



NAVACELLE

Bastille Day



14 Juillet 2023

Happy Bastille Day ! Comme chaque année, en ce jour de fête nationale, le cabinet Navacelle se réjouit de vous présenter un panorama des événements juridiques marquants de l'année écoulée en France.

Derniers développements en matière d'arbitrage, de justice négociée, d'enquêtes internes et de conformité sont autant de sujets auxquels se sont intéressés les avocats du cabinet et qu'il leur tient à cœur de relayer, en tentant d'apporter un éclairage pratique.

En droit pénal des affaires, la justice négociée a continué à prendre de l'ampleur, du fait notamment de la multiplication des conventions judiciaires d'intérêt public et l'encadrement de leur mise en œuvre, ce qui milite en faveur d'une coopération avec les autorités toujours renforcée, matérialisée notamment par les enquêtes internes dont la pratique continue de s'étoffer.

Le contentieux devant les régulateurs français a également continué de se déployer, et l'année écoulée a été sans conteste celle des sanctions records, qui ont visé les sociétés françaises comme étrangères.

En matière de conformité, cette année peut être regardée comme celle d'un encadrement toujours plus vaste, avec une mise en œuvre concrète du devoir de vigilance et la répression plus soutenue du greenwashing.

Enfin l'arbitrage a continué à appréhender les problématiques contemporaines, notamment en matière de gel de fonds détenus à l'étranger et les juridictions ont apporté de nouvelles précisions quant au périmètre de leur contrôle des sentences rendues.

Ainsi, dans un environnement juridique complexe, en constante évolution, où les enjeux extraterritoriaux et internationaux sont omniprésents, le cabinet poursuit son adaptation permanente et ses réflexions autour de sa pratique et de la meilleure façon de servir ses clients, en cherchant toujours à échanger et partager autour de ces sujets avec sa communauté.



Bonne lecture et à bientôt pour continuer à discuter sur ces sujets et ceux à venir !

Julie Zorrilla, Roxane Castro, Stéphane de Navacelle

Sommaire

La justice négociée continue de prendre de l'ampleur, du fait notamment de la multiplication des conventions judiciaires d'intérêt public et de l'encadrement de leur mise en œuvre. Dans le contentieux traditionnel, la jurisprudence apporte quelques précisions intéressantes sur le cumul des sanctions pénales et fiscales et l'incidence d'une procédure pénale excessivement longue.

- 5
- 6
- 7
- 10
- 12
- 14

L'enquête interne est devenue fer de lance du dialogue avec les autorités et autres parties prenantes (ie. Syndicats, ONG, Financeurs).

- 18
- 22

Un encadrement toujours plus vaste, avec une mise en œuvre concrète du devoir de vigilance, le renforcement de la protection des lanceurs d'alerte et la répression plus soutenue du greenwashing.

- 24
- 26
- 28
- 30
- 33

Une année record en termes de sanctions pour les sociétés françaises comme étrangères.

- 35
- 37
- 38
- 40
- 43

L'arbitrage continue à appréhender les problématiques contemporaines, notamment en matière de gel de fonds détenus à l'étranger et les juridictions apportent de nouvelles précisions quant au périmètre de leur contrôle des sentences rendues.

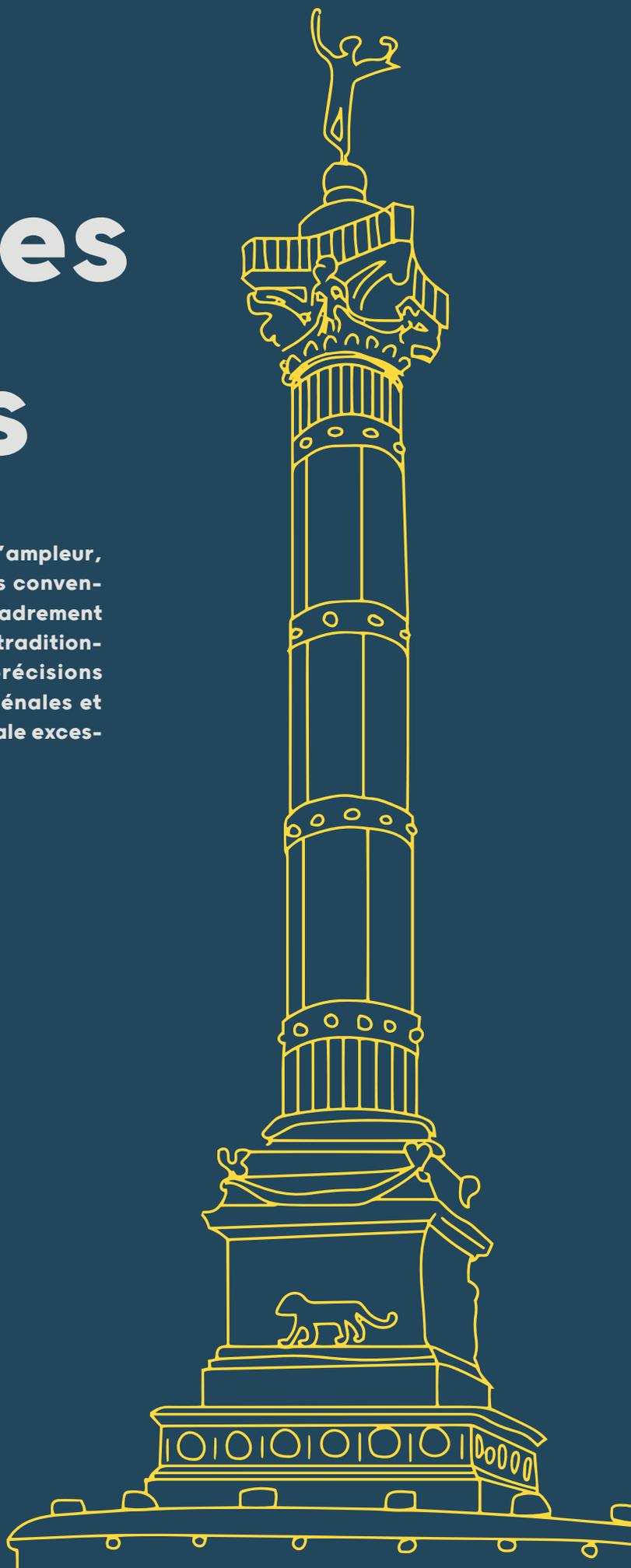
- 45
- 49

Droit pénal des affaires

La justice négociée continue de prendre de l'ampleur, du fait notamment de la multiplication des conventions judiciaires d'intérêt public et de l'encadrement de leur mise en œuvre. Dans le contentieux traditionnel, la jurisprudence apporte quelques précisions intéressantes sur le cumul des sanctions pénales et fiscales et l'incidence d'une procédure pénale excessivement longue.



NAVACELLE
Bastille Day



Bilan de l'activité du parquet national financier

Le parquet national financier a publié les chiffres-clés de son année, dans la synthèse 2022 de son activité. Sont notamment mis en avant l'augmentation du nombre de procédures traitées et le nombre de CJIP validées par le président du tribunal judiciaire de Paris.

Le 24 janvier 2023, le parquet national financier ("PNF") a publié sa synthèse de l'année 2022. Ce document était l'occasion pour le PNF de revenir sur son activité.

Un propos introductif du procureur de la République financier, Jean-François Bonhert, soulignait une croissance et une diversification de l'activité du PNF. Étaient ainsi mis en avant une augmentation de plus de 10% du nombre de procédures en cours, un accroissement des poursuites correctionnelles et de la signature des conventions judiciaires d'intérêt public ("CJIP"), et l'apparition croissante de dossiers concernant des faits d'atteintes à la concurrence et aux finances publiques en sus de ceux d'atteintes à la probité.

Cette synthèse mentionnait également le rapport du Groupe d'action financier, lequel avait noté d'excellents résultats dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme en France.

Le procureur de la République financier mettait également en exergue le fait que le PNF avait vu, d'une part, son action saluée par l'Organisation de coopération et de développement économique ("OCDE"), et d'autre part, que deux de ses magistrats avaient été confortés puisqu'aucune faute disciplinaire n'avait été relevée par le conseil supérieur de la magistrature à leur rencontre, dans le cadre de l'enquête administrative autour de l'affaire dite des "fadettes", qui avait impliqué Éric Dupond-Moretti, l'actuel Garde des Sceaux.

Le PNF présentait donc une année chargée, avec notamment :

- 217 enquêtes ouvertes ;
- 18 magistrats travaillant en binôme, avec en moyenne 45 dossiers chacun, pour un total de 66 condamnations et 1,780 milliards d'euros en sommes prononcées en faveur du Trésor public dans les procédures terminées en 2022 ;
- Six conventions judiciaires d'intérêt public signées et validées par le président du tribunal judiciaire de Paris en 2022 ;
- Un total de 685,4 millions d'euros d'amende prononcé ;

Les dossiers étudiés par le PNF en 2022 concernaient pour la majeure partie des affaires pour atteintes à la probité (44,3%) mais également des atteintes aux finances publiques (46,75%).

Le parquet notait en effet une évolution du contentieux lié aux atteintes aux finances publiques (dont près d'un tiers des cas concernent des dissimulations d'avoirs à l'étranger), qui passait de 38% des affaires en 2015 à 46,75%. Ces dossiers étaient majoritairement transmis par l'administration fiscale.

La synthèse faisait également un rappel des audiences et décisions marquantes, notamment la convention signée avec McDonalds pour un montant de 1,245 milliards d'euros pour des soupçons de fraude fiscale. L'audience d'un ancien ministre pour détournement de fonds publics au profit de sa famille était également mentionnée.

Le PNF revenait aussi sur les interventions et formations ayant eu lieu auprès de différents organismes, et notamment sur sa participation au rapport parlementaire sur la fraude fiscale - qui a donné lieu à une intervention de Gabriel Attal, ministre délégué chargé des comptes publics, au cours de laquelle il avait annoncé un plan de lutte contre les fraudes.

Le PNF faisait un focus sur les nouvelles lignes directrices pour les conventions judiciaires d'intérêt public, et se fixait trois objectifs :

"Renforcer l'adhésion des parties prenantes au dispositif, renforcer l'efficacité de la réponse pénale apportée aux manquements, et renforcer sa prévisibilité afin de développer l'autorévélation des entreprises".

Pour 2023, le PNF mentionnait quelques défis, d'abord procéduraux, avec en fin d'année le terme des premières enquêtes préliminaires touchées par le délai d'encadrement de deux ans prévu pour toutes les procédures débutées à compter du 24 décembre 2021. Étaient également mentionnés des défis opérationnels eu égard à l'augmentation de l'activité, et pour lesquels était prévue une augmentation d'effectif avec l'arrivée de deux magistrats et de deux assistants spécialisés supplémentaires.

Enfin, le PNF marquait son adhésion aux propositions formulées dans le rapport de l'OCDE, entre autres l'allongement de la durée de l'enquête, la préservation du rôle et de l'expertise du PNF, et l'attribution des ressources suffisantes au fonctionnement de la justice. ■

Conventions judiciaires d'intérêt public

Depuis sa création par la loi Sapin II du 9 décembre 2016, la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) a démontré son adaptabilité à différentes typologies de dossiers : d'abord éprouvée par le parquet national financier dans le cadre de dossiers à dimension transfrontalière impliquant plusieurs autorités de poursuite, elle a aussi été appliquée par des parquets en région dans des dossiers de moindre envergure. La CJIP a également vu le périmètre des faits infractionnels qu'elle pouvait couvrir s'étendre, des atteintes à la probité, en passant par la fraude fiscale jusqu'aux atteintes environnementales. Sur les 12 derniers mois, 16 CJIP ont été signées et de nouvelles lignes directrices relatives à leur mise oeuvre ont été publiées.

Infractions et amendes

 Infractions	Durant les 12 derniers mois	Amendes associées
 en matière environnementale	56% des CJIP	de 3.000 € à 140.000€ (CJIP SCEA Maison de la Mirabelle, Campbell Shipping Company Ltd)
 en matière d'atteinte à la probité (i.e., trafic d'influence, corruption)	25% des CJIP	de 7964.000 € à 154.792.000 € (CJIP Bouygues et Linkcity, CJIP Airbus II, Technip Energies France et Technip UK)
 en matière de fraude fiscale aggravée ou blanchiment de fraude fiscale	19% des CJIP	de 3.800.000 € à 123.000.000€ (CJIP Abanca Corporacion Bancaria, GIE UNILABS France, Crédit Suisse AG)

Des montants d'amende dissuasifs

 123.000.000 € Crédit Suisse AG

 15.856.044 € Airbus II

 13.816.000 € GIE UNILABS France

Nouvelles lignes directrices sur la mise en œuvre d'une CJIP adoptées par le Parquet National Financier en janvier 2023

Bonne foi de l'entreprise requise au cours des négociations

Plusieurs critères sont retenus au titre de la bonne foi :

- **Conduite d'une enquête interne**
afin que l'entreprise participe pleinement à la manifestation de la vérité
- **Révélation spontanée des faits**
dans un délai raisonnable
- **Adaptation du programme de conformité**
ie. mise en œuvre spontanée pour les sociétés non soumises à Sapin II, adoption rapide de mesures correctives afin de renforcer sa qualité et son effectivité, adaptation de la stratégie du groupe aux risques identifiés.
- **Indemnisation préalable des victimes**

Confidentialité des échanges

Le parquet et l'entreprise conviennent de la date à partir de laquelle la proposition de CJIP est formalisée afin de préserver la confidentialité des informations et des échanges.

Transparence dans le calcul de l'amende

Mise en place d'un système comparable aux crédits de coopération utilisés par le Department of Justice (DOJ) américain.

- **Facteurs majorants ou minorants plafonnés de l'amende selon des critères de gravité des manquements constatés et de qualité de la coopération de l'entreprise**

Exemple : plafond de 50 % s'agissant du critère majorant relatif au caractère répété des actes

Exemple : plafond de 20 % s'agissant du critère minorant relatif à la pertinence des investigations internes

- **Détails de la méthode de calcul publiés dans chaque CJIP**

Exemple : CJIP Guy Dauphin Environnement : montant maximal de l'amende : 1 135,6 millions d'€ / amende prononcée : 1 230 millions d'€

A retenir

 **Première CJIP conclue en matière de favoritisme**
CJIP Bouygues et Linkcity pour des faits de recel de favoritisme

 **Pour la première fois, une entreprise a fait l'objet de deux CJIP : Airbus**
Deuxième CJIP fin 2022 qui couvre de nouveaux faits mais reste complémentaire à la première de janvier 2020. La seconde amende tient compte de la première ainsi que de la coopération d'Airbus dans la phase d'enquête et son respect du monitoring prévu en 2020.

 **La coopération de bonne foi est requise et fait partie des facteurs minorants dans le calcul de l'amende**
Premières applications : 17 mai 2023 CJIP Guy Dauphin environnement et CJIP Bouygues Bar Sud-Est et Linkcity Sud-Est

Actualisation par le PNF des lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public

Le parquet national financier a publié de nouvelles lignes directrices en matière de convention judiciaire d'intérêt public se substituant à celles publiées initialement conjointement avec l'agence française anti-corruption en juin 2019. Ces nouvelles lignes directrices ont vocation à apporter aux personnes morales plus de visibilité, de prévisibilité, de sécurité juridique et de transparence sur les attentes et le mécanisme de la convention. Elles viennent ainsi préciser plusieurs aspects tels que la nécessité de coopération de bonne foi des personnes morales, les modalités de confidentialité des échanges ou encore les modalités du calcul de l'amende d'intérêt public.

Le parquet national financier ("PNF") a apporté le 16 janvier 2023 des précisions dans ses nouvelles lignes directrices concernant la mise en œuvre et la conduite de la convention judiciaire d'intérêt public ("CJIP"). Ces précisions visent à apporter plus de visibilité, de sécurité juridique, de prévisibilité et de transparence aux personnes morales qui souhaiteraient entamer une négociation de CJIP. Fruit de l'expérience acquise par le PNF, ces nouvelles lignes directrices doivent dès lors permettre aux personnes morales et à leurs conseils de mieux comprendre les équilibres de la négociation dans laquelle ils s'engagent.

Les lignes directrices viennent préciser les conditions d'accès au mécanisme de la CJIP tout en les renforçant par l'ajout d'une nécessaire coopération de bonne foi des personnes morales (I). A cet égard, le PNF entend prendre en compte plusieurs éléments comme la révélation spontanée des faits, leur reconnaissance non-équivoque, la participation active de la personne morale à la manifestation de la vérité ou encore la mise en œuvre d'un programme de conformité.

Les lignes directrices mettent également l'accent sur la question de la confidentialité des échanges entre les personnes morales et les autorités de poursuite (II). Le PNF entend distinguer la période de négociation initiée par la proposition formalisée d'une CJIP de la période d'enquête des pourparlers informels, créant un séquençage incertain pour les personnes morales en matière de confidentialité des échanges.

Enfin, les nouvelles lignes directrices sont venues donner un peu plus de transparence quant aux modalités de calcul de l'amende d'intérêt public (III).

1

Les conditions d'accès par les personnes morales au mécanisme de la convention judiciaire d'intérêt public sont précisées, notamment s'agissant de l'indispensable coopération de bonne foi

Le code de procédure pénale prévoit qu'il appartient au parquet de proposer à la personne morale la conclusion d'une CJIP. Ainsi codifié, le droit français entend donner l'initiative des démarches au procureur de la République. Cependant, dès 2019, à l'occasion de la publication des lignes directrices communes procureur de la république financier ("PRF") – agence française anticorruption ("AFA") relatives à la mise en œuvre de la CJIP, les autorités prévoyaient déjà la possibilité pour la personne morale ou son conseil de faire connaître au PNF son souhait de bénéficier de ce mécanisme transactionnel. Les nouvelles lignes directrices apportent à cet égard quelques précisions. En effet, bien que le PNF fût déjà en pratique depuis 2019 disposé à l'ouverture de pourparlers informels, les nouvelles lignes directrices excluent une telle possibilité en cas d'atteintes graves aux personnes.

