

## CONVENTION | S

RÉGULER LA MONDIALISATION

### La Loi Sapin II : Nouvelles perspectives sur les enquêtes transnationales

#### Intervenants

**M. Jean-Claude Brunet**

Ambassadeur chargé de la lutte contre la criminalité organisée

**M. Charles Duchaine**

Directeur de l'Agence française anticorruption

**Antoine Garapon**

Magistrat et Secrétaire général de l'Institut des Hautes Études sur la Justice

**Mme Eliane Houlette**

Procureur National Financier

**M. Keith Krakaur**

Responsable du département *Government Enforcement and White Collar Crimes* de Skadden

**M. Eric Russo**

Vice-Procureur National Financier

Ce memorandum est fourni par Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP et ses affiliés exclusivement à des fins pédagogiques et informatives. Il ne constitue pas un conseil juridique et ne doit pas être interprété comme tel. Ce memorandum est considéré comme de la publicité en vertu des lois applicables.

Four Times Square  
New York, NY 10036  
212.735.3000

Le 30 novembre 2017, l'Institut des Hautes Études sur la Justice ("IHEJ") et Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP ont organisé une table-ronde au Cercle de l'Union Interalliée à Paris pour débattre des nouvelles perspectives en matière d'enquêtes internationales depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II. Les intervenants étaient **Monsieur Charles Duchaine**, directeur de l'Agence française anticorruption ("AFA" ou "Agence"); **Madame Eliane Houlette** et **Monsieur Eric Russo**, respectivement procureur et vice-procureur du Parquet National Financier ("PNF"); et **Monsieur Keith Krakaur**, responsable du département *Government Enforcement and White Collar Crimes* de Skadden. Le débat était modéré par **Monsieur Antoine Garapon**, magistrat et Secrétaire général de l'IHEJ, après un propos introductif de **Monsieur Jean-Claude Brunet**, ambassadeur en charge des menaces criminelles transnationales. Les intervenants ont échangé sur les sujets suivants: la portée de la loi Sapin II, l'action de l'AFA, les déclarations spontanées, la première Convention Judiciaire d'Intérêt Public ("CJIP"), la coopération des entreprises au cours de l'enquête, les programmes de conformité et les enquêtes transfrontalières.

#### Portée de la loi Sapin II

Il a été rappelé que la loi Sapin II a sensiblement renforcé le dispositif français de lutte contre la corruption et étendu les pouvoirs des autorités de poursuite. La loi Sapin II devrait ainsi renforcer l'attractivité, la compétitivité et la crédibilité de la France en matière de conformité, et améliorer son "classement" par différents organismes. La loi Sapin II ayant également hissé la France au même niveau d'exigence que d'autres acteurs internationaux, comme les États-Unis et le Royaume-Uni, elle pourrait aussi réduire les risques de poursuite d'entreprises françaises par des autorités étrangères. En outre, le nouveau dispositif qui incite les entreprises à se tourner spontanément vers le Parquet en vue de convenir d'une CJIP devrait profiter au Trésor public français, plutôt qu'à d'autres. En somme, la loi Sapin II est devenue partie intégrante de la diplomatie d'influence de la France.

#### Politique de l'AFA

La mission principale de l'AFA est d'accompagner les entreprises, de les aider à anticiper, prévenir et résoudre leurs éventuelles difficultés internes en matière de conformité. L'AFA a donc une mission de prévention plutôt que de répression. L'automne dernier, l'AFA a publié ses projets de recommandations pour les soumettre à consultation publique. L'agence espère des retours constructifs afin que les recommandations soient

# La Loi Sapin II : Nouvelles perspectives sur les enquêtes transnationales

les plus efficaces possibles. Ces recommandations ont en effet vocation à aider les entreprises à comprendre puis à mettre en œuvre leurs obligations en matière de conformité, afin ainsi de leur éviter d'éventuelles sanctions administratives et, surtout, de prévenir la réalisation de risques de corruption.

L'AFA a commencé ses premiers contrôles. Six contrôles sur pièces ont été menés et les contrôles sur place vont débiter. A ce jour, aucun dossier n'a été transmis à la commission des sanctions de l'Agence. Il semble en effet qu'en cette phase d'éducation et d'apprentissage, l'agence préfère le prononcé d'avertissements à des amendes administratives.

Il a été rappelé que l'AFA a évidemment l'obligation d'aviser le procureur de la République compétent si elle venait à avoir connaissance de faits susceptibles de constituer un crime ou un délit. Au demeurant, afin d'encourager les entreprises à considérer l'AFA comme leur interlocuteur naturel en matière de conformité, celle-ci pourrait intervenir dans les litiges et faire office de « sas » entre le Parquet et les entreprises lorsque d'éventuelles infractions ont été identifiées.

