](#) V. CJIP Société générale SA, préc., § 53.

[Note 16](#) V. CJIP conclue entre le procureur de la République près le tribunal de grande instance de Paris et la SAS Egis Avia, 28 nov. 2019, § 22 (ci-après « CJIP Egis Avia »).

[Note 17](#) V. CJIP conclue entre le procureur de la République financier près le tribunal judiciaire de Paris et la Airbus SE, 29 janv. 2020, § 156 (ci-après « CJIP Airbus SE ») : [Rev. int. Compliance 2020, comm. 78](#), B. Graulle et S. dos Santos.

[Note 18](#) V. PRF et AFA, Lignes directrices, préc., p. 13.

[Note 19](#) V. [Circ. n° JUSD1802971C, 31 janv. 2018](#) relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la [loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016](#) relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : BOMJ n° 2018-02, 28 févr. 2018 ; [Rev. int. Compliance 2018, comm. 68](#), par Ch. Dargham.

[Note 20](#) *Ibid.*

[Note 21](#) V. CJIP Set Environnement, préc., § 4. - CJIP Société générale SA, préc., § 54. - CJIP Egis Avia, préc., § 24. - CJIP Airbus SE, préc., § 157.

[Note 22](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 157.

[Note 23](#) V. CJIP Kaeffer Wanner, préc., § 4. - CJIP Poujaud, préc., § 5 et 6.

[Note 24](#) V. CJIP Société générale SA, préc., § 54. - CJIP Egis Avia, préc., § 24. - CJIP Airbus SE, préc., § 157.

[Note 25](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 157.

[Note 26](#) V. CJIP Egis Avia, préc., § 24

[Note 27](#) Rappr. CJIP Airbus SE, préc., § 158.

[Note 28](#) V. CJIP Set Environnement, préc., § 5. - CJIP Kaeffer Wanner, préc., § 6.

[Note 29](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 160.

[Note 30](#) V. CJIP Set Environnement, préc., § 5. - CJIP Kaeffer Wanner, préc., § 6. - CJIP Poujaud, préc., § 6.

[Note 31](#) V. CJIP Set Environnement, préc., § 5.

[Note 32](#) V. CJIP Egis Avia, préc., § 23. - CJIP Airbus SE, préc., § 160.

[Note 33](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 159.

[Note 34](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 161.

[Note 35](#) V. CJIP Société générale SA, préc., § 51.

[Note 36](#) V. CJIP Airbus SE, préc., § 162 et § 165 et s. - Rappr. M. Segonds, Les protagonistes de l'affaire Pétrole contre nourriture : contribuables... ou corrupteurs soumis à la loi française ?, note ss Cass. crim., 14 mars 2018 : RPDP 2019, p. 159.

[Note 37](#) V. M. Segonds, L'entreprise, victime de la corruption ? ...ou la mesure des incidences pénale et civile de l'obligation de conformité anticorruption : [Dr. pén. 2019, dossier 4](#).