D'autres limites sont également posées. En effet, une coopération de bonne foi par la personne morale est requise pour accéder au mécanisme de la CJIP. A cet égard, le PNF donne quelques exemples de gage de bonne foi comme la révélation spontanée des faits au parquet par la personne morale lorsqu'elle intervient dans un délai raisonnable, et ce, d'autant plus lorsqu'il s'agit de faits dont le parquet n'avait pas encore connaissance. Le PNF apprécie ce délai au regard du temps écoulé entre la connaissance des faits par la personne morale et sa révélation au parquet.

Le PNF estime par ailleurs qu'une reconnaissance non équivoque des faits par la personne morale constitue également une indication de coopération. A cet égard, celui-ci précise qu'une contestation systématique des faits témoigne d'un défaut d'adhésion à la CJIP et est donc susceptible de conduire le PNF à renoncer au recours à ce mécanisme.

Il est dès lors attendu des personnes morales qu'elles participent activement ou qu'elles souhaitent participer activement à la manifestation de la vérité au moyen d'une enquête interne sur les faits, les personnes impliquées ainsi que, le cas échéant, les dysfonctionnements du système de conformité qui en ont favorisé la commission. La conduite d'une enquête et sa restitution dans un temps compatible avec les impératifs de l'enquête judiciaire est, pour les autorités, considérée comme étant une indication d'une volonté de coopé-

ration. Les personnes morales devront s'assurer que l'ensemble des actes d'enquête interne (et notamment les comptes rendus d'entretiens des personnes impliquées dans les faits, assortis de l'ensemble des documents sur lesquels ils s'appuient) réalisés au cours de la procédure judiciaire soient utilement portés à la connaissance du parquet afin de s'assurer qu'il n'y a aucune interférence avec l'enquête judiciaire.

La qualité de conservation des preuves est considérée comme une autre indication de bonne foi.

D'autres indices sont également pris en compte aux fins de témoigner de la bonne foi des personnes morales comme la mise en œuvre spontanée d'un programme de conformité concernant les personnes morales hors du champ d'application de l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 ("loi Sapin II"), l'adoption rapide de mesures correctives destinées à renforcer la qualité et l'efficacité du programme de conformité, l'adaptation de la stratégie de la personne morale aux risques identifiés, la modification éventuelle de son équipe managériale ou encore l'indemnisation préalable des victimes.

Au-delà de cette condition de coopération de bonne foi, les nouvelles lignes directrices précisent que le défaut de mise en œuvre d'un programme de conformité ainsi que l'absence de

mesures correctives à la suite de manquements constatés, s'agissant des personnes morales entrant dans le champ d'application de la loi Sapin II, peuvent être appréciés comme une situation défavorable à l'orientation d'une CJIP. Il est donc fortement recommandé aux personnes morales soumises à la loi Sapin II, de renforcer leur programme de conformité et de mettre en œuvre toute mesure corrective nécessaire.

Les lignes directrices de 2019 énonçaient que des sanctions antérieures pour des faits pouvant être qualifiés d'atteintes à la probité à l'égard d'une personne morale voire l'un de ses dirigeants pouvaient constituer un obstacle à la mise en œuvre d'une CJIP. Il en était de même lorsque la personne morale avait déjà bénéficié d'une CJIP ou d'un accord transactionnel conclu avec une autorité étrangère pour des faits d'atteinte à la probité. Force est de constater que cette limitation du mécanisme de la CJIP n'a pas été reprise au sein des nouvelles lignes directrices de 2023.

Quant aux CJIP envisagées pour fraude fiscale, il est précisé par les nouvelles lignes directrices qu'il est nécessaire que la personne morale ait rectifié sa situation avec l'administration fiscale (i.e. recouvrement des droits éludés, intérêts de retard et pénalités imposés par l'administration fiscale) avant toute négociation avec le PNF.

2 La confidentialité des échanges avec les personnes morales est précisée

Les nouvelles lignes directrices sont l'occasion pour le PNF d'apporter des clarifications sur les règles de confidentialité des documents et informations transmis par les personnes morales mais également sur leur opposabilité et donc de l'utilisation qui peut en être faite par les autorités.

Tout d'abord, le PNF formalise l'étape des pourparlers informels, lesquels permettent à la personne morale de discuter préalablement avec le PNF aux fins d'envisager le recours à la CJIP. Il précise à ce titre qu'aucun écrit n'est nécessaire et que lesdits échanges sont confidentiels en ce qu'ils sont couverts par la foi du palais.

Le PNF rappelle ensuite la règle de confidentialité légale de la période de négociation prévue par l'article 41-1-2 du code de procédure pénale. Celle-ci prévoit, en cas de refus de validation de la CJIP par le président du tribunal judiciaire, ou de rétractation par la personne morale, que le procureur ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou des documents remis par celle-ci dans le cadre de ces négociations. Ainsi, toutes les pièces remises pendant la phase de négociation (courriels, documents comptables, extractions de données numériques, présentations et notes d'avocats, etc.) ne sont, sauf accord de la personne morale, pas versées dans la procédure.

Toutefois, selon les autorités, il convient de distinguer la période d'enquête. Comme rappelé par le PNF au sein des premières lignes directrices de 2019, les échanges ayant eu lieu dans le cadre de la phase d'enquête, et qui sont donc nécessairement antérieurs à la formalisation d'une proposition de CJIP, ne sont quant à eux

pas confidentiels. En pratique, ce séquençage est plus incertain pour les personnes morales en ce que la formalisation d'une proposition de CJIP peut intervenir à un stade très avancé de la procédure alors que des négociations embryonnaires ont déjà pu avoir lieu à l'occasion de pourparlers informels avec le parquet. Par conséquent, il convient pour les personnes morales de retenir qu'en cas d'échec des négociations préalables à la proposition formalisée de la CJIP, et donc nécessairement effectuées pendant la phase d'enquête, l'ensemble des documents et informations divulgués au cours de cette phase ne seront pas confidentiels et pourront leur être opposables.

A cet égard, les nouvelles lignes directrices sont venues entériner le séquençage de cette règle de confidentialité légale en indiquant bien que celle-ci ne s'applique pas aux documents versés à la procédure avec l'accord de la personne morale dans le temps des négociations préalables à la proposition formalisée de la CJIP (i.e. autrement dit, tous les documents versés pendant la phase d'enquête). Il est également rappelé que cette règle de confidentialité légale n'affecte pas la possibilité pour le parquet de faire usage des documents et informations obtenus via des actes d'enquête judiciaire. En pratique, il sera donc essentiel, comme le prévoit les lignes directrices, que les personnes morales puissent convenir rapidement avec le parquet d'une date à partir de laquelle un caractère formalisé est conféré à la proposition de la CJIP. En outre, il sera impératif de s'assurer précisément auprès du PNF de la règle de confidentialité et d'opposabilité qui sera appliquée en amont de chaque transmission de document et information aux autorités.

Les modalités de calcul de l'amende d'intérêt public et les facteurs aggravants ou minorants sont détaillés

Les nouvelles lignes directrices sont venues donner un peu plus de transparence quant aux modalités de calcul de l'amende d'intérêt public.

Tout d'abord, le PNF a précisé son interprétation du calcul du plafond de l'amende dans le cadre d'une CJIP d'un groupe de sociétés. Dans cette hypothèse, le code de procédure pénale prévoit que le montant de l'amende ne peut excéder 30 % du chiffre d'affaires moyen calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de ces manquements. A cet égard, le PNF indique que si les comptes des personnes morales sont consolidés, le chiffre d'affaires pris en compte sera celui inscrit dans les comptes consolidés du groupe auquel elles appartiennent. Selon Jean-François Bohnert, nommé à la tête du PNF, cette référence au périmètre consolidé permet d'éviter que les groupes ne concentrent la responsabilité pénale sur une de leurs filiales dont les revenus seraient trop faibles. Force est de constater que cette position alourdit les sanctions pour les personnes morales.

Les modalités de fixation de l'amende d'intérêt public sont également revues et précisées. Celle-ci contient toujours deux dimensions, la première dite restitutive, égale au montant des avantages tirés des manquements constatés, et la seconde dite afflictive ou punitive, calculée sur la base du montant des avantages tirés des manquements constatés, à laquelle des facteurs majorants et minorants sont appliqués.

Quant à la dimension restitutive de l'amende, de nombreuses indications sont données par le PNF quant aux avantages résultant des manquements pris en compte par le parquet pour effectuer cette évaluation. Certains avantages listés par le parquet apparaissent plus répressifs tout en laissant de nombreuses zones grises au préjudice des personnes morales. Il en est ainsi des avantages directs et indirects liés aux gains futurs attendus, l'avantage tiré d'une tentative délictuelle incluant la chance de parvenir à l'état escompté par la tentative ou encore les avantages indirects incluant d'autres avantages potentiellement obtenus comme des

gains de parts de marché, de savoir-faire, de visibilité, même s'ils ne sont pas comptabilisés dans les états financiers de la personne morale ou encore l'avantage de trésorerie associé aux flux monétaires obtenus du fait des manquements. En outre, le PNF précise que si la personne morale ne transmet pas d'éléments justificatifs pour procéder à cette évaluation, ou si ces éléments apparaissent incomplets ou insuffisamment fiables, le parquet pourra se fonder sur les données dont il dispose.

Quant à la dimension afflictive de l'amende, le PNF indique que la gravité des manquements constatés et la qualité de la coopération de la personne morale mise en cause sont appréciées selon un ensemble de critères susceptibles de majorer ou minorer le montant de l'amende. Le PNF clarifie également les lignes directrices de 2019 en structurant sous forme de pourcentage les différents facteurs majorants et minorants utilisés.

En outre, bien qu'une réduction du montant de l'amende en cas de difficultés financières puisse être exceptionnellement accordée, le PNF se réserve le droit, en cas d'écart significatif entre l'évaluation des avantages tirés des manquements à la date de la CJIP et leur évaluation prévisionnelle à la date des manquements, de calculer la dimension afflictive de l'amende sur la base de leur évaluation prévisionnelle. Aussi, le PNF se laisse la possibilité de majorer le montant de l'amende en cas de caractère systémique des actes poursuivis en allant jusqu'à dépasser le plafond du facteur majorant de 50% au titre du caractère répété desdits actes. A cet égard, les lignes directrices précisent que cette majoration serait nécessairement supérieure aux facteurs minorants résultant de la coopération de la personne morale. Enfin, en sus du versement d'une amende d'intérêt public, les nouvelles lignes directrices sont venues réaffirmer le principe déjà connu en pratique des engagements unilatéraux pouvant être pris par la personne morale. Cet outil, non prévu par les textes légaux, n'est en aucun cas cantonné par le PNF, et pourrait aboutir à ce que son application soit élargie à de nombreux domaines. ■

Airbus signe une seconde convention judiciaire d'intérêt public pour corruption

Le PNF et la société Airbus ont conclu une nouvelle CJIP le 30 novembre 2022 pour des faits de corruption d'agents publics et d'agents publics étrangers. Cette nouvelle convention s'inscrit dans le prolongement de la première CJIP du 31 janvier 2020 et couvre des faits qui n'avaient pas été pris en compte préalablement. Airbus a accepté, dans ce cadre, de payer une amende d'un total de 15,8 millions d'euros, montant qui tient compte de sa précédente amende d'intérêt public d'un montant de 2,1 milliards d'euros.

Le 30 novembre 2022, le tribunal judiciaire de Paris a validé une convention judiciaire d'intérêt public ("CJIP") entre le Parquet national financier ("PNF") et la société européenne Airbus SE ("Airbus"). Il s'agit de la quatorzième CJIP signée par le PNF et la deuxième conclue avec Airbus.

Cette convention prévoit le paiement par Airbus au Trésor public d'une amende d'intérêt public d'un montant de 15 856 044 euros pour un ensemble de faits susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agents publics et de corruption d'agents publics étrangers. Ces faits sont relatifs à des contrats conclus entre 2006 et 2011 par des filiales du groupe Airbus pour des ventes d'avions commerciaux, d'hélicoptères et de satellites en Libye et au Kazakhstan impliquant des intermédiaires commerciaux ou apporteurs d'affaires.

Cette nouvelle CJIP, qui "s'inscrit dans la continuité d'une première CJIP", vient conclure trois informations judiciaires conduites en parallèle de l'enquête préliminaire et des négociations ayant abouties à la CJIP du 31 janvier 2020, laquelle avait été conclue pour un ensemble de faits de corruption commis entre 2004 et 2016.

Il ressort des éléments développés dans cette seconde convention que les faits révélés à l'occasion de ces informations judiciaires ne pouvaient être inclus, pour des raisons procédurales, aux faits objets de la première convention de 2020.

Néanmoins, au regard du paiement d'une amende pour des faits semblables au titre de la première CJIP et de la mise en œuvre de mesures correctives par Airbus, cette deuxième amende a été minorée.

1 Les faits de corruption

Cette convention porte sur des faits objets de trois informations, lesquelles ont permis de dessiner des mécanismes de corruption d'agent public et d'agent public étranger.

La première information judiciaire concernait un contrat de vente de douze avions commerciaux à la compagnie aérienne Afriqiyah Airways, détenue par l'Etat libyen, par une filiale d'Airbus (alors EADS) en novembre 2006. Il a été établi que la signature de ce contrat n'a été permise que grâce à l'utilisation de deux intermédiaires, des facilitateurs influents auprès d'agents gouvernementaux libyens, qui ont reçu respectivement des commissions de 2 et 4 millions d'euros.

La deuxième information judiciaire, ouverte en 2013, portait sur les structures de campagnes de vente de deux filiales d'Airbus au Kazakhstan. Près de 9,8 millions d'euros auraient ainsi été versés par Astrium à un proche du président kazakh pour intercéder en faveur d'Airbus dans la conclusion d'un contrat de vente de deux satellites à destination du programme spatial kazakh.

Cette information a également révélé que la conclusion de contrats de coopération pour la fabrication, la commercialisation et la maintenance d'hélicoptères entre la filiale d'Airbus Eurocopter et une société kazakhe et d'un protocole d'accord pour la vente d'hélicoptères au gouvernement du Kazakhstan aurait été obtenue avec le soutien d'un parlementaire français. Celui-ci aurait notamment organisé des réunions entre différentes parties, dont les frais auraient été pris en charge par Eurocopter. La conclusion de ces contrats semblerait également liée à la conclusion d'une transaction pénale entre les autorités belges et un proche du président du Kazakhstan.

Enfin, la troisième information judiciaire révélait l'existence de versements de commissions par le groupe Airbus à destination d'un intermédiaire, gérant d'une société privée, et de son fils, ancien officier du ministère de la défense, pour faciliter la négociation et la conclusion de six contrats en République tchèque, au Koweït, en Croatie et au Turkménistan, conclus entre 2003 et 2009. Toutefois, les investigations n'ont pas permis de déterminer les bénéficiaires effectifs des commissions.

Le PNF a considéré qu'un certain nombre de ces faits étaient susceptibles de recevoir la qualification de corruption d'agent public étranger prévue à l'article 435-3 du Code pénal et de corruption d'agent public prévue à l'article 433-1 du Code pénal.

2

Une amende d'intérêt public minorée

Par cette convention, qui n'emporte pas de déclaration de culpabilité et n'a pas les effets d'un jugement de condamnation, Airbus s'est engagé à payer une amende d'intérêt public de 15 856 044 euros, un montant relativement bas en comparaison de l'amende résultant de la CJIP du 31 janvier 2020.

Au titre de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, l'amende d'intérêt public est fixée proportionnellement à l'avantage tiré de l'infraction et peut aller jusqu'à 30% du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois dernières années – dans le cas d'Airbus, 57,513 milliards d'euros (2019-2021) –, soit un maximum de près de 17 milliards d'euros.

Le montant de l'amende convenue pour cette seconde convention correspond aux sommes versées par Airbus au titre des rémunérations et commissions des facilitateurs dans les contrats conclus en Libye et au Kazakhstan. Elle n'a pas, à ce titre, de

vocation punitive. Cette amende, qui semble minorée, "tient compte de l'amende substantielle déjà versée en 2020", laquelle couvrait un comportement global du groupe Airbus, auquel celui-ci a mis fin en 2015.

L'ordonnance de validation de la CJIP a aussi confirmé le paiement de dommages et intérêts à des associations constituées parties civiles : Anticor pour un montant de 25 000 euros, dont 5 000 euros au titre de ses frais de justice, et Sherpa pour un montant de 1 euro.

La conclusion de cette CJIP permet à Airbus d'éviter une déclaration de culpabilité, un risque de condamnation à une amende pouvant aller jusqu'au décuple du produit tiré de l'infraction, outre les peines des articles 433-25, 433-26 et 435-15 du Code pénal, et éteindra l'action publique à son encontre une fois ses obligations exécutées. ■

Précision sur le cumul des sanctions pénales et fiscales au regard du principe ne bis in idem prévu par le droit de l'Union européenne

Le 22 mars 2023, la chambre criminelle de la Cour de cassation a rendu un arrêt par lequel elle confirme la conformité du cumul des sanctions pénales et fiscales au principe ne bis in idem garanti par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sous réserve de sa proportionnalité et de sa prévisibilité pour le justiciable.

Le 22 mars 2023, la chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé et annulé l'arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 13 février 2019 qui, pour fraude fiscale et omission d'écritures en comptabilité, avait condamné le prévenu à dix-huit mois d'emprisonnement dont six mois avec sursis probatoire et prononcé une mesure de publication.

Cette décision apporte des précisions importantes sur les modalités du cumul de sanctions pénales et fiscales, qui se confronte à la règle ne bis in idem prohibant le cumul de poursuites et de sanctions portant sur les mêmes faits.

Pour rappel, la Cour européenne des droits de l'homme a, dès 2014, fait application du principe ne bis in idem en matière de manquements et infractions financières, avant de préciser qu'un cumul de sanctions est possible, notamment en matière fiscale, au nom de la complémentarité des poursuites.

En 2016 et 2018, le Conseil constitutionnel a quant à lui consacré la possibilité d'un cumul de procédures répressives et administratives complémentaires, en estimant que le recouvrement de la contribution publique et la nécessité de lutte contre la fraude fiscale le justifie dans certains cas. Le Conseil constitutionnel a toutefois émis une réserve d'interprétation des textes qui lui étaient soumis en précisant que le principe du cumul ne s'applique qu'aux cas les plus graves de dissimulation ou d'omission déclarative frauduleuse, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention. Le principe de proportionnalité impose alors que le montant global des sanctions ne puisse pas excéder le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues.