## Déclaration Spontanée

En France comme aux Etats-Unis, la loi n'oblige pas les entreprises à révéler spontanément aux autorités de poursuites d'éventuelles infractions. Révéler des faits éventuellement constitutifs d'un délit est donc une décision stratégique que les dirigeants doivent analyser en considération de l'intérêt de l'entreprise. Ils doivent prendre en compte les risques à ne pas le faire et les avantages à prendre les devants. A priori, du point de vue des institutions de poursuite, les dirigeants soucieux de l'intérêt de l'entreprise ne devraient pas couvrir la commission d'une infraction. Dans cet esprit, une entreprise ayant découvert que le comportement de certains de ses salariés était constitutif d'infractions, doit mettre en balance, d'une part, le risque que l'information parvienne aux autorités par des moyens non maîtrisés (médias, lanceurs d'alertes, auditeurs, etc.), et, d'autre part, les avantages que l'entreprise pourrait tirer d'avoir pris l'initiative et d'avoir coopéré.

Aux Etats-Unis, pour aider les entreprises à faire cette analyse coûts-avantages, certaines autorités ont mis en place des programmes visant à encourager les entreprises à déclarer spontanément certaines infractions, et à coopérer aux enquêtes. Par exemple, sous l'administration Obama, le Département of Justice américain ("DOJ") a créé, dans le cadre du Foreign Corruption Practice Act ("FCPA"), un programme pilote de dix-huit mois permettant aux entreprises d'être éventuellement exemptées de

poursuites (la procédure s'arrêterait ainsi à son stade le plus précoce) si elles révélaient volontairement des faits de corruption. Le 29 novembre 2017, Rod Rosenstein, vice-procureur général du DOJ, a annoncé que ce programme ferait désormais partie intégrante de la politique de poursuite du DOJ. Ce mécanisme, désormais renforcé, établit ainsi une "présomption de non poursuite" en faveur des entreprises ayant spontanément déclaré certaines infractions, sauf en cas de circonstances aggravantes ou de récidive. Cette nouvelle politique pourrait réduire le nombre et le montant des amendes, même si les entreprises devront continuer à restituer les profits tirés de l'infraction. Ce changement de politique pourrait donc devenir un élément déterminant dans le choix des entreprises à révéler ou non certains actes de corruption aux autorités américaines; à terme, davantage d'entreprises pourraient s'auto-déclarer et moins de poursuites seraient donc engagées.

On soulignera également qu'une fois la décision prise d'approcher les autorités, il est crucial que l'entreprise fasse preuve d'une coopération pleine et entière. Aux Etats-Unis, le Yates Memo et les recommandations afférentes au FCPA prennent en compte dans le calcul des amendes dans quelle mesure l'entreprise a effectivement transmis au cours de la procédure tous les éléments pertinents à l'enquête. Pour autant, "coopérer" ne signifie pas que l'entreprise et ses avocats travaillent pour les autorités; l'entreprise et ses avocats demeurent toujours de l'autre côté de la table de négociation. Il est néanmoins impératif que l'entreprise et ses avocats soient transparents avec les autorités, et ne coopèrent pas "à moitié" en sélectionnant les éléments qu'ils souhaitent ou non révéler. En effet, aux Etats-Unis, une coopération "à moitié" peut priver l'entreprise de tous les bénéfices de sa coopération.

## La première convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) signée avec HSBC Private Banque Suisse

Le PNF a été pionnier – en tant qu'institution – dans la promotion d'un dispositif de transaction tel que la Loi Sapin 2 l'a mis en œuvre. Le PNF a ainsi œuvré à la modernité cette loi, conscient qu'il était indispensable d'appréhender le droit pénal économique différemment car l'entreprise nécessite des règles claires, de la rapidité, et que le temps judiciaire n'est pas celui de l'économie.

Le 30 octobre 2017, le PNF a signé avec HSBC Private Bank Suisse SA ("HSBC PB") la première CJIP depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II. L'autorité de poursuite a ainsi mis un terme à cette procédure avec efficacité, tout en y associant lisibilité, rapidité et exemplarité.

# La Loi Sapin II : Nouvelles perspectives sur les enquêtes transnationales

L'affaire présentait certaines particularités puisque la procédure faisait l'objet d'une instruction depuis 2014 (avant la loi Sapin 2), contraignant, sur la base de ces nouvelles dispositions légales, HSBC PB à reconnaître les faits exposés par la CJIP ET leur qualification pénale. Par contraste, au stade de l'enquête préliminaire (précisons que depuis sa création en 2014, le PNF privilégie les enquêtes préliminaires longues à une saisine rapide d'un juge d'instruction), les modalités de la CJIP auraient sans doute été différentes puisque la loi n'impose pas dans ce cas une reconnaissance des faits mais simplement la signature de la convention dans lesquels les faits sont évoqués. La CJIP signée avec HSBC PB intervenue au stade de l'instruction ne constitue donc pas nécessairement une « doctrine » et les CJIP seront amenées à évoluer au fur et à mesure de la pratique et des affaires.

La CJIP HSBC PB était d'autant plus atypique qu'elle traitait de blanchiment de fraude fiscale, infraction qui n'avait été ajoutée au périmètre de la CJIP que par l'un des derniers amendements au projet de loi Sapin II. En principe, les CJIP concerneront davantage ce pour quoi la loi Sapin II a été créée, c'est-à-dire, des faits de corruption.