Appliquant le raisonnement du Conseil constitutionnel, la Cour de cassation a ensuite retenu, dans un arrêt du 11 septembre 2019, que lorsqu'une personne poursuivie pour fraude fiscale justifie avoir fait l'objet d'une sanction fiscale pour les mêmes faits, il appartient au juge pénal, après avoir caractérisé les éléments constitutifs de cette infraction et préalablement au prononcé de sanctions pénales, de vérifier que les faits retenus présentent un degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. La Cour de cassation a également rappelé que le juge est tenu de motiver sa décision, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggra-

vantes. À défaut de démonstration d'une telle gravité, le juge ne peut entrer en voie de condamnation.

Plus récemment, le 5 mai 2022, la Cour de justice de l'Union européenne saisie de deux questions préjudicielles a jugé que les articles 50 et 52 paragraphe 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ("la Charte") ne s'opposent pas à ce que la limitation du cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale en cas de dissimulations frauduleuses ou d'omissions déclaratives en matière de TVA, prévu par une réglementation nationale aux cas les plus graves, ne résulte que d'une jurisprudence établie interprétant, de manière restrictive, les dispositions légales définissant les conditions d'application de ce cumul, à la condition qu'il soit raisonnablement prévisible, au moment où l'infraction est commise, que celle-ci est susceptible de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale.

Par le même arrêt, la Cour de justice de l'Union européenne avait également jugé que ces dispositions s'opposent à une réglementation nationale qui n'assure pas, en cas de cumul d'une sanction pécuniaire et d'une peine privative de liberté, par des règles claires et précises, le cas échéant telles qu'interprétées par les juridictions nationales, que l'ensemble des sanctions infligées n'excède pas la gravité de l'infraction constatée.

En droit interne, le code général des impôts prévoit un cumul des sanctions administratives et pénales en son article 1741, alinéa 1, indiquant que quiconque s'est soustrait ou a tenté de se soustraire frauduleusement à l'établissement ou au paiement total ou partiel de l'impôt est passible de sanctions pénales, indépendamment des sanctions fiscales applicables en vertu de l'article 1729 du même code.

En l'espèce, le demandeur au pourvoi avait sollicité sa relaxe en appel au motif que cette condamnation se heurterait au principe ne bis in idem garanti par la Charte et aux principes de nécessité et de proportionnalité des délits et des peines. Dans son arrêt du 22 mars 2023, la Cour de cassation rappelle, dans la lignée de sa jurisprudence en la matière et en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, que le cumul des sanctions fiscales et pénales est possible à la double condition que celui-ci soit prévisible (I) et que la charge qui découle de cette double condamnation soit proportionnée au regard de la gravité des faits (II), ce qui, en l'espèce, n'avait pas été vérifié par la Cour d'appel.

1

Le cumul des sanctions pénales et fiscales est possible si celui-ci est prévisible

Par l'arrêt du 5 mai 2022, la Cour de justice de l'Union européenne a jugé que les réglementations nationales limitant les droits et libertés garantis par la Charte sont possibles seulement si elles sont prévues par des règles permettant une prévisibilité du droit pour le justiciable. Ainsi, le droit de l'Union européenne ne s'oppose pas à ce qu'une limitation du droit fondamental de l'article 50 de la Charte, au titre duquel "nul ne peut être poursuivi ou puni pénalement en raison d'une infraction pour laquelle il a déjà été acquitté ou condamné dans l'Union européenne" soit prévue par les Etats membres afin de permettre un cumul des sanctions, dès lors que cette limitation est raisonnablement prévisible, au moment où l'infraction est commise.

La Cour de justice de l'Union européenne a précisé que le critère de prévisibilité de la loi n'exclut pas le recours à des conseils éclairés pour l'évaluation des potentielles conséquences pouvant résulter d'un acte déterminé.

La Cour de cassation en déduit dans son arrêt du 22 mars 2023 que les dispositions du code général des impôts ne sont pas en elles-mêmes contraires aux exigences de clarté et de précision imposées par le principe de prévisibilité résultant de l'application combinée des articles 50 et 52 de la Charte. Ainsi, il appartient au juge pénal ayant à juger un prévenu de fraude fiscale justifiant avoir fait l'objet à titre personnel, d'une condamnation fiscale pour les mêmes faits, de vérifier qu'il était raisonnable-

ment prévisible pour ce dernier, au moment de la commission de l'infraction, que celle-ci était susceptible de faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions de nature pénale, en tenant compte notamment de la profession du prévenu et des conseils juridiques auxquels il pouvait recourir.

En l'espèce, la Cour de cassation relève que les juges d'appel n'ont pas vérifié qu'il était raisonnablement prévisible, pour le prévenu, que les faits puissent faire l'objet d'un cumul de poursuites et de sanctions pénales et fiscales. Cependant, la Cour de cassation ne censure par l'arrêt de la Cour d'appel sur ce point dès lors qu'à la date des faits, les dispositions des articles 1729 et 1741 du code général des impôts permettaient le cumul de telles sanctions, quels que soient les faits en cause, la dissimulation excédant le dixième de la somme imposable, de sorte que la Cour de cassation a été en mesure de s'assurer de la prévisibilité du cumul pour l'intéressé.

2

Le cumul des sanctions fiscales et pénales est possible si la charge des deux sanctions cumulées est proportionnée à la gravité des faits

Se fondant sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel et sa propre jurisprudence sus-évoquées, la Cour de cassation rappelle que lorsque le prévenu de fraude fiscale justifie avoir fait l'objet, à titre personnel, d'une sanction fiscale pour les mêmes faits, il appartient au juge pénal, après avoir caractérisé les éléments constitutifs de cette infraction au regard de l'article 1741 du code général des impôts, et préalablement au prononcé de sanctions pénales, de vérifier que les faits retenus présentent le degré de gravité de nature à justifier la répression pénale complémentaire. Le juge est tenu de motiver sa décision, la gravité pouvant résulter du montant des droits fraudés, de la nature des agissements de la personne poursuivie ou des circonstances de leur intervention dont celles notamment constitutives de circonstances aggravantes. A défaut d'une telle gravité, le juge ne peut entrer en voie de condamnation.

La Cour rappelle également qu'en cas de cumul de sanctions, le principe de proportionnalité implique qu'en tout état de cause le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encou-

ries, le juge pénal n'étant tenu de veiller au respect de l'exigence de proportionnalité que s'il prononce une peine de même nature. Par cet arrêt et en application de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne la plus récente, la chambre criminelle ajoute qu'il appartient au juge pénal de s'assurer que la charge finale résultant de l'ensemble des sanctions prononcées, quelle que soit leur nature, ne soit pas excessive par rapport à la gravité de l'infraction commise, le juge étant tenu de motiver sa décision au regard de ces éléments.

En l'espèce, la Cour de cassation souligne que les juges du fond n'ont pas recherché, préalablement au prononcé de la peine, si la répression pénale était justifiée au regard de la gravité des faits retenus, alors que le prévenu faisait valoir qu'il avait fait l'objet d'une pénalité fiscale sur le fondement de l'article 1729 du code général des impôts. Par ailleurs, les juges du fond n'ont pas non plus donné d'explication quant à la proportionnalité des sanctions pénales choisies au regard des sanctions fiscales déjà définitivement prononcées et de la gravité concrète des faits commis. Ces éléments ont justifié la censure de la Cour de cassation. ■

La Cour de cassation confirme dans sa décision “La chaufferie de La Défense” que la durée excessive d’une procédure pénale n’entraîne pas automatiquement son annulation

Dans l’arrêt du 9 novembre 2022, la chambre criminelle de la Cour de cassation confirme sa jurisprudence sur la méconnaissance du délai raisonnable et ses éventuelles conséquences sur les droits de la défense réaffirmant que cela est sans incidence sur la validité des procédures. Toutefois, la juridiction de jugement qui constate le caractère excessif de la durée de la procédure doit examiner l’affaire au fond.

Le dossier de “La chaufferie de La Défense” débute en 2002 par le signalement de la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes des Hauts-de-Seine concernant les conditions du renouvellement de la délégation de service public de production et de distribution du chauffage du quartier de la Défense. Le maire de la localité, également président du syndicat intercommunal délégant, était soupçonné d’avoir, en contrepartie du versement de commissions occultes en espèces entre juin 2001 et janvier 2002, fait approuver par ce syndicat la décision de n’engager des négociations qu’avec une société.

Une information judiciaire avait alors été ouverte des chefs de corruption et trafic d’influence. Et de nombreux réquisitoires supplétifs avaient été délivrés entre 2004 et 2005 pour des faits de recel, d’abus de biens sociaux et complicité de ce délit, de favoritisme et d’entente et de recel de ces infractions, et de faux et usage.

Au cours de cette instruction, six personnes, dont l’une décédée en 2019, avaient été mises en examen. Puis le 7 novembre 2019, le juge d’instruction avait ordonné le renvoi de plusieurs d’entre elles devant le tribunal correctionnel qui, par jugement du 11 janvier 2021, avait annulé l’ensemble de la procédure en raison de la violation par la durée des investigations du droit à être jugé dans un délai raisonnable. Le ministère public et les parties civiles avaient alors interjeté appel.

La cour d’appel de Versailles avait à son tour retenu l’annulation des poursuites le 15 septembre 2021 en constatant le caractère déraisonnable de la procédure et en soulignant l’atteinte qui en résultait quant au droit à un procès équitable, au principe du contradictoire et à l’équilibre des droits des parties, ainsi qu’aux droits de la défense.

Contestant l’annulation de ces poursuites, le procureur général avait formé un pourvoi en cassation en invoquant notamment la violation des articles préliminaire, 427, 591, 593 et 802 du code de procédure pénale. Il affirmait, d’une part, que la méconnaissance

du respect d’un délai raisonnable pour statuer sur l’accusation d’une personne ne porte pas nécessairement atteinte aux principes de fonctionnement de la justice pénale et aux droits de la défense, et ne compromet pas irrémédiablement l’équité du procès et l’équilibre des droits des parties et est en tout état de cause sans incidence directe sur la validité des procédures. D’autre part, il soulignait que l’impossibilité d’interroger personnellement des témoins à charge ou des coprévenus ou de permettre aux parties de les interroger ou de les faire interroger n’est pas de nature à entraîner la nullité de la procédure et ne porte pas nécessairement atteinte au respect des droits de la défense.

Au visa des articles 6§1 de la Convention européenne des droits de l’homme relatif au droit à un procès équitable ainsi que des articles préliminaire et 802 du code de procédure pénale, la Cour de cassation a cassé et annulé l’arrêt rendu par la Cour d’appel considérant que celle-ci avait faussement déduit de l’article 6§1 et de l’article préliminaire du code de procédure pénale qu’elle devait annuler les poursuites et n’avait pas statué sur le bien-fondé de la prévention au regard des éléments qui lui étaient soumis conformément à l’article 417 du code de procédure pénale.

Par cet arrêt, la Cour de cassation confirme sa jurisprudence constante aux termes de laquelle la méconnaissance du délai raisonnable et ses éventuelles conséquences sur les droits de la défense sont sans incidence sur la validité de la procédure (I). La chambre criminelle indique également que ces règles ne méconnaissent aucun principe conventionnel (II). Elle rappelle enfin que la juridiction de jugement qui constate le caractère excessif de la durée de la procédure ne peut se dispenser d’examiner l’affaire sur le fond aux fins de prendre cette situation en compte (III).

1

La méconnaissance du délai raisonnable et ses éventuelles conséquences sur les droits de la défense sont sans incidence sur la validité de la procédure

Alors que la Cour de cassation a, dès 1993, affirmé de manière constante que le dépassement du délai raisonnable était sans incidence sur la validité de la procédure, le tribunal correctionnel et la Cour d'appel de Versailles avaient, dans ce dossier, annulé l'intégralité de la procédure de ce dossier après avoir constaté que celle-ci violait la norme d'un délai raisonnable, excluant par la même l'examen du fond du dossier.

Faisant application de sa jurisprudence constante, la chambre criminelle, dans l'affaire de la Chauffèrie de La Défense, a jugé que le dépassement du délai raisonnable ne saurait conduire à l'annulation de la procédure ou constituer une cause d'extinction de l'action publique.

La Cour de cassation précisait à cet égard que la méconnaissance du droit à être jugé dans un délai raisonnable ne constitue ni la violation d'une règle d'ordre public ni la violation d'une règle de forme prescrite par la loi à peine de nullité, ni même l'inobservation d'une formalité substantielle au sens de l'article 802 du code de procédure pénale.

Elle rappelait également que lorsque la juridiction de jugement est saisie par l'ordonnance de renvoi devant le tribunal correctionnel du juge d'instruction, les parties sont irrecevables à invoquer des exceptions de nullité de la procédure antérieure, dès lors que ladite ordonnance purge les vices de la procédure.

La Haute juridiction énonçait enfin que la durée excessive d'une procédure ne peut aboutir à son invalidation complète, alors que chacun des actes qui la constitue est intrinsèquement régulier.

En décidant d'annuler la poursuite de ce procès en raison de son caractère inéquitable, sans statuer sur le bien-fondé de la prévention, la Cour d'appel avait ainsi méconnu les textes applicables et le principe selon lequel la méconnaissance du délai raisonnable et ses éventuelles conséquences sur les droits de la défense sont sans incidence sur la validité des procédures.

2

La conventionnalité de la décision de la Cour de cassation

La chambre criminelle a pris soin de préciser que sa position respectait le droit international en ce que la Cour européenne des droits de l'homme n'a jamais estimé qu'une méconnaissance du droit d'être jugé dans un délai raisonnable constituait une atteinte aux droits de la défense. A cet égard, elle rappelait l'arrêt *Hiernaux c. Belgique* du 24 janvier 2017 par lequel la Cour européenne des droits de l'homme jugeait que les recours dont un justiciable dispose au plan interne pour se plaindre de la durée d'une procédure sont effectifs au sens de l'article 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'ils permettent soit de faire intervenir plus tôt la décision des juridictions saisies, soit de fournir au justiciable une réparation adéquate pour les retards déjà accusés.

La Cour de cassation avait alors énuméré les recours existants en droit interne, indiquant tout d'abord, qu'au stade de l'information, les parties peuvent, sous certaines conditions du code de procédure pénale, saisir la chambre de l'instruction, qui peut poursuivre elle-même l'information, la clôturer ou la confier à un autre juge d'instruction ; puis qu'une partie peut également demander au juge d'instruction la clôture de l'information conformément au code de procédure pénale ; et enfin, la possibilité prévue par le code de l'organisation judiciaire pour la partie concernée, d'engager la responsabilité de l'Etat en cas de fonctionnement défectueux du service public de la justice, en particulier en cas de dépassement du délai raisonnable.

3

La nécessaire appréciation des juges du fond à l'aune d'une procédure dont la durée est excessive

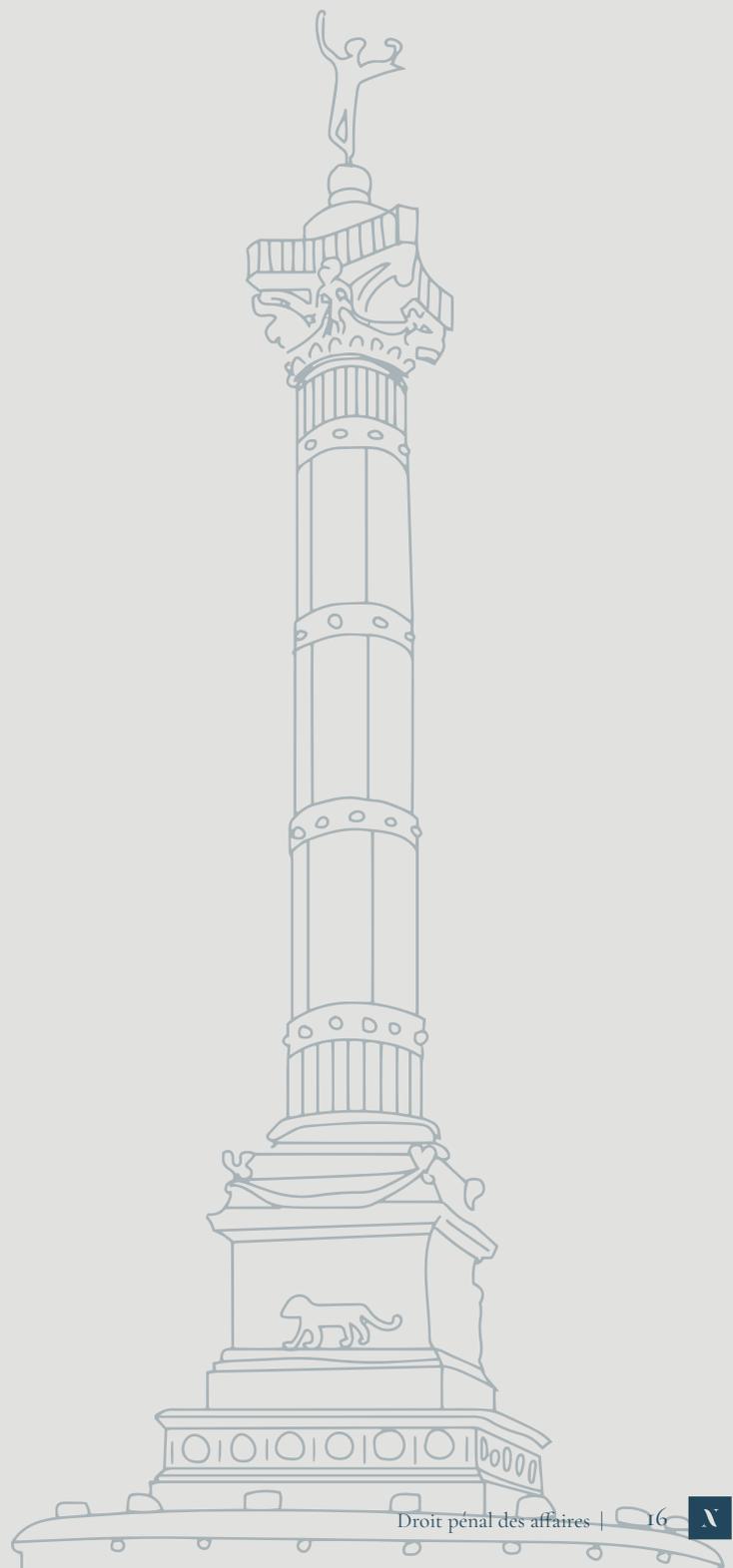
La Cour de cassation indique que bien que la méconnaissance du délai raisonnable ne compromette pas les droits de la défense, les éventuelles conséquences de cette méconnaissance doivent en revanche être prises en compte au stade du jugement au fond.

Dans cet office, la chambre criminelle évoque les voies de droit permettant à la juridiction de jugement de prendre en compte le caractère excessif d'une procédure. Tout d'abord, l'arrêt évoque l'article 427 du code de procédure pénale qui prévoit qu'il appartient au juge du fond d'apprécier la valeur probante des éléments de preuve qui lui sont soumis et sont débattus contradictoirement devant lui. Il doit, à ce titre, prendre en considération l'éventuel dépérissement des preuves imputable au temps écoulé, et l'impossibilité qui pourrait en résulter, pour les parties, d'en discuter la valeur et la portée. La Cour de cassation précise que le dépérissement des preuves peut, le cas échéant, conduire à une décision de relaxe.

Ensuite, l'arrêt indique que selon l'article 10 du code de procédure pénale, en présence de parties civiles, lorsqu'il constate que l'état mental ou physique du prévenu rend durablement impossible sa comparution personnelle dans des conditions qui lui permettent d'exercer sa défense, le juge peut, d'office ou à la demande des parties, décider, après avoir ordonné une expertise permettant de constater cette impossibilité, qu'il sera tenu une audience pour statuer uniquement sur l'action civile, après avoir constaté la suspension de l'action publique et sursis à statuer sur celle-ci.

Enfin, la Cour de cassation indique que dans le cadre de l'application des critères d'individualisation de la peine prévus par l'article 132-1 du code pénal, le juge peut déterminer la nature, le quantum et le régime des peines qu'il prononce en prenant en compte les éventuelles conséquences du dépassement du délai raisonnable et, le cas échéant, prononcer une dispense de peine.

Ainsi, la chambre criminelle, bien que partageant le constat dressé par les juges du fond sur la durée excessive de cette procédure, censure néanmoins les conséquences qu'ils en ont tirées, leur reprochant notamment de ne pas avoir statué sur le bien-fondé des poursuites, et renvoie la cause et les parties devant la Cour d'appel de Versailles, autrement composée. ■

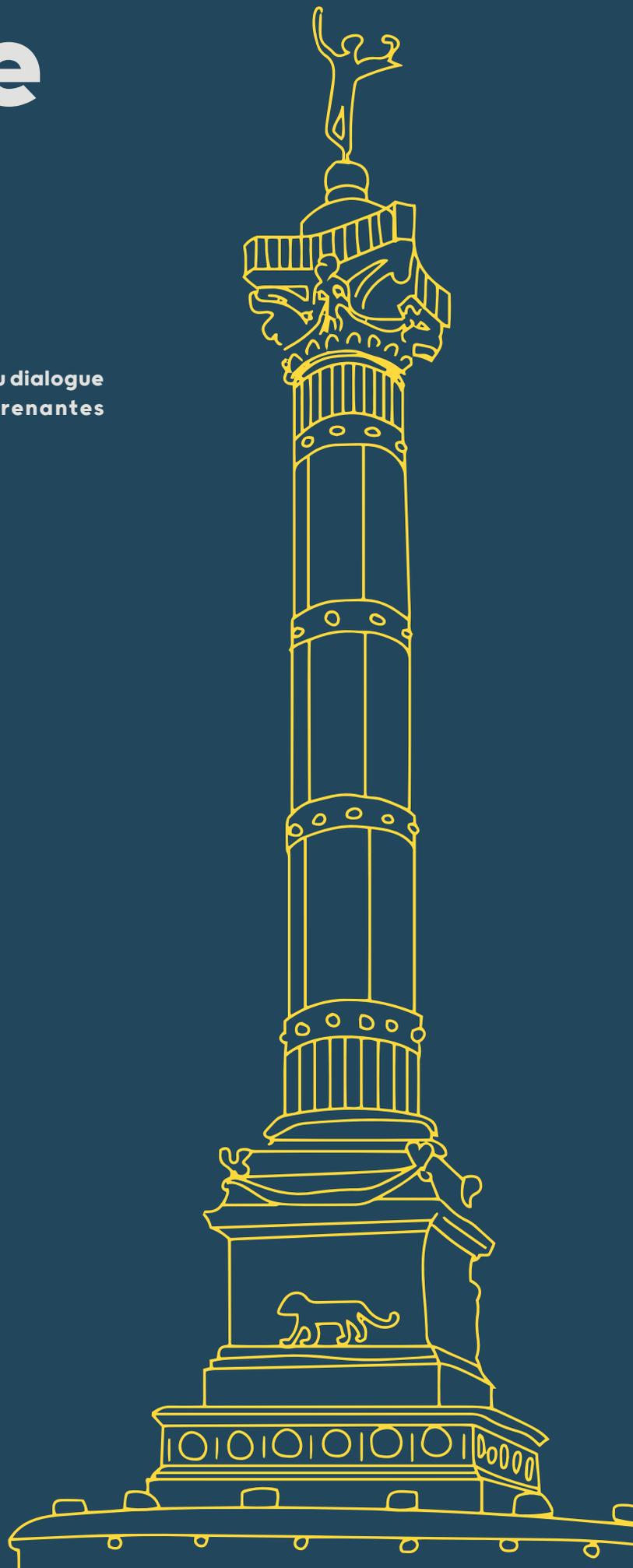


Enquête interne

L'enquête interne est devenue fer de lance du dialogue avec les autorités et autres parties prenantes (ie. Syndicats, ONG, Financeurs).



NAVACELLE
Bastille Day



L'AFA et le PNF publient un guide relatif aux enquêtes internes anticorruption

L'Agence Française Anticorruption ("AFA") et le Parquet National Financier ("PNF") ont publié conjointement le 14 mars 2023 un guide relatif aux enquêtes internes anticorruption à destination des entreprises. Ce guide présente les situations dans lesquelles une enquête interne portant sur des violations présumées du code de conduite anticorruption doit être menée, liste les points de vigilance dans la conduite d'une telle enquête et détaille les possibles suites à lui donner.

Le 14 mars 2023, l'AFA et le PNF ont publié un guide pratique ("le Guide") pour accompagner les entreprises dans la création et le déploiement de leur propre dispositif d'investigation interne anticorruption. Ce Guide, qui a fait l'objet d'une consultation publique, s'adresse aux entreprises qu'elles soient soumises ou non à l'article 17 de la loi Sapin II.

Le Guide est particulièrement important compte tenu, d'une part, de la multiplication des situations pouvant mener à la conduite d'une enquête interne en matière de lutte contre la corruption depuis l'entrée en vigueur de la loi Sapin II et de la loi 2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, dite loi Wasserman, et d'autre part, du développement de la justice négociée dans le cadre de la convention judiciaire d'intérêt public ("CJIP").

Le Guide détaille les différents faits générateurs d'une enquête interne anticorruption (I), liste les points de vigilance dans la conduite de l'enquête interne anticorruption (II) et aborde les différentes suites pouvant être données à l'enquête interne anticorruption (III).

L'enquête interne est un outil essentiel dans la détection de faits de corruption et de trafic d'influence et est dès lors fondamentale pour les acteurs de la vie économique en matière de prévention et gestion du risque pénal. Aussi l'ambition du Guide proposé par l'AFA et le PNF est de fournir aux entreprises un panorama des meilleures pratiques pour mener une enquête interne anticorruption, permettant d'agir dans un cadre efficace et respectueux des droits et libertés individuels.

1

Les faits générateurs d'une enquête interne anticorruption

Le Guide souligne que les faits générateurs d'une enquête interne anticorruption peuvent être soit internes (alerte interne d'un employé, résultat d'un audit interne), soit externes (alerte externe d'un tiers, ouverture d'une procédure par une autorité de poursuite française, demande d'information par une autorité étrangère, audit ou contrôle externe).

Dans le cadre d'un contrôle interne ou d'un audit interne aboutissant à un rapport révélant des soupçons de corruption, il appartient à l'instance dirigeante ou aux personnes qualifiées qu'elle aura désignée de décider de l'ouverture d'une enquête interne.

Toutefois, si le contrôle ou l'audit interne a révélé des infractions pénales le Guide recommande que, avant même l'engagement d'une enquête interne, l'instance de direction informe immédiatement l'autorité judiciaire et assure la conservation des preuves.

S'agissant des alertes externes venant de tiers, le Guide recommande également, sous réserve de l'opportunité d'une saisine immédiate de l'autorité judiciaire, de mener une enquête interne dans les meilleurs délais pour établir les faits. Selon le Guide, la conduite d'une enquête interne ainsi que, le cas échéant, le signalement des faits à l'autorité judiciaire, sont dans l'intérêt de l'entreprise car celle-ci ne dispose d'aucun contrôle sur la divulgation d'informations par le tiers. Le Guide indique également que la conduite d'une enquête interne peut permettre de prévenir, dans le cas d'un signalement effectué par un client ou un fournisseur, d'éventuelles conséquences négatives pouvant être décidées par le tiers ayant effectué le signalement, telle la résiliation du contrat si ce dernier prévoit cette possibilité.

De même, en cas de divulgation par la presse, le Guide relève que la conduite d'une enquête interne peut s'inscrire dans une stratégie de communication externe visant à préserver la réputation de l'entreprise, démontrant que celle-ci a pleinement conscience des faits qui la concernent.

Dans le contexte d'une enquête par une autorité de poursuite française, le Guide envisage l'enquête interne comme un outil de coopération avec les autorités, dans le cadre de laquelle l'entreprise, directement ou par l'intermédiaire de ses avocats, se met en lien avec l'autorité judiciaire chargée de la procédure et fait connaître son souhait de coopérer le plus en amont possible, afin de permettre à l'autorité judiciaire d'évaluer et d'apprécier les risques d'interférences ou les bénéfices à tirer de la réalisation d'une enquête interne au regard du déroulement des investigations judiciaires.

Le Guide indique qu'un échange précoce permet de s'assurer de la bonne articulation de l'enquête interne avec les investigations réalisées par les autorités judiciaires. A cet égard, ce contact doit intervenir, selon le Guide, dès que les éléments connus de l'entreprise permettent de constater l'existence d'une infraction, attendre les conclusions de l'enquête interne pouvant s'avérer néfaste au recueil des éléments de preuve de l'enquête judiciaire s'il existe un risque de dissipation des preuves ou de pression sur les témoins.

Le Guide envisage également la possibilité d'une enquête interne conduite afin de contextualiser les faits à l'origine d'une demande d'informations émanant d'une autorité étrangère, qu'il s'agisse d'une demande émise dans un cadre judiciaire, administratif, ou de justice négociée. Dans ce contexte, le Guide qui préconise de coopérer avec l'autorité étrangère, invite les entreprises à faire preuve de grande vigilance, et notamment de se rapprocher du Service de l'information stratégique et de la sécurité économique ("SISSE"), afin de s'assurer du respect de leurs obligations issues

de la loi dite "de blocage" du 26 juillet 1968.

Enfin, le Guide souligne que la conduite d'une enquête interne peut s'inscrire dans le cadre de la détection de faits délictueux, intervenue à la suite d'un audit ou d'un contrôle externe, réalisé par des tiers à l'entreprise qui pour certains d'entre eux sont soumis aux dispositions de l'article 40 alinéa 2 du code de procédure pénale (tels que les commissaires aux comptes, l'AMF ou encore l'AFA). Or ces dispositions leur imposent d'aviser sans délai le procureur de la République des crimes ou délits dont elles acquièrent la connaissance dans l'exercice de leurs fonctions.

En pratique, dès que la question de l'ouverture d'une enquête interne se pose à l'entreprise, l'assistance d'un avocat est fortement recommandée notamment en ce qu'il est à même de conseiller l'entreprise efficacement quant à l'opportunité d'effectuer une quelconque démarche de signalement des faits auprès d'une autorité, qu'elle soit française ou étrangère.

2

Les points de vigilance dans la conduite d'une enquête interne anticorruption

Selon le Guide, les entreprises ayant recours à l'enquête interne anticorruption doivent définir et formaliser préalablement la procédure d'enquête interne et porter une attention particulière aux choix des acteurs de l'enquête interne ainsi qu'aux conditions de son déroulement, et ce afin de sécuriser juridiquement la procédure pour être à même d'en tirer le cas échéant les conséquences judiciaires et disciplinaires adaptées.

L'établissement d'une procédure d'enquête interne en amont permet en effet aux entreprises d'atteindre plusieurs objectifs clés, parmi lesquels figurent l'organisation des modalités de recueil et la conservation des éléments probants, la garantie du respect des obligations de confidentialité et des droits des salariés, l'optimisation des délais de mise en œuvre de l'enquête et l'assurance de la qualité des enquêtes permettant notamment leur traçabilité.

Parmi les éléments susceptibles d'être formalisés, le Guide retient notamment :

les critères nécessaires au déclenchement d'une enquête interne et les éventuelles dérogations envisagées

les différentes étapes de la procédure d'enquête interne

la qualité et le rôle des acteurs appelés à intervenir pour chaque étape

la description des objectifs et du périmètre de l'enquête

le format et la composition de l'équipe d'enquête

les méthodes et les moyens d'enquête pouvant être mis en œuvre

les mesures permettant de garantir l'absence de représailles, la confidentialité de l'identité des personnes impliquées et des informations recueillies ainsi que les modalités de protection, de conservation et de stockage des données, notamment les données à caractère personnel

les critères permettant de déterminer les suites à donner à l'enquête interne

Par ailleurs, le Guide suggère de mettre à disposition des collaborateurs un document facilement accessible explicitant les principes directeurs suivis par les enquêteurs, les droits des salariés dans ce cadre (témoins, experts, personnes visées) et les comportements attendus de ces derniers par l'employeur.

S'agissant de la décision de lancer une enquête interne, le Guide rappelle que celle-ci peut être prise par l'instance dirigeante, ou par un comité spécial ou ad hoc. L'instance dirigeante devra être informée de l'ouverture de l'enquête, sauf dans les cas où elle serait mise en cause. Dans cette hypothèse, le Guide préconise de mettre en place une procédure de déport vers une formation telle que le comité d'audit ou le comité d'éthique.

S'agissant des acteurs chargés de l'enquête, le Guide indique que la composition de l'équipe d'enquête et les moyens à mobiliser seront décidés, conformément à la procédure d'enquête interne préalablement établie, par l'instance dirigeante ou les personnes qualifiées qu'elle aura désignées pour siéger au comité spécial ou ad hoc. Ceux-ci doivent être proportionnés aux faits signalés et à leurs conséquences éventuelles sur l'entreprise.

Les acteurs de l'enquête interne, qui peuvent être des salariés de l'entreprise, des tiers ou une équipe mixte doivent disposer d'une indépendance et d'une expertise suffisante, notamment quant au respect des garanties procédurales prévues par le droit social français, pour réaliser l'enquête.

Il importe ici de relever que le Guide préconise, en cas de recours à un avocat pour réaliser l'enquête interne, que ce dernier soit différent de celui assurant la défense pénale de l'entreprise ou des salariés visés par l'enquête, et indique qu'en tout état de cause, le document rédigé à l'issue de l'enquête interne ne serait protégé par aucun secret professionnel.

S'agissant de la première recommandation, il faut ici relever que rien n'empêche en réalité un avocat de réaliser une enquête interne pour le compte d'une entreprise dont il assure la défense pénale, pour peu que celui-ci respecte les bonnes pratiques en la matière, énoncées par le Conseil National des Barreaux et par le Barreau de Paris, selon lesquelles il doit seulement s'abstenir d'agir contre une personne auditionnée pendant l'enquête interne.

S'agissant de la seconde recommandation, celle-ci paraît également infondée. Rappelons ici que par application des articles 56-1-1 et 56-1-2 du code de procédure pénale, il est possible de s'opposer à la saisie de documents relatifs à l'exercice des droits de la défense et couverts par le secret professionnel de la défense et du conseil, sauf dans le cas de certaines infractions (corruption, trafic d'influence, fraude fiscale et blanchiment de ces infractions notamment) lorsque les consultations, correspondances ou pièces détenues ou transmises par l'avocat ou son client établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission desdites infractions. La circulaire d'application relative à la loi dont ces articles sont issus (dite "loi Confiance"), précise par ailleurs que la protec-

tion absolue du secret professionnel de l'avocat concerne non seulement le secret de la défense, existant dès lors qu'un avocat est désigné par une personne mise en cause, mais également le secret du conseil lorsqu'il se rapporte à l'exercice des droits de la défense, dans le cas par exemple d'une personne sollicitant des conseils auprès d'un avocat après la potentielle commission d'une infraction et en amont de toute procédure pénale. Dès lors qu'ils s'inscrivent pleinement dans l'exercice des droits de la défense de l'entreprise, en ce qu'ils constituent des outils nécessaires à l'établissement de la véracité des faits utiles à l'élaboration de sa stratégie pénale, les documents de travail de l'avocat réalisés dans le cadre de l'enquête interne, les communications avec son client dans le cadre de celle-ci, ainsi que le rapport d'enquête doivent nécessairement bénéficier de la protection du secret professionnel de l'avocat.

Par ailleurs, pour le bon déroulement de l'enquête interne, le Guide rappelle qu'il est nécessaire que celle-ci soit conduite en respectant certains principes jurisprudentiels, qui peuvent varier d'une juridiction à une autre, relatifs aux principes directeurs de l'enquête interne, aux garanties procédurales dans le cadre de celle-ci, aux moyens d'investigation pouvant être mis en œuvre et à la rédaction du rapport d'enquête interne consignait les faits et énonçant les éléments qui les établissent.

3

Les suites à donner à l'enquête interne anticorruption

Enfin, et s'agissant des suites à donner à l'enquête interne anticorruption, le Guide aborde les suites immédiates, ainsi que les conséquences qu'elle peut entraîner à plus long terme pour l'entreprise.

S'agissant des suites immédiates à l'enquête et dans le cas où celle-ci ne confirmerait pas les soupçons, le Guide préconise d'archiver le rapport dans des conditions permettant de garantir un accès strictement restreint aux personnes habilitées à en connaître dans le respect des obligations relatives à la protection des données personnelle.