En tout état de cause, il s'agit ici d'un changement de culture et de paradigme dans la mesure où cette affaire a permis une collaboration, un dialogue et une négociation sans précédent avec les entreprises et leurs avocats.

## Coopération des entreprises dans le cadre des poursuites

Il a été rappelé que le Ministère public n'est pas légalement tenu de prendre en compte, dans la négociation d'une CJIP, le degré de coopération des entreprises durant l'enquête. Cependant et en pratique, on constate que la CJIP signée avec HSBC PB faisait référence à la coopération de la banque, démontrant ainsi son importance. Le Ministère public est favorable à ce que la coopération des entreprises dans le cadre des CJIP devienne la norme. Les acteurs économiques devraient donc se préparer à effectuer leurs propres enquêtes internes afin de fournir tout élément de preuve pertinent. Bien sûr, l'autorité de poursuite se réserve le droit d'effectuer sa propre enquête si elle l'estime nécessaire.

Aux Etats-Unis, l'exigence de coopération vient davantage de l'insuffisance des ressources des autorités de poursuite pour traiter tous les dossiers de crimes financiers. Dans un souci d'efficacité, d'affectation des ressources et pour traiter un maximum d'affaires, les autorités américaines attendent donc des entreprises qu'elles effectuent leur propre enquête interne assistées de leurs avocats. En pratique, les affaires financières vont rarement jusqu'au stade du procès et sont fréquemment résolues en amont par des transactions pénales (*Non Prosecution Agreements* (NPA), *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) et *guilty plea*) car la charge de la preuve pesant sur le Ministère public est celle de prouver la culpabilité de l'entreprise au-delà de tout doute raisonnable.

## Programmes de conformité dans les transactions pénales

La première version du projet de loi Sapin II prévoyait que l'existence d'un programme de conformité pourrait constituer une circonstance atténuante à prendre en compte dans la négociation d'une CJIP. Cette disposition a cependant été retirée de la version finale de la loi. Pourtant, en pratique, il est probable que, dans la mesure où une CJIP peut imposer à une entreprise la mise en place ou le renforcement de son programme de conformité, les autorités soient amenées à tenir compte de l'existence et de la qualité du programme de conformité d'une entreprise. Elles regarderont alors ce qui existait au moment des faits et ce qui a été fait en réaction à ceux-ci.

En comparaison, aux Etats-Unis, les programmes de conformité sont des éléments centraux de la résolution des dossiers de criminalité financière. Pendant son enquête, le DOJ vérifie que l'entreprise a consacré suffisamment de moyens à la fonction conformité, et qu'elle a mis en place des formations et des procédures robustes. Le DOJ vérifie également si l'entreprise a régulièrement audité et testé son programme de conformité. Il analyse les données démontrant l'efficacité de ce programme ainsi que celui du traitement des alertes. Quand il n'existe pas de programme de conformité efficace à l'époque des faits, le DOJ recherche si l'entreprise y a apporté des améliorations substantielles. *La Fraud Section* du DOJ travaillait d'ailleurs jusqu'à récemment avec un "consultant conformité" pour étudier ces questions.

## Difficultés Relatives aux Enquêtes Transnationales

Il a été évoqué que les enquêtes transnationales soulèvent de nombreuses questions stratégiques pour les entreprises et leurs avocats, notamment en matière de traitement de l'information. L'une des principales difficultés relatives aux enquêtes transfrontalières est celle du partage de l'information avec des autorités étrangères, notamment en raison des réglementations locales sur la protection des données et le secret bancaire, et d'éventuelles "lois de blocage".

Un autre élément déterminant dans la gestion et la résolution des enquêtes impliquant des entreprises françaises auprès des autorités américaines est celui des mesures disciplinaires des entreprises à l'égard des individus à l'origine des faits. En effet, les procureurs américains prennent en compte ces sanctions pour évaluer les mesures de remédiation prises par l'entreprise, alors même que les entreprises françaises sont peut-être plus contraintes que les entreprises américaines à cet égard.

En tout état de cause, le prochain grand chantier concernera certainement le traitement des personnes physiques dans ce type de procédures pénales puisque celles-ci, à l'inverse des personnes morales, ne peuvent pas conclure de CJIP.

# La Loi Sapin II : Nouvelles perspectives sur les enquêtes transnationales

---

## Contacts

**Jamie L. Boucher**

Partner / Washington, D.C.  
1.202.371.7369  
jamie.boucher@skadden.com

**Ryan D. Junck**

Partner / London  
44.20.7519.7006  
ryan.junck@skadden.com

**Keith D. Krakaur**

Partner / London  
44.20.7519.7100  
kkrakaur@skadden.com

**Elizabeth Robertson**

Partner / London  
44.20.7519.7115  
elizabeth.robertson@skadden.com

**Valentin Autret**

Counsel / Paris  
33.1.55.27.11.00  
valentin.autret@skadden.com

**Margot Seve**

Associate / Paris  
33.1.55.27.11.51  
margot.seve@skadden.com