Par ailleurs, le Guide rappelle l'obligation d'information de l'auteur du signalement lorsque le fait générateur de l'enquête est un signalement relevant du dispositif d'alerte prévu par la loi Sapin II.

Dans l'hypothèse où l'enquête confirmerait les soupçons, le Guide préconise que des sanctions soient prises contre les personnes physiques auxquelles les faits seraient imputables, de manière proportionnée selon la gravité des comportements et en fonction de l'échelle des sanctions prévues par le régime disciplinaire de l'entreprise.

Dans l'hypothèse où la responsabilité pénale de la personne morale pourrait être engagée, le Guide, en cohérence avec les lignes directrices du PNF, recommande à l'entreprise de dénon-

cer les faits à l'autorité judiciaire, dès lors qu'une telle dénonciation est de nature à constituer un élément minorant l'éventuelle amende prononcée dans le cadre d'une CJIP. Ici encore, le rôle de l'avocat apparaît particulièrement important afin de permettre à l'entreprise d'évaluer l'opportunité d'une telle dénonciation.

Le Guide rappelle enfin que le suivi à mettre en œuvre postérieurement à une enquête interne doit prendre en compte les vulnérabilités éventuellement découvertes dans le cadre de celle-ci, afin de permettre la mise œuvre de mesures correctrices telle que la mise à jour des procédures anticorruption, afin d'éviter toute répétition de faits similaires. Les points de vulnérabilités identifiés, toute comme les mesures correctrices mises en place, devront faire l'objet d'une attention renforcée dans le cadre des missions de contrôle et d'audit interne ultérieures.

Le Guide évoque enfin la possibilité, quel que soit le résultat de l'enquête, de procéder à une communication interne à l'issue de celle-ci et souligne que s'il peut être opportun de rappeler la politique de "tolérance zéro" de l'entreprise en matière de corruption dans le cas d'une enquête ayant corroboré un signalement en la matière, toute communication devra être réalisée sous un format garantissant l'anonymisation des données personnelles relatives aux faits rapportés et aux éventuelles sanctions disciplinaires prononcées, dans le respect des principes de présomption d'innocence et de droit au respect de la vie privée. ■

La bataille d'Airbus : les intérêts que constituent l'enquête interne pour les entreprises inquiétées par des poursuites internationales

En 2013, le géant de l'aéronautique Airbus a été poursuivi pour des soupçons de corruptions par les autorités américaines, françaises et du Royaume-Uni. Arte propose un reportage dans lequel Stéphane de Navacelle revient sur les intérêts que constitue l'enquête interne pour les entreprises inquiétées par des poursuites

internationales. Au-delà, le reportage illustre ce que les enquêtes internes permettent aux entreprises aux prises avec la nouvelle donne des poursuites internationales en matière de corruption/probité, de la RSE, du devoir de vigilance, des règles environnementales et de conformité toujours plus complexes. ■

Voir le reportage

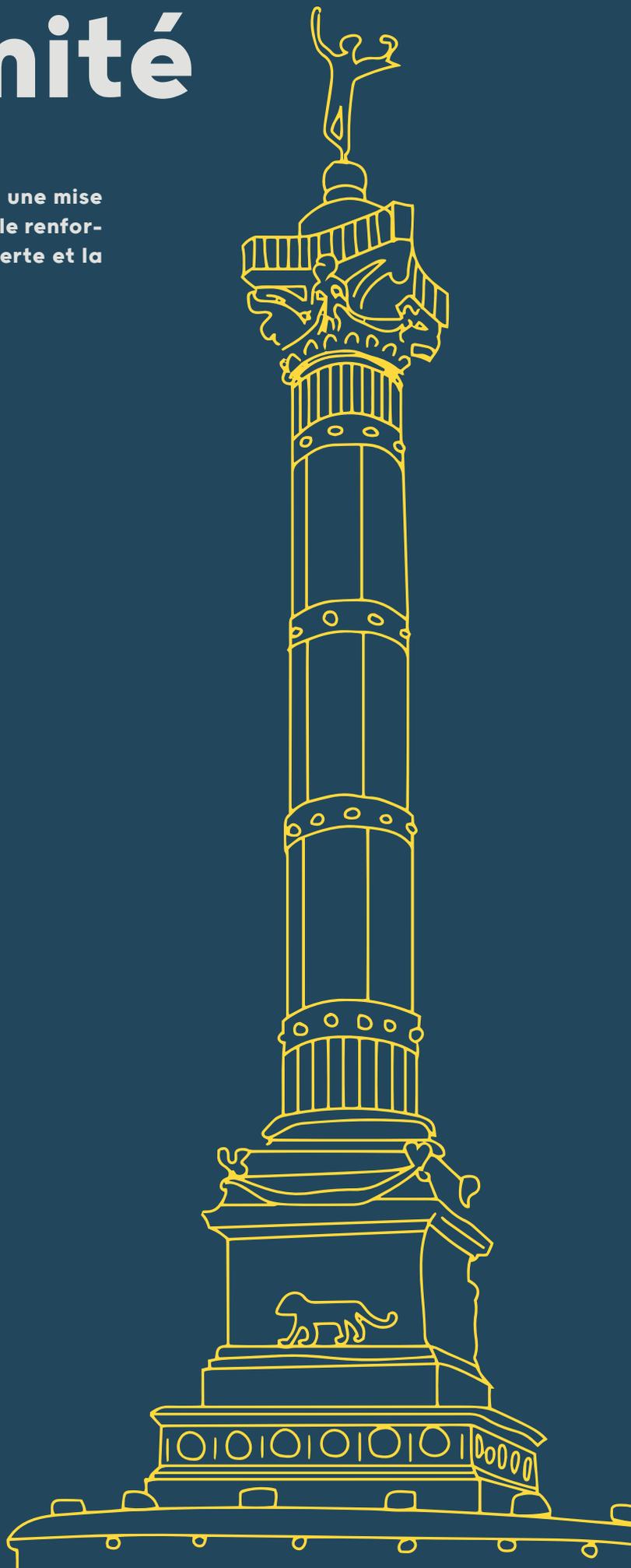


Conformité

Un encadrement toujours plus vaste, avec une mise en œuvre concrète du devoir de vigilance, le renforcement de la protection des lanceurs d'alerte et la répression plus soutenue du greenwashing.



NAVACELLE
Bastille Day



Les contours du respect du devoir de vigilance précisés par le juge au travers des décisions TotalEnergie et Suez groupe

Les décisions rendues le 28 février 2023 et celle rendue le 1er juin 2023 par le tribunal judiciaire de Paris, lequel dispose d'une compétence exclusive en matière de devoir de vigilance, permettent d'appréhender les contours de cette notion et des obligations des entreprises dans ce domaine. Elles sont également annonciatrices de l'office du juge en la matière.

La loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre a introduit l'obligation pour les sociétés anonymes employant un certain nombre de salariés, filiales comprises, de mettre en place un plan de vigilance.

Ce plan doit comporter les mesures de vigilance raisonnables propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains et les libertés fondamentales, la santé et la sécurité des personnes ainsi que l'environnement, résultant des activités de la société et de celles des sociétés qu'elle contrôle. Il s'intègre au développement de la responsabilité sociale des entreprises ("RSE"). Notion large, la RSE comprend la nécessité pour l'entreprise, ainsi que ses partenaires, de s'impliquer dans la société dans laquelle ils évoluent en prenant notamment en compte leur impact environnemental.

Le respect de ces obligations est garanti dans la loi du 27 mars 2017 par deux mécanismes successifs. Dans un premier temps, la société peut être appelée à mettre en œuvre ses obligations par un mécanisme de mise en demeure, puis dans un second temps, un mécanisme d'injonction prend le relais si l'entreprise n'a pas pris les mesures nécessaires après sa mise en demeure. Il convient ici de rappeler que le code de commerce donne au demandeur le choix d'exercer son action devant le juge du fond ou devant le juge des référés.

Le manquement à l'obligation de vigilance peut engager la responsabilité de la société et obliger celle-ci à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter.

Ces dispositions ont servi de fondement juridique à différentes associations environnementales pour tenter d'obtenir de grandes entreprises la mise à jour de leur plan de vigilance ainsi que son application. Ces actions ont donné lieu à deux décisions en date du 28 février 2023 dans le dossier Total Energie et à une décision du 1er juin 2023 dans le dossier Suez.

Ces décisions rendues par le tribunal judiciaire de Paris, qui dispose d'une compétence exclusive en la matière depuis la loi du 22 décembre 2021, sont d'un intérêt certain en ce qu'elles posent le cadre légal et procédural de l'action pour manquement au devoir de vigilance en matière environnementale (I), en même temps qu'elles posent clairement la limite de la compétence du juge des référés en la matière (II).

Il est ainsi possible de penser que le ton est donné pour les futurs contentieux en matière de devoir de vigilance.

1

Les trois décisions rendues par le tribunal judiciaire de Paris rappellent les étapes procédurales qui permettront une analyse au fond du litige

Les premières précisions procédurales concernent les notions d'intérêt à agir et de qualité à défendre. Dans les décisions du 28 février 2023, le juge des référés n'a pas contredit les moyens des demandeurs tenant à l'intérêt à agir selon lesquels il suffit pour l'association demanderesse de stipuler dans ses statuts un objet social lié à la lutte contre les atteintes causées par les projets du défendeur.

En revanche, le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Paris se range du côté des défendeurs dans sa décision du 1er juin 2023, ceux-ci ayant argué d'un défaut de qualité à défendre, entraî-

nant l'irrecevabilité de l'action des associations demanderesse. En effet, le plan de vigilance ne précise pas la société rédactrice de celui-ci. Les associations demanderesse soulevaient l'irrecevabilité du moyen tiré de l'absence de qualité à défendre de la société Vigie Groupe, venant aux droits de la société Suez Groupe sur le fondement du principe de l'Estoppel au motif que, devant le juge de la mise en état du tribunal judiciaire de Nanterre, la société Suez Groupe avait reconnu être l'auteur du plan de vigilance.

Elles affirmaient que la société Vigie Groupe était nécessairement l'auteur de ce plan puisque l'un de ses directeurs généraux avait répondu à leur mise en demeure. Or, le défendeur faisait valoir qu'il n'avait pas qualité à défendre, n'ayant pas été l'auteur du plan de vigilance, celui-ci ayant été élaboré par Suez SA, société mère du groupe Suez. Le tribunal retient finalement que le plan de vigilance en question ne mentionne pas quelle société du groupe Suez en a été l'auteur de sorte qu'il n'est pas possible de savoir qui de Suez Groupe ou de Suez SA l'a établi. Le tribunal estime que le fait qu'une personne de la société Suez Groupe, devenue Vigie Groupe, ait répondu à la mise en demeure ne signifie pas nécessairement que c'est cette société qui en a été l'auteur. Dès lors, la qualité à défendre de la société Vigie Groupe n'est pas établie et l'action est irrecevable.

Plus que sur les questions d'intérêt à agir et de qualité à défendre, l'apport principal des décisions étudiées se trouve dans les précisions apportées quant aux exigences portant sur la mise en demeure préalable aux contentieux en matière de devoir de vigilance. C'est le cœur des décisions du 28 février.

Dans une des deux décisions du 28 février 2023, le juge des référés relève que les demandes des associations demanderesses concernent un plan de vigilance élaboré en 2021 alors que la mise en demeure, datée de 2019, est antérieure à celui-ci et que les demandes se fondent sur plus de 200 nouvelles pièces par rapport à celles annexées à la mise en demeure, de sorte qu'il y a lieu de considérer que les griefs formulés par les associations demanderesses n'ont pas été notifiés au défendeur par une mise en demeure préalable à la saisine du juge, ceci entraînant l'irrecevabilité des demandes.

2

Le tribunal judiciaire de Paris précise l'office du juge des référés en matière de devoir de vigilance

Si pour beaucoup les décisions du 28 février et 1er juin 2023 ont été décevantes en ce qu'elles ne se sont pas penchées sur le fond du litige, elles ont également apporté des précisions intéressantes quant à l'étendue des pouvoirs du juge des référés dans ce contentieux.

En effet, le tribunal rappelle que le référé est un dispositif judiciaire permettant un examen rapide du contentieux. Le juge des référés est chargé d'apporter une réponse urgente à un litige en prononçant des mesures d'attente, afin de préserver les droits des parties avant leur appréciation par le juge du fond.

Ainsi les magistrats relèvent-ils que si la loi ouvre la possibilité d'une action en référé pour demander au juge la délivrance

De la même manière, dans la décision du 1er juin 2023, les juges relèvent que le code de commerce ne prévoit pas expressément que la mise en demeure et l'assignation doivent viser le même plan de vigilance. Cependant, le tribunal indique que cela se déduit du fait que les obligations en cause ont pour support un plan dont le contenu est susceptible d'évoluer en fonction de l'activité de la société qui l'élabore, des réalités du terrain et des discussions qu'elle peut avoir avec les personnes concernées. Par ailleurs, le tribunal souligne que si la mise en demeure ne porte pas sur le plan objet de l'assignation, cette dernière est délivrée sans qu'une discussion préalable n'ait eu lieu entre les parties sur le plan visé, en contradiction avec la volonté du législateur de faire en sorte que les plans de vigilance soient élaborés dans un esprit de concertation.

Ces nouvelles exigences jurisprudentielles compliquent grandement la tâche des associations. En effet, la doctrine souligne que les procédures en matière de devoir de vigilance étant forcément longues, les associations seront forcées de faire évoluer et de préciser leurs demandes à mesure que le plan de vigilance change. L'exigence d'une réitération de la mise en demeure en cas d'évolution du plan de vigilance crée une situation dans laquelle l'entreprise défenderesse pourra exiger une nouvelle mise en demeure à chaque itération du plan, ce qui sera susceptible de retarder longuement la procédure.

d'une injonction aux fins de faire respecter les obligations en matière de devoir de vigilance, il n'appartient qu'au seul juge du fond de dire si les griefs reprochés à la société sont caractérisés ou si cette dernière apporte la preuve du respect de son devoir de vigilance. Le juge des référés lui, n'est compétent que pour délivrer une injonction lorsque la société, soumise au régime du devoir de vigilance n'a pas établi de plan de vigilance, ou lorsque le caractère sommaire des rubriques confine à une inexistence du plan, ou lorsqu'une illicéité manifeste est caractérisée, avec l'évidence requise en référé. Il faut donc ici comprendre que l'essentiel des contentieux à venir devrait se développer devant le juge du fond, seul compétent pour examiner le dossier dans toute sa complexité. ■

Le diagnostic de l'AFA à la suite de son enquête nationale sur les dispositifs de lutte anticorruption en entreprise

L'AFA a publié le 30 septembre 2022 son deuxième diagnostic sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises. Il fait état d'un bilan plutôt positif de la progression des entreprises en matière d'appréhension et de mise en œuvre des dispositifs anticorruption.

En application du plan national pluriannuel 2020-2022 de lutte contre la corruption, l'Agence Française Anticorruption (ci-après "AFA") a publié le 30 septembre 2022 son diagnostic national sur les dispositifs anticorruption dans les entreprises. L'objectif de ce nouveau rapport est de mesurer les évolutions dans l'appropriation des dispositifs de prévention et de détection de la corruption depuis le rapport publié en 2020, et de mieux cibler les éventuelles difficultés auxquelles les entreprises font face.

L'AFA dresse un bilan plutôt positif à l'issue de cette enquête réalisée auprès de diverses entreprises et selon une méthodologie bien précise (I). Le diagnostic met en avant une "réelle progression des entreprises, tant dans l'appréhension que dans la mise en œuvre des dispositifs anticorruption" (II). L'AFA estime toutefois que certaines améliorations demeurent nécessaires (III).

1

La méthodologie utilisée par l'AFA et la typologie des entreprises répondantes

Dans le cadre de son enquête, l'AFA a adressé une liste de 25 questions à plusieurs entreprises, et a reçu plus de 330 réponses. Le questionnaire a permis d'évaluer la connaissance des infractions de corruption et de trafic d'influence par les entreprises répondantes et la prévention de ces infractions en leur sein.

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, (ci-après, la "loi Sapin II") prévoit des obligations en la matière. Son article 17 impose aux sociétés employant au moins 500 salariés, ou appartenant à un groupe de sociétés dont la société mère a son siège social en France et dont l'effectif comprend au moins 500 salariés, et dont le chiffre d'affaires ou le chiffre d'affaires consolidé est supérieur à 100 millions d'euros, de prendre des mesures destinées à prévenir et à détecter les faits de corruption ou de trafic d'influence commis en France ou à l'étranger.

Parmi les entreprises répondantes au questionnaire envoyé par l'AFA, 54% appartiennent à un groupe dont le siège social est en France, 27% appartiennent à un groupe dont le siège social est à l'étranger et 19% n'appartiennent à aucun groupe. Plus de la moitié des sociétés répondantes en 2022 étaient assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II. Par ailleurs, l'AFA souligne dans son diagnostic que, parmi les entreprises répondantes n'ayant pas adopté de mesures anticorruption, qui sont majoritairement des entreprises de petite taille non assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II, la raison principale invoquée tenait à leur manque de moyens et de ressources.

Alors que près de trois quarts des entreprises répondantes exercent des activités à l'international, aucune entreprise des secteurs textiles, plastique, des machines et équipements, de l'automobile et du luxe n'ont répondu à l'enquête.

2

L'évolution dans l'appropriation des dispositifs de corruption depuis 2020

L'évaluation de l'appropriation des dispositifs anticorruption conduite par l'AFA dans ce questionnaire a porté sur deux volets. Le premier concerne la connaissance de la corruption et du trafic d'influence. Le second porte sur la prévention et la détection de la corruption et du trafic d'influence.

La connaissance de la corruption et du trafic d'influence

S'agissant du premier volet, une réelle progression depuis le diagnostic de 2020 est soulignée. En effet, en moyenne, 96% des répondants ont estimé connaître la définition de la corruption et du trafic d'influence, contre 86% en 2020. Cette amélioration peut s'expliquer par le fait que 87% des répondants en 2022 affirment avoir reçu des formations récentes sur le thème de la corruption, contre 70% en 2020.

La prévention et la détection de la corruption et du trafic d'influence

Ce deuxième volet fait également l'objet d'une nette progression puisqu'en 2022, 92% des entreprises répondantes ont déclaré avoir mis en œuvre des mesures de prévention et de détection de faits de corruption et de trafic d'influence. En 2020, seulement 70% des entreprises l'avaient fait.

Cette mise en œuvre s'explique pour plusieurs raisons. D'abord, 82% des entreprises répondantes ont indiqué avoir mis en place des mesures anticorruption du fait d'obligations légales ou réglementaires telles que la loi Sapin II, les directives européennes sur la lutte contre le blanchiment, ou encore la loi sur le devoir de vigilance. Les valeurs de l'organisation constituent également une raison de mettre en œuvre ces mesures pour 64% des entreprises. Enfin, pour une faible minorité d'entre elles, ces mesures ont été mise en œuvre à la demande de leurs clients.

Les mesures principalement mises en place sont un code de conduite (88%), un dispositif d'alerte interne (86%), et des actions de formation anticorruption (85%).

Par ailleurs, une entreprise sur quatre a été confrontée à au moins un cas de corruption ou de trafic d'influence au cours des cinq dernières années. Parmi elles, 89% ont engagé une enquête interne et, 70% ont prononcé une sanction disciplinaire.

En comparaison en 2020, seules 22% des entreprises interrogées avaient été confrontées à des cas de corruption, et 51% d'entre elles avaient engagé une procédure disciplinaire pour ces faits ayant abouti à une sanction disciplinaire.

Les actions qui sont considérées comme les plus difficiles à mettre en œuvre sont (i) l'évaluation de l'intégrité des tiers (au regard du manque de ressources humaines et financières), (ii) la cartographie des risques anticorruption (du fait de la complexité de son établissement) et (iii) les contrôles comptables anticorruption (en raison de la difficulté à déterminer l'étendue des contrôles à mener).

Même si le risque de corruption est pris majoritairement en compte dans les procédures "achats", "comptabilité et finance", ou encore "vente", plus des 2/3 des entreprises indiquent sensibiliser tous leurs salariés à ces risques dans leurs activités quotidiennes.

3 Les axes d'amélioration

Bien que plutôt positif dans son ensemble, le diagnostic identifie néanmoins quelques points d'amélioration pour les entreprises. D'abord, le rapport soulève une insuffisance quant à l'appréhension de l'exposition au risque de corruption et de trafic d'influence. En effet, la moitié des entreprises considèrent être faiblement exposées à ces risques, et seules 6%, exclusivement des entreprises assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II, estiment y être fortement exposées.

Ensuite, seulement 45% des entreprises ont déclaré avoir mis en place l'ensemble des mesures prévues par la loi Sapin II, tandis que les entreprises ayant mis en place l'ensemble de ces mesures ne procèdent pas à leur mise à jour annuelle. Or, une telle mise à jour est recommandée pour permettre une meilleure adaptation à la situation de l'entreprise.

De plus, parmi les entreprises ayant été confrontées à au moins un cas de corruption ou de trafic d'influence au cours des cinq dernières années (ce qui correspond à 24% des entreprises interrogées), seules 32% ont déposé plainte ou transmis le dossier à la justice.

Le diagnostic note également que, parmi les entreprises avec une activité à l'étranger qui ont déclaré avoir été confrontées à une ou plusieurs sollicitations de paiements de facilitation, seulement 60% ont déclaré avoir été confrontées à un cas de corruption ou de trafic d'influence. Ce chiffre traduit une mauvaise compréhension des faits de corruption en droit français puisque les paiements de facilitation sont considérés comme tel. Il est donc nécessaire de mieux sensibiliser les entreprises à ce sujet.

L'AFA suggère également de poursuivre la formation et la sensibilisation des salariés au risque de corruption dans leurs activités quotidiennes.

L'AFA émet donc un avis plutôt positif sur la compréhension des entreprises répondantes des infractions de corruption et de trafic d'influence et des mesures de détection et de prévention souhaitées. Le diagnostic a un objectif certain de pédagogie ce qui renforce son intérêt pratique pour les entreprises. ■

Affaire Thales : la Cour de cassation renforce la protection des lanceurs d'alerte contre les représailles de leur employeur

Dans cet arrêt, la Cour de cassation conclut que le juge des référés doit prendre toute mesure qui s'impose pour faire cesser le trouble manifestement illicite issu du licenciement d'un lanceur d'alerte et, particulièrement, rechercher si l'employeur rapporte la preuve que sa décision de licencier est dûment justifiée en vertu de l'article L.1132-3-3 du code du travail.

L'adoption en France 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, dite "loi Sapin II", a permis la reconnaissance du statut du lanceur d'alerte et la création d'un cadre apportant de nombreuses garanties. Ce cadre a cependant été considéré par certains comme insuffisant pour faire face aux difficultés pratiques que pouvaient rencontrer les lanceurs d'alerte, notamment concernant leur protection et leur accompagnement. Dès lors, pour faire face à ces critiques, ainsi qu'à la nécessité de transposer la directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2019 sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union Européenne, le Parlement français a adopté la loi n°2022-401 du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d'alerte, dite "loi Wasserman").

Si le législateur a fait évoluer les textes, les magistrats français ont également œuvré, pour leur part, à apporter les précisions et clarifications nécessaires à la définition d'une réglementation précise gouvernant les lanceurs d'alerte. A cet égard, la Cour de cassation a rendu une décision le 1er février 2023 venant renforcer la protection des lanceurs d'alerte en cas de licenciement prononcé à titre de représailles par leur employeur, dans le cadre d'une affaire opposant la société Thales SIX GTS France (ci-après "Thales") à l'une de ses employés.

La décision de la Cour de cassation du 1er février 2023 revient sur la compétence du juge des référés pour statuer sur le fond d'un licenciement prononcé consécutivement au signalement d'une alerte (I), ainsi que sur la charge de la preuve allégé dont bénéficie un lanceur d'alerte dans le cadre d'un recours contre un tel licenciement (II).

1 La Cour de cassation a considéré que le juge des référés était compétent pour statuer sur le fond d'un licenciement prononcé consécutivement au signalement d'une alerte

Dans le prolongement de la loi Wasserman qui est venu rappeler et renforcer l'interdiction d'adopter des mesures de représailles à l'encontre des lanceurs d'alerte, la Cour de cassation a rendu un arrêt le 1er février 2023 dans une affaire concernant une employée qui aurait subi de nombreuses mesures de représailles avant d'être finalement licenciée à la suite d'une dénonciation qu'elle avait faite de faits susceptibles d'être qualifiés de corruption et de trafic d'influence.

Sur la base de l'article 12 de la loi Sapin II, l'employée a saisi le juge des référés afin de se voir reconnaître le statut de lanceuse d'alerte et de faire prononcer la nullité du licenciement, qu'elle considérait être une mesure de représailles prise postérieurement à son signalement. Elle souhaitait être réintégrée au sein de Thales et obtenir le versement des salaires dont elle avait été privée.

La formation des référés du conseil des prud'hommes ainsi que la cour d'appel de Versailles ont considéré qu'il n'était possible ni d'établir un lien évident et non équivoque de cause à effet entre l'alerte et le licenciement prononcé à l'encontre de cette salariée ni d'établir des représailles prises en violation de son statut de lanceuse d'alerte, et ont donc renvoyé l'appréciation du motif du licenciement aux juges du fond.

La lanceuse d'alerte a formé un pourvoi dans lequel elle a invoqué qu'une telle décision violait les articles R1455-6, L1132-3-3 et L1132-4 du code du travail, en ce que le juge des référés aurait dû examiner la cause réelle et sérieuse du licenciement, et, plus précisément, l'ensemble des éléments apportés par Thales permettant de prouver que sa décision de licenciement était justifiée par des éléments objectifs étrangers à sa déclaration.

En effet, ses avocats ont insisté sur le fait que l'article 12 de la loi Sapin II donnait une compétence exceptionnelle et dérogatoire au juge des référés pour se prononcer sur le fond d'un licenciement consécutif au signalement d'une alerte et ne pas simplement rechercher si l'existence d'un lien manifeste entre le licenciement et l'alerte constituait un trouble manifestement illicite. De plus, ils ont souligné que cet article, faisant directement référence à l'article R1455-6 du code du travail, ne pouvait qu'impliquer pour le juge des référés un pouvoir d'ordonner la réintégration d'un employé. Ils considèrent en effet que cela constitue une protection nécessaire pour les lanceurs d'alerte au vu de la longueur des procédures au fond, lesquelles interviennent trop tardivement pour protéger efficacement les lanceurs d'alerte.

2

La Cour de cassation a confirmé l'existence d'un régime allégé de la charge de la preuve bénéficiant aux lanceurs d'alerte en cas de litige relatif aux mesures de représailles prises par leur employeur

Le régime allégé de la charge de la preuve bénéficiant aux lanceurs d'alerte en cas de litige relatif aux mesures de représailles prises par leur employeur repose principalement sur l'article L1132-3-3 du code du travail. Dans sa version issue de la loi Sapin II, applicable au moment des faits faisant l'objet de la décision de la Cour de cassation, cet article prévoyait que, en cas de litige relatif à des mesures de représailles prises à l'encontre d'un lanceur d'alerte, (i) celui-ci devait uniquement présenter des éléments de fait qui permettent de présumer qu'il avait relaté ou témoigné de bonne foi des faits constitutifs d'un délit ou d'un crime ou qu'il avait signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8 de la loi Sapin 2, et (ii) l'employeur devait prouver que sa décision était justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

La loi Wasserman a modifié cet article, lequel renvoie désormais à l'article 10-1 de la loi Sapin II qui dispose que, en cas de recours contre une mesure de représailles, le lanceur d'alerte doit présenter des éléments de fait qui permettent de supposer qu'il a signalé ou divulgué des informations dans les conditions prévues aux articles 6 et 8 et que l'employeur, quant à lui, doit uniquement prouver que sa décision est dûment justifiée et non plus qu'elle est justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressé.

La décision de la Cour de cassation, bien que rendue sous l'ancien régime applicable, est venue opportunément rappeler l'attachement de la Cour au principe d'aménagement de la preuve du lanceur d'alerte. Cette dernière a effectivement considéré que le juge des référés ne devait pas uniquement constater que l'employée avait présenté des éléments permettant de présumer qu'elle avait signalé une alerte dans le respect des articles 6 à 8

Finally, the Cour de cassation followed the same reasoning in concluding that the judge of references, even in the presence of a serious contestation, must put an end to the manifestly illicit trouble arising from the dismissal pronounced in retaliation of the reporting of the alert, by appreciating whether the elements submitted to him allowed to presume the quality of the whistleblower of the employee and, in the event, by searching whether the employer reported the proof that the dismissal which it had pronounced was justified by objective elements foreign to the declaration of the employee.

de la loi Sapin 2 mais devait également rechercher si l'employeur avait rapporté la preuve que sa décision de licencier était justifiée par des éléments objectifs étrangers à la déclaration ou au témoignage de l'intéressée.

Cette décision, protectrice des lanceurs d'alerte, peut donc laisser espérer que la jurisprudence future entendra les termes du nouvel article 10-1 de la loi Sapin II de manière restrictive afin de ne pas dispenser les employeurs d'apporter la preuve que leur décision de licencier un lanceur d'alerte n'a pas été prise à titre de représailles. ■

Le Défenseur des droits publie son nouveau guide pratique destiné aux lanceurs d’alerte et à leur protection

Le 30 mars 2023, un an après la loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte, le Défenseur des droits a publié une mise à jour de son guide relatif aux lanceurs d’alerte. Construit autour de questions pratiques, il a pour objectif d’assister et d’orienter toute personne désireuse de lancer une alerte.

La loi du 9 décembre 2016 dite “Sapin II” a permis la consécration du statut de lanceur d’alerte et l’émergence de la protection juridique de ces derniers. Cependant, insuffisamment circonscrit, ce statut demeurait incertain et la procédure afférente cristallisait de nombreuses critiques, souvent considéré comme lacunaire ou incertaine sur certains aspects. La loi du 21 mars 2022 visant à améliorer la protection des lanceurs d’alerte est venue tenter de clarifier ce statut et renforcer les garanties proposées aux lanceurs d’alerte. Elle a, dans ce cadre, octroyé un rôle central au Défenseur des droits dans l’accompagnement, l’orientation et la protection des lanceurs d’alerte.

C’est dans ce contexte que cette autorité administrative indépendante a actualisé et publié, le 30 mars 2023 dernier, son nouveau guide du lanceur d’alerte. Au travers de huit questions générales, le Défenseur des droits dresse les contours du statut et de la protection du lanceur d’alerte. Ces questions sont articulées autour de rappels des textes applicables mais également de réponses pratiques se voulant adaptées à la situation de chacun. Le lecteur, averti ou béotien, dispose également des coordonnées d’interlocuteurs utiles en fonction de sa problématique.

1

Le guide publié par le Défenseur des droits synthétise la législation applicable aux lanceurs d’alerte

La nouvelle définition du lanceur d’alerte prévue par la loi du 21 mars 2022 suppose désormais que plusieurs conditions cumulatives soient réunies pour qu’un individu puisse se prévaloir du statut protecteur de lanceur d’alerte. Le guide publié par le Défenseur des droits a pris soin de les détailler.

Tout d’abord, et comme cela était déjà le cas auparavant, ce statut n’est accessible qu’aux seules personnes physiques. En outre, celles-ci ne doivent pas retirer de contrepartie financière directe ou indirecte de leur signalement. Cette condition est venue remplacer l’ancienne notion aux contours incertains de “désintéressement”. Ensuite, le lanceur d’alerte doit avoir eu personnellement connaissance des informations sur lesquelles porte le signalement si celles-ci ont été obtenues en dehors de tout cadre professionnel. Enfin, il doit agir de bonne foi.

Par ailleurs, les informations dénoncées doivent également répondre à certaines conditions à savoir, porter sur des (i) faits constitutifs d’une infraction, que cette infraction soit de nature délictuelle ou criminelle, ou sur (ii) une violation ou une tentative de dissimulation de violation d’un texte ou d’un engagement.

La loi du 21 mars 2022 a en outre élargi le champ des informations étant exclues du régime des lanceurs d’alerte. Ainsi, est interdite toute divulgation d’informations ou de documents ayant trait à un secret qui se voit protégé par des dispositions textuelles propres (i.e., secret de la défense nationale, secret professionnel, secret des délibérations, de l’enquête, de l’instruction etc.).

Enfin, le rôle de l’entourage des lanceurs d’alerte et des facilitateurs a été consacré par la loi du 21 mars 2022. Dans son guide, le Défenseur des Droits vient à la fois rappeler que les facilitateurs, personnes morales de droit privé à but non lucratif ou personne physique, ainsi que les tiers en lien avec le lanceur d’alerte peuvent également bénéficier du régime de protection. Si le facilitateur doit démontrer qu’il a aidé le lanceur d’alerte dans le respect des règles de signalement, l’entourage, lui, doit prouver qu’il risque de faire l’objet de mesures de représailles.

Outre ces précisions sur la définition, les protections du lanceur d’alerte sont également renforcées par la loi du 21 mars 2022. En atteste par exemple, l’extension au champ civil des dispositions d’irresponsabilité pénale de l’article 122-9 du code pénal par l’ajout d’un article 10-1 au sein de la loi Sapin II.

Le guide publié par le Défenseur des droits rappelle également que le lanceur d'alerte a le choix entre deux procédures de signalement, procédures qui coexistent depuis le décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022. La première consiste en une procédure de signalement interne alors que la seconde est une procédure de signalement externe.

La procédure de signalement interne permet au lanceur d'alerte d'agir au sein de la structure professionnelle dans laquelle il a obtenu les informations faisant l'objet de l'alerte. Ces informations doivent avoir été obtenues dans le cadre des activités professionnelles du lanceur d'alerte. Ensuite, celui-ci doit s'assurer que son organisation professionnelle a mis en place une procédure de recueil et de traitement des signalements. Le cas échéant, il lui faudra s'adresser à son supérieur hiérarchique direct ou indirect, à son employeur ou à un référent désigné par celui-ci.

Il convient cependant de distinguer selon la taille de la structure. Pour celles qui emploient moins de cinquante salariés, il n'existe pas de procédure particulière et l'alerte peut ainsi être adressée au supérieur hiérarchique, à l'employeur ou encore à un référent éventuel. Pour les structures les plus importantes, le décret du 3 octobre 2022 exige la mise en place d'une procédure particulière.

Le lanceur d'alerte peut également procéder à un signalement externe. Le décret n° 2022-1284 du 3 octobre 2022 a fixé une liste des autorités pouvant être destinataires d'une alerte, et ce, conformément à leurs compétences respectives. (i) Le Défenseur des droits, l'autorité judiciaire et plus particulièrement le procureur de la République en cas de dénonciation d'un crime ou d'un délit, ainsi (ii) qu'une institution, un organe ou un organisme de l'Union européenne peuvent également être destinataires d'un signalement.

Le guide détaille ensuite la manière dont sera traité le signalement émis par le lanceur d'alerte et les délais dans lesquels les destinataires de cette alerte devront apporter une réponse. Ainsi, par exemple, les autorités mentionnées par le décret du 3 octobre 2022 (i.e., Agence française anticorruption, Autorité de la concurrence, Autorité des marchés financiers) sont tenues d'apporter une première réponse dans un délai de trois mois. Le guide précise que l'autorité n'est pas tenue de traiter l'alerte dans ce délai mais uniquement d'informer le lanceur d'alerte des actions envisagées ou déjà prises afin d'évaluer la réalité de l'alerte et de remédier à la situation signalée. Ce délai de trois mois peut être porté à six mois en raison de la complexité de l'affaire. Dans cette hypothèse, l'autorité a l'obligation de prévenir le lanceur d'alerte de cette prolongation tout en la justifiant.

A contrario, aucun délai de réponse n'est fixé par les textes concernant le Défenseur des droits, l'autorité judiciaire ou les institutions de l'Union européenne. Le guide précise cependant que la loi du 9 décembre 2016 autorise le lanceur d'alerte à divulguer publiquement son alerte sans perdre la protection dont il jouit grâce à sa qualité de lanceur d'alerte dès lors qu'aucune mesure appropriée n'a été prise par l'une de ces autorités, et ce dans un délai de six mois.

Si le lanceur d'alerte estime que la réponse apportée à l'alerte ne semble pas appropriée ou qu'aucune réponse ne lui a été apportée, celui-ci peut "envisager de rendre public" l'alerte. Cependant, il doit respecter l'obligation de confidentialité protégeant la personne mise en cause. Le non-respect de cette obligation constitue une infraction pénale punie de deux ans d'emprisonnement et de 30.000 euros d'amende.

2

Le guide publié par le Défenseur des droits lui permet de renforcer son rôle en matière de protection des lanceurs d'alerte

Le guide publié par le Défenseur des droits permet également de rappeler que celui-ci se doit d'informer les lanceurs d'alertes sur le régime et la protection qui lui sont applicables, tout en traitant les signalements pour lesquels il est compétent.

Tout au long du guide, le Défenseur des droits précise son rôle en matière d'orientation et d'accompagnement des lanceurs d'alerte et de leurs proches. Il précise également l'étendue de la protection à laquelle les personnes concernées peuvent prétendre. Il utilise ainsi son guide pour prodiguer plusieurs conseils pratiques à destination des lanceurs d'alerte afin de leur permettre de réaliser des signalements adéquats.

Sur ce dernier point, il indique notamment la nécessité pour le lanceur d'alerte de rassembler des éléments concrets avant de réaliser son signalement. Il précise également que lors de l'envoi d'une alerte en format papier, il convient de le faire par le biais d'une lettre recommandée avec accusé de réception tout en utilisant le système de double enveloppe. Ce système implique que l'enveloppe contenue dans la première devra porter la mention "signalement d'une alerte".

Le Défenseur des droits décline également les règles spécifiques applicables à certaines professions telles que les agents publics ou salariés dans un établissement ou un service social et médico-social. Des distinctions sont également faites en fonction du sujet de l'alerte. Le Défenseur des droits distingue par exemple les alertes relatives au domaine financier et aux produits ou procédés de fabrication d'un employeur présentant des risques pour la santé et l'environnement. L'objectif étant d'orienter au mieux le lanceur d'alerte et de l'informer des règles spécifiques pouvant s'appliquer en fonction de sa situation.

En outre, le Défenseur des droits joue un rôle central dans la protection des lanceurs d'alerte en ce qu'il peut certifier à une personne sa qualité de lanceur d'alerte. Cette certification ne peut en revanche intervenir qu'a posteriori du signalement. Dans ce cadre, le lanceur d'alerte sollicite de l'autorité qu'elle rende un avis indiquant qu'il respecte les conditions prévues par la loi pour bénéficier d'une protection en qualité de lanceur d'alerte. Toutefois, cette certification ne constitue pas un blanc-seing auprès de l'autorité judiciaire qui n'est pas tenue par l'avis du Défenseur des droits.

En outre, le Défenseur des droits peut, toujours à la demande du lanceur d'alerte, protéger ce dernier. Dans ce cadre, il examine la demande et dispose de la possibilité d'auditionner les personnes mises en causes. Les enquêteurs de l'institution sont soumis à un "strict secret professionnel".

La protection accordée au lanceur d'alerte par le Défenseur des droits peut prendre deux formes différentes.

Le Défenseur des droits peut tout d'abord recommander à l'auteur des représailles de prendre, dans un délai qu'il fixe, des mesures permettant au lanceur d'alerte d'être rétabli dans ses droits, comme le réintégrer ou lui accorder une mesure de compensation financière.

Bien que le Défenseur des droits ne dispose pas d'un pouvoir de sanction direct, il dispose d'un "droit de suite" sur les recommandations qu'il prononce. Cela signifie que la personne mise en cause est tenue de l'informer des suites données à ses recommandations. En cas de défaillances, le Défenseur des droits dispose d'un pouvoir d'injonction lui permettant d'exiger l'application de la recommandation, et ce dans un nouveau délai qu'il fixe.

Si de nouveau aucune suite n'est donnée par la personne mise en cause, le Défenseur des droits peut publier un rapport spécial révélant l'identité de la personne mise en cause.

Enfin, cette autorité administrative indépendante peut judiciaire l'alerte, c'est-à-dire présenter des observations et son analyse du dossier devant la juridiction saisie par le lanceur d'alerte afin de contester des mesures de représailles (i.e., juridiction prud'homale, tribunal administratif).

Le Défenseur des droits rappelle qu'il représente, depuis la publication du décret du 3 octobre 2022, "l'autorité externe chargée de traiter directement les alertes dans certains domaines spécifiques".

Ces domaines concernent (i) les droits et libertés dans le cadre des relations avec les administrations de l'Etat, les collectivités territoriales, les établissements publics et les organismes investis d'une mission de service public ; (ii) l'intérêt supérieur et les droits de l'enfant ; (iii) les discriminations ; (iv) la déontologie des personnes exerçant des activités de sécurité.

Le Défenseur des droits peut ainsi être saisi par courrier, par le biais d'un formulaire électronique ou encore par téléphone.

A la suite de la saisine, il lui appartient, comme pour les autres autorités saisies, d'accuser réception dans un délai de sept jours, de garantir l'intégrité et la confidentialité des données recueillies tant du lanceur d'alerte que de la personne mise en cause. Par ailleurs, l'auteur de l'alerte sera informé des mesures envisagées ou prises pour vérifier ses allégations. ■

Renforcement de la lutte contre le greenwashing en France

Ces dernières années, le législateur, les régulateurs et le système judiciaire français ont contribué à renforcer la lutte contre le greenwashing.

Depuis le 1er janvier 2023 en France, la mention selon laquelle un produit ou un service est “neutre en carbone” doit reposer sur une évaluation des émissions de gaz à effet de serre sur l’ensemble du cycle de vie du produit ou du service. Ceci résulte de l’entrée en vigueur de la loi n°2021-1104 du 22 août 2021, dite loi “climat et résilience”.

En application d’autres mesures contre le greenwashing que comprend cette loi, le gouvernement français a créé une plateforme en ligne listant les entreprises soumises à des obligations d’affichage environnemental. Cette plateforme mentionne également les entreprises qui ont volontairement souscrit un “contrat climat pour la communication commerciale et la transition écologique”. Ces contrats visent à réduire les communications commerciales relatives à des produits ou services ayant un impact négatif sur l’environnement. L’Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique (ARCOM) est chargée de promouvoir ces contrats et le gouvernement présentera un rapport évaluant l’efficacité de ce système d’ici mi-2023.

Les régulateurs français sont également actifs dans la lutte contre le greenwashing. Par exemple, l’Autorité des marchés financiers (AMF) et l’Autorité de contrôle prudentiel et de résolution (ACPR), qui sont les deux autorités nationales compétentes pour la banque et l’assurance, et les marchés de capitaux respectivement, publient chaque année des rapports conjoints sur les engagements des institutions financières françaises en matière de lutte contre le changement climatique et de neutralité carbone.

Leur troisième rapport a été publié le 25 octobre 2022 et souligne par exemple que plusieurs institutions financières ont impliqué leurs départements de contrôle interne dans le suivi des engagements environnementaux.

Par ailleurs, depuis 2021, le greenwashing fait partie des pratiques commerciales trompeuses, au sens de l’article L. 121-2 du code de la consommation qui réprime les pratiques visant à présenter de façon fautive ou trompeuse les caractéristiques essentielles d’un bien ou d’un service, telles que ses qualités substantielles, sa composition, ses propriétés et les résultats attendus de son utilisation,

mais aussi son impact sur l’environnement. Par ailleurs, la loi “climat et résilience” a également renforcé les sanctions encourues pour de telles pratiques trompeuses pour les porter à 2 ans d’emprisonnement et 300 000 euros d’amende, ou 1,5 million d’euros pour les personnes morales, ainsi que 10 % du chiffre d’affaires moyen annuel ou à 50 % des dépenses engagées pour la réalisation de la pratique trompeuse et 80 % de celles-ci lorsque les pratiques trompeuses sont fondées sur des allégations environnementales.

Enfin, le système judiciaire français est également impliqué dans la lutte contre le greenwashing. En effet, plusieurs plaintes ont été déposées, par diverses ONG en 2021 et 2022, contre TotalEnergies, sur le fondement de pratiques trompeuses liées à l’environnement, de greenwashing dans le cadre d’un projet en Ouganda et d’autres pratiques conduisant à un écocide. Dans ce contexte, TotalEnergies a été accusé par Greenpeace France, entre autres, de minimiser les informations sur ses émissions de carbone de plus de quatre fois ce qui a été calculé par cette ONG, qui a également rapporté ces faits à l’AMF. Cependant, TotalEnergies a publiquement contesté la méthodologie utilisée par l’ONG pour ce calcul. Enfin, fin 2022, à la veille du “Climate Finance Day”, plusieurs associations dont Oxfam France ont annoncé qu’elles attendaient de la banque française BNP Paribas qu’elle réponde à leurs allégations de manquement à son devoir de vigilance en matière de changement climatique dans un délai de trois mois, faute de quoi elles porteraient l’affaire devant les tribunaux. Alors que le délai imparti vient d’expirer, aucune mesure n’a encore été prise publiquement par l’une ou l’autre des parties.

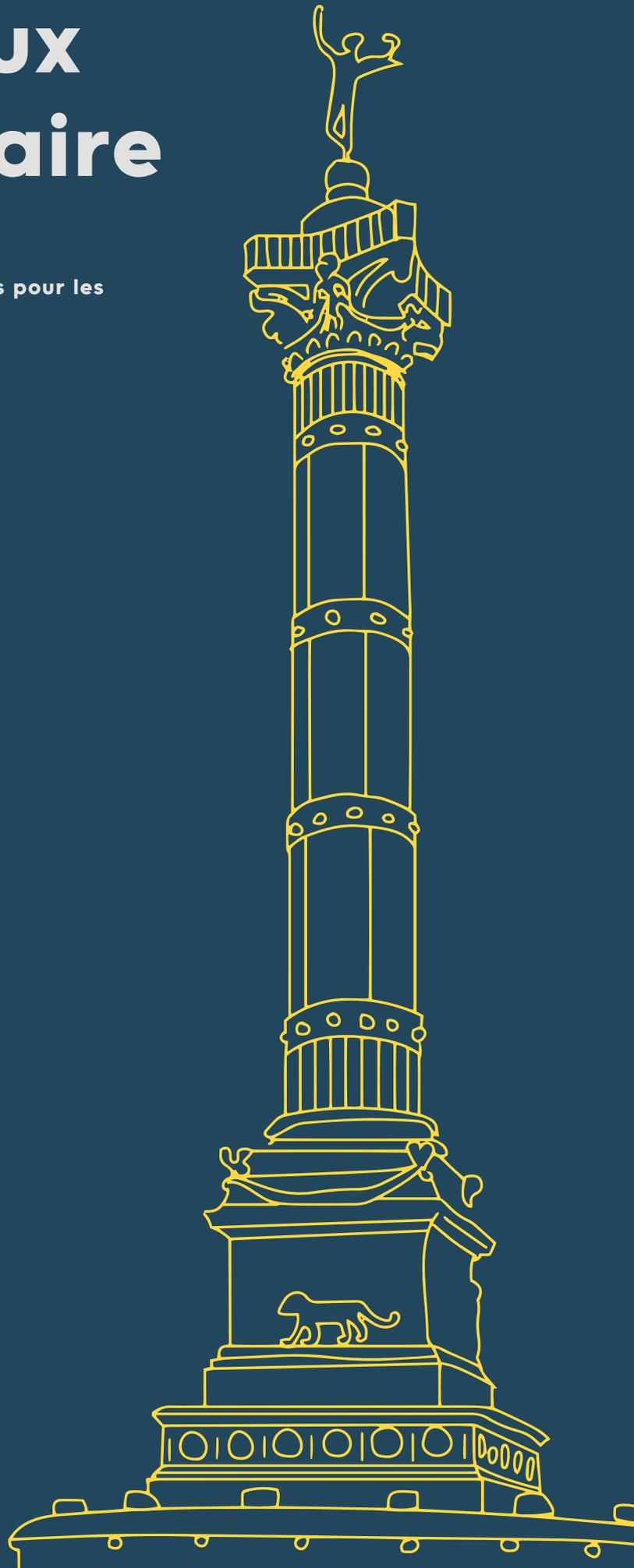
Par conséquent, le greenwashing constitue désormais un risque important pour les entreprises françaises et les entreprises opérant en France. ■

Contentieux réglementaire

Une année record en termes de sanctions pour les sociétés françaises comme étrangères.



NAVACELLE
Bastille Day



La 32e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Paris se prononce pour la première fois en matière de délit de manipulation de marché

Le 25 mai 2023, la 32e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Paris a rendu sa première décision en matière de délit de manipulation de marché. Cette décision est intervenue à la suite d'une procédure d'aiguillage menée entre le parquet national financier ("PNF") et l'Autorité des marchés financiers ("AMF"), à l'issue de laquelle le PNF a finalement été désigné comme étant compétent pour diligenter les investigations et poursuivre le mis en cause. L'AMF s'est quant à elle constituée partie civile.

Le 25 mai 2023, la 32e chambre correctionnelle du tribunal judiciaire de Paris, dédiée aux enquêtes suivies par le parquet national financier ("PNF"), a rendu sa première décision en matière de manipulation de marché. Thierry Boutin, déjà sanctionné à trois reprises par la commission des sanctions de l'Autorité des marchés financiers ("AMF") pour des abus de marché, a été reconnu coupable du délit de manipulation de marché et du blanchiment de ce délit.

Cette décision est intervenue à la suite de la mise en œuvre de la procédure d'aiguillage entre le PNF et l'AMF. Cette procédure a permis à la juridiction pénale de conserver sa compétence pour enquêter et poursuivre les faits précités dans le respect du principe non bis in idem prohibant les doubles poursuites et doubles sanctions de natures administratives et pénales pour les mêmes faits.

1

Le jugement rendu par le tribunal correctionnel de Paris reconnaît l'utilisation de la technique de la bouilloire et relève la caractérisation du délit de manipulation de marché

En octobre 2018, la direction des enquêtes de l'AMF a transmis au PNF un signalement relatif aux agissements de Thierry Boutin, découverts au cours d'une enquête administrative portant sur le titre Dolphin Integration et sur "tout instrument financier lié" à compter du 1er janvier 2016.

Les agissements identifiés étaient susceptibles de correspondre à l'utilisation de la technique dite de la "bouilloire" (ou "pump and dump"). En effet, il lui était reproché d'avoir approché des investisseurs en leur suggérant d'investir dans des actions à fort potentiel, tout en leur intimant l'ordre d'agir rapidement afin de saisir cette opportunité. Les achats ainsi réalisés ont engendré une augmentation factice du cours des actions de la société concernée, incitant à poursuivre leur investissement sur ces titres.

De façon générale, et dans un communiqué à visée de protection des investisseurs, l'AMF rappelle qu'en principe, l'auteur de ce type de manipulation ne précise pas qu'il détient un nombre important d'actions ou qu'il agit à la demande d'un tiers souhaitant vendre ses propres actions. Lorsque les investissements sur ces actions sont réalisés, les sollicitations cessent et le cours

baisse brutalement, occasionnant ainsi un préjudice certain aux investisseurs qui voient leurs actions dévalorisées.

L'enquête menée par l'AMF a identifié quatre "phases manipulatoires" de ce type entre avril 2017 et janvier 2018 imputables à Thierry Boutin. L'utilisation de la technique de "pump and dump" lui aurait permis de céder la totalité de sa participation dans la société Dolphin Integration.

Le signalement opéré par l'AMF a permis au PNF de solliciter l'ouverture d'une enquête préliminaire le 14 novembre 2018 auprès de la Bridage financière de la Préfecture de police de Paris, puis de l'ouverture d'une information judiciaire le 30 janvier 2020, date à laquelle Thierry Boutin a été mis en examen et placé en détention provisoire. Ce dernier a par la suite été libéré afin d'être placé sous contrôle judiciaire à compter du 16 mars 2020.

L'enquête diligentée par le PNF a confirmé qu'en 2016 et 2017, Thierry Boutin avait effectivement procédé à une manipulation de marché, infraction réprimée par l'article L464-3-1 du code monétaire et financier et dont la définition est issue du règlement européen relatif aux abus de marché ("MAR"). En effet, les investigations ont permis de démontrer que le titre Dolphin Integration a été manipulé par Thierry Boutin, celui-ci ayant communiqué des informations erronées ou trompeuses ayant pour conséquences de fixer le "cours à un niveau anormal ou artificiel" et en ayant recours à des "procédés fictifs".

L'enquête a également permis d'établir que Thierry Boutin avait blanchi une partie du produit de l'infraction susmentionnée, produit estimé à 2 662 276 euros. Cette somme a par ailleurs été saisie lors de l'enquête, sur un compte-titres ouvert au Royaume-Uni qu'il avait ouvert.

Le tribunal judiciaire de Paris a donc condamné Thierry Boutin à une peine de deux ans d'emprisonnement, à la révocation totale d'une peine antérieure d'emprisonnement avec sursis d'une durée de 18 mois pour des faits d'escroquerie, ainsi qu'au paiement d'une amende d'un montant de 2.662.276 euros, et à la confiscation de la somme saisie sur son comptes-titres au Royaume-Uni. Enfin, le tribunal l'a condamné à une déclaration d'inéligibilité et ce pour une durée de cinq ans.

Ces peines s'expliquent par la gravité des infractions commises et par les condamnations précédemment infligées au prévenu. Celui-ci a non seulement été précédemment condamné pénalement mais également sanctionné par la commission des sanctions de l'AMF et ce à trois reprises pour des faits d'abus de marché, pour un montant total de sanctions pécuniaires de 2,2 millions d'euros.

2

La procédure d'aiguillage entre le PNF et l'AMF a été mise en œuvre au bénéfice du PNF, sans pour autant exclure l'AMF qui a pu valablement se constituer partie civile

En 2015, le Conseil constitutionnel avait formellement pris position sur l'impossibilité, au regard du principe non bis in idem, de cumuler les poursuites portant sur les mêmes faits pouvant être engagées par les autorités judiciaires en matière pénale et par l'AMF en matière administrative.

La loi du 21 juin 2016 réformant le système des abus de marché et complétée par le décret du 11 août 2016 a, en conséquence de la décision du Conseil constitutionnel, institué une procédure dite d'aiguillage. Cette procédure prévoit une concertation entre l'autorité judiciaire et l'AMF afin d'éviter ces doubles poursuites. En cas de désaccord persistant, un arbitrage revient au procureur général de la Cour d'appel de Paris.

En l'espèce, les faits ont été révélés lors d'une enquête administrative menée par l'AMF, qui en a fait un signalement au PNF. Dès lors, une procédure d'aiguillage a été initiée. Le PNF a ainsi indiqué au régulateur qu'il entendait poursuivre et saisir un juge d'instruction en vue de l'ouverture d'une information judiciaire.

En outre, la procédure d'aiguillage n'a pas pour autant exclu l'AMF de l'action contre Thierry Boutin. En effet, le régulateur a valablement pu se constituer partie civile, et ce pour la première

fois. Il a pu ainsi se voir octroyer 1 euro symbolique au titre de son préjudice moral ainsi que la somme de 99 064 euros "représentant le coût de l'enquête administrative", à propos duquel le tribunal souligne qu'il a été dûment justifié, sans qu'il ne soit pourtant détaillé plus avant dans le jugement.

Toutefois, l'issue de cette affaire n'est pas encore définitivement connue. En effet, un appel a été interjeté et Thierry Boutin fait l'objet d'un mandat d'arrêt à son encontre en raison de son absence au moment du délibéré. ■

L'activité de l'Autorité des Marchés Financiers

L'activité répressive de l'AMF, toujours soutenue, démontre cette année encore l'ambition du régulateur de renforcer constamment la surveillance des marchés par un traitement de données toujours plus nombreuses mais aussi par la coopération internationale qui se traduit par le nombre d'enquêtes menées en coordination avec les homologues de l'AMF. Les contrôles ne sont pas en reste puisque c'est en matière de manquements professionnels que la commission des sanctions de l'AMF a récemment prononcé les sanctions les plus importantes de son histoire. Enfin, le régulateur a souligné que la finance durable et les obligations en matière de LCB-FT feront partie de ses priorités à l'avenir, y compris en matière de contentieux.

La surveillance des marchés



Augmentation significative du volume de données traitées

(Plateforme ICY, déclarations d'opérations suspectes des PSI, informations échangées sur les forums et réseaux sociaux)



1390 déclarations d'opérations suspectes reçues en 2022

Les enquêtes

(opérations d'initiés, diffusions de fausses informations, manipulations de marché)



36 enquêtes ouvertes en 2022

dont 29 dans le cadre de la coopération internationale



Coopération étroite avec près de 50 régulateurs étrangers



Collaboration étroite avec le PNF et mise en œuvre de la procédure d'aiguillage

Les contrôles

(professionnels régulés : PSI, SGP, CIF)

■ 13 contrôles ont donné lieu à un renvoi devant la commission des sanctions en 2022

■ 41 contrôles ont donné lieu à des lettres de suite en 2022

■ Contrôles SPOT portant notamment sur le dispositif de lutte contre les abus de marché dans les SGP

Les transactions et sanctions



10 accords de composition administrative signés en 2022

(abus de marché et manquements professionnels)



Une baisse du nombre de décisions rendues mais une hausse spectaculaire des sanctions prononcées

■ 12 décisions rendues en 2022

■ Près de 100 millions d'euros de sanctions en 2022 (allant de 20 000 euros à 75 millions d'euros)

Zoom : Dernière décision phare

Affaire H20 - 30 décembre 2022 - SGP britannique et deux dirigeants sanctionnés

■ Sanctions globales de 93 millions d'euros

■ Confirmation de la compétence de la CDS à l'encontre de la SGP britannique dès lors que les faits étaient antérieurs au Brexit

Contentieux AMF : à quoi s'attendre dans les années à venir ?



Poursuite de la montée en puissance de la surveillance

(modernisation des outils et investissement dans l'exploitation de la donnée)



Pérennisation des outils d'enquête et de contrôle

(ie. amélioration du cadre juridique des visites domiciliaires, sécurisation de la conservation et l'exploitation des données de connexion)



Vigilance particulière sur les obligations LCB-FT



Contrôles et enquêtes thématiques en matière de finance durable

Discussions autour des secrets dans les procédures répressives et de la régulation en matière de LCB-FT

Le 5 octobre 2022 s'est tenu le colloque annuel de la Commission des sanctions de l'AMF. A cette occasion, des membres des autorités de régulation, magistrats, professeurs et avocats ont pu débattre de la problématique des secrets dans le cadre des procédures répressives ainsi que des évolutions de la régulation en matière de lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme.

Après un discours d'ouverture prononcé par le président de la Commission des sanctions, revenant sur l'actualité jurisprudentielle de l'année écoulée, le procureur général près la Cour de cassation a souligné l'importance, ainsi que la difficulté, de l'articulation des impératifs liés à la recherche des preuves avec le nécessaire respect de la vie privée et la protection des secrets opposables aux autorités judiciaires ou administratives. Ce dernier a ensuite rappelé que les mécanismes probatoires tendant à obtenir la levée du secret, ou à en favoriser la révélation, se sont multipliés ces dernières années, en faisant notamment référence aux récentes décisions limitant la protection du secret bancaire, tout en soulignant que le contrôle du droit de la preuve s'était également renforcé, en s'appuyant notamment sur le principe de proportionnalité.

S'agissant de la lutte contre le blanchiment et le financement du terrorisme ("LCB-FT"), cet intervenant a exposé que, en tant qu'acteur judiciaire de terrain, la lutte contre le terrorisme devait nécessairement s'appuyer sur le recueil de renseignements financiers. Il a illustré son propos par une présentation de l'affaire dite "Syrian Wallet", qui a impliqué plusieurs pays européens dont la France, avec l'assistance d'Europol, et qui a permis de révéler des services organisés par l'Etat islamique pour soutenir financièrement les combattants étrangers en Syrie, en Irak et en Libye.

1

Les secrets dans le contexte des procédures répressives

Au cours de la première table ronde, un membre de la Commission des sanctions de l'AMF, la directrice du service des enquêtes de cette autorité, le rapporteur général de l'Autorité de la concurrence ("AdC") et un avocat ont débattu du traitement des secrets dans les procédures répressives, administratives ou judiciaires, au regard notamment de l'objectif d'efficacité opérationnelle dans la recherche de preuves.

Parmi les différents secrets évoqués, les débats les plus fournis ont porté sur le secret couvrant les correspondances entre un avocat et son client ainsi que sur l'accès aux données de connexion, aussi appelées fadets. Il a par ailleurs été rappelé que les autres secrets, tels que le secret bancaire ou le secret des affaires, ne sont pas opposables aux autorités.

Sur le premier thème, si les représentants de l'AMF et de l'AdC ont confirmé que le respect du secret des correspondances entre un avocat et son client était garanti par leurs procédures respectives dans le cadre des saisies documentaires, et notamment des saisies de messageries électroniques, le périmètre de ce secret n'est toutefois pas apparu uniforme. En effet, si les enquêteurs

de l'AMF excluent de leurs saisies toutes les correspondances échangées entre un avocat et son client, quel qu'en soit l'objet, la pratique de l'AdC est différente. Comme l'a exposé son rapporteur général, dans le cadre des enquêtes de concurrence seules sont protégées les correspondances portant sur une stratégie de défense, à l'exclusion de celles relatives à des conseils prodigués. Si cette pratique n'a pour l'instant pas été censurée par la Cour de cassation, elle apparaît contraire à la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 pour la confiance dans l'institution judiciaire qui garantit, en son article 3, "le respect du secret professionnel de la défense et du conseil", ainsi qu'à la jurisprudence européenne récente, aux termes de laquelle le privilège dont sont revêtus les échanges entre un avocat et son client ne sont pas limités aux contentieux en cours, mais s'étend également à la fonction de conseil de l'avocat.

Les représentants de l'AMF et de l'AdC ont également rappelé que le tri opéré dans les messageries électroniques, nécessaire pour éliminer les correspondances couvertes par le secret professionnel de la procédure, était réalisé sous l'autorité des enquêteurs qui s'assurent que les messages éliminés l'ont été légitimement, ce qui implique qu'ils en prennent connaissance, ne serait-ce que brièvement. Cette pratique, qu'elle résulte d'une procédure ad hoc en matière d'enquêtes AMF ou de la mise en place d'un scellé fermé provisoire dans le cadre d'enquêtes de concurrence, a suscité de vives critiques, dès lors qu'elle présente le risque d'introduire un biais chez les personnes en charge de l'enquête qui ont eu accès aux documents couverts par le secret. Sur le second thème, relatifs aux fadets, il a été rappelé que l'accès aux données de connexion a été encadré par plusieurs arrêts

et décisions récents. Ont notamment été évoqués les arrêts rendus par la Cour de justice de l'Union européenne ("CJUE") le 20 septembre dernier, aux termes desquels la conservation généralisée et indifférenciée des données de connexion n'est pas autorisée, notamment dans le cadre d'enquêtes portant sur des abus de marché, à l'exception de menaces graves pour la sécurité nationale. Bien que les demandes d'accès aux données de connexion soient aujourd'hui encadrées par un contrôleur des données de connexion, il reste que, de l'aveu du secrétaire général de l'AMF, la censure de la CJUE constitue un facteur d'insécurité juridique des procédures AMF.

2 Régulation et LCB-FT

La seconde table ronde, qui a réuni le directeur adjoint de TRACFIN, le président de la Commission des sanctions de l'Autorité de contrôle prudentiel et de résolution ("ACPR"), un maître de conférences, le secrétaire général adjoint de l'AMF en charge de la Direction de la gestion d'actifs ainsi qu'un avocat spécialisé dans ce domaine, sous la modération du président de la 2ème section de la Commission des sanctions de l'AMF, a porté sur la régulation de la LCB-FT.

Les intervenants ont notamment rappelé l'historique de cette réglementation, que ce soit au niveau européen ou national, et ont présenté les dernières conclusions, très positives concernant la France, du Groupe d'action financière, un organisme intergouvernemental ayant pour mission l'élaboration des normes et la promotion de l'efficace application de mesures législatives, réglementaires et opérationnelles en matière de LCB-FT notamment.

A cet égard, il a été indiqué que les services bancaires et financiers sont au cœur de la LCB-FT, qui concernent près de 80% des déclarations de soupçon reçues par TRACFIN.

Mais si l'ACPR et l'AMF disposent d'une compétence partagée en matière de LCB-FT, c'est l'ACPR, superviseur des activités bancaires notamment, qui concentre le plus d'activités directement exposées aux risques de blanchiment, tandis que l'AMF, qui encadre les prestataires de services d'investissement, sociétés de gestion et conseillers en investissements financiers, se positionne en second rang. Cependant, les décisions de la Commission des sanctions de l'AMF sont de plus en plus nombreuses à constater la violation de manquements à la réglementation en matière de LCB-FT, matérialisés par des défaillances dans la gouvernance, les procédures, la preuve des diligences réalisées ou leurs mises à jour.

Enfin, ce colloque a été clôturé par un discours du secrétaire général de l'AMF qui a notamment souligné la détermination de l'AMF "à mener à bien des enquêtes complexes et à faire sanctionner des manquements qui portent gravement atteinte à l'intégrité des marchés et à la protection des investisseurs". ■

La CJUE limite la conservation généralisée des données en matière de surveillance

Le 20 septembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne a rendu deux arrêts concernant les conditions dans lesquelles les Etats membres sont autorisés à conserver les données relatives au trafic à des fins de surveillance. Ces décisions viennent notamment remettre en cause les dispositifs nationaux de la France et de l'Allemagne en la matière.

Le 20 septembre 2022, la Cour de justice de l'Union européenne (ci-après "CJUE") s'est prononcée sur les conditions dans lesquelles les Etats membres sont autorisés à conserver les données relatives au trafic et à la localisation, et ce à des fins de surveillance.

La directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 relative au traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (ci-après "directive vie privée et communications électroniques") encadre à l'échelle européenne la conservation et le traitement de ce type de données.

Au sens de cette directive, les données relatives au trafic sont "toutes les données traitées en vue de l'acheminement d'une communication par un réseau de communications électroniques ou de sa facturation". Les données de localisation quant à elles, concernent "toutes les données traitées dans un réseau de communications électroniques ou par un service de communications électroniques indiquant la position géographique de l'équipement terminal d'un utilisateur d'un service de communications électroniques accessible au public".

Ce texte consacre le principe de la confidentialité des communications électroniques et des données de trafic afférentes. Ainsi il est interdit à toute personne autre que les utilisateurs de conserver, sans le consentement de ceux-ci, ces communications et ces données.

En outre, l'article 6 de la directive prévoit des règles d'effacement, d'anonymisation et de traitement des données visant à prévenir les abus.

Par ailleurs, la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne garantit le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et des correspondances, le droit à la protection des données à caractère personnel, et le droit à la liberté d'expression et d'information.

Toutefois, il est permis aux Etats membres d'adopter des mesures législatives visant à "limiter la portée" des droits et des obligations susmentionnés. Les mesures adoptées doivent cependant, être nécessaires, appropriées et proportionnées, et poursuivre une finalité de sauvegarde de la sécurité nationale telle que définie par l'article 15 de la directive, et ce, dans le respect des principes généraux du droit de l'Union des droits fondamentaux garantis par la Charte.

Dans ses deux arrêts rendus le 20 septembre 2022, la CJUE a eu à apprécier la conformité des législations françaises (affaires jointes C 339/20 et C 397/20) et allemandes (affaires jointes C 793/19 et C 794/19) au regard du cadre juridique européen relatif à la protection des données.

1

Les juridictions françaises et allemandes ont transmis plusieurs questions préjudicielles à la CJUE concernant l'interprétation de leur législation en matière de conservation des données

D'une part, dans le cadre d'une enquête diligentée par l'Autorité des marchés financiers ("AMF") en France, cette dernière avait communiqué au juge d'instruction des données à caractère personnel issues d'appels téléphoniques effectués par deux personnes physiques. Par la suite, des procédures pénales ont été engagées contre eux des chefs de délits d'inités, de recel de délits d'inités, de complicité, de corruption et de blanchiment.

Ces derniers ont contesté devant la Cour de cassation la vali-

dité de la collecte de leurs données, en ce qu'elle reposait sur des dispositions nationales qui ne sont pas conformes au droit de l'Union, et ne fixent aucune limite au pouvoir des enquêteurs de l'AMF de se faire communiquer les données conservées. Les dispositions françaises en cause étaient l'article L.34-1 du Code des postes et des communications électroniques (ci-après "CPCE"), et l'article 6 de la loi pour la confiance de l'économie numérique (ci-après "LCEN").

Le gouvernement français a soumis des observations à la CJUE aux termes desquelles, le droit européen permettrait au législateur national d'instituer *“dans le chef des opérateurs de services de communications électroniques, une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données, afin de permettre à l'autorité compétente en matière financière de détecter et de sanctionner les opérations d'initiés”*. Selon lui, ces enregistrements seraient essentiels en matière de détection et de démonstration de l'existence d'une infraction. Ils permettraient en effet d'assurer l'efficacité des enquêtes et des poursuites effectuées par l'AMF, et de garantir l'intégrité des marchés financiers de l'Union.

D'autre part, dans l'affaire allemande, SpaceNet et Telekom Deutschland étaient des fournisseurs allemands de services d'accès à Internet. Ces derniers se voyaient imposer par la loi allemande sur les télécommunications (TKG) de conserver des données relatives au trafic et des données de localisation afférentes aux télécommunications de leurs clients. Les fournisseurs de services allemands contestaient cette obligation de conservation.

Les dispositions françaises et allemandes prévoyaient une conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic. L'objectif poursuivi par la législation française était de lutter contre les infractions d'abus de marché alors que la législation allemande encadrait la lutte contre les infractions particulièrement graves et, la prévention d'un risque concret pour l'intégrité physique, la vie ou la liberté d'une personne ou bien pour l'existence de l'Etat fédéral ou d'un Land.

Les données conservées permettaient d'identifier l'utilisateur et le destinataire de la communication. Les données étaient notamment les numéros de téléphone, la date et l'heure de début et de la fin de la conversation, les indications relatives au service

utilisé, et les adresses IP en cas de services de téléphonie par Internet.

En outre, en France, la LCEN autorisait les prestataires de services en ligne à conserver les données de nature à permettre l'identification de quiconque ayant contribué à la création de l'un des contenus dont elles sont prestataires.

Les données françaises devaient être conservées pendant un an, tandis que les données de trafic et de localisation allemandes devaient être conservées pendant dix et quatre semaines respectivement.

Dans les deux cas, ces données pouvaient être transmises aux autorités répressives compétentes à leur demande.

Dans les deux affaires, il était demandé à la Cour si une disposition nationale imposant aux opérateurs et fournisseurs de services de communications électroniques, de conserver de manière temporaire, généralisée et indifférenciée les données relatives au trafic et à la localisation des utilisateurs finaux, aux fins de la répression des infractions pénales graves ou de la prévention d'un risque concret pour la sécurité nationale, était contraire au droit de l'Union.

2

La CJUE confirme sa jurisprudence antérieure en matière de conservation des données de trafic et de localisation

Par ses deux arrêts du 20 septembre 2022, la CJUE a confirmé sa jurisprudence antérieure résultant notamment des arrêts *“La quadrature du net”* et *“Tele2 Sverig et Watson”* dans lesquels elle avait retenu que le droit européen s'oppose à ce qu'une réglementation nationale prévoit, à des fins de lutte contre la criminalité, une conservation généralisée et indifférenciée de l'ensemble des données relatives au trafic et des données de localisation de tous les abonnés et utilisateurs des moyens de communications électroniques.

A cet égard, la CJUE retient que ni la directive 2006/3, ni le règlement n°596/2014[26], en permettant aux Etats membres de prendre les mesures requises pour faire bénéficier les autorités compétentes d'un ensemble *“d'outils, de compétences et de*

ressources adéquates, ainsi que des pouvoirs de surveillance et d'enquête nécessaires pour assurer l'efficacité de leurs missions”, n'ont entendu permettre aux Etats membres de faire peser à la charge des opérateurs de services de communication électroniques, une obligation de conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic.

Par ailleurs, les données conservées au titre de la législation française et de la législation allemande étaient nécessaires pour retrouver la source d'une communication et sa destination, la date, l'heure, la durée, le type de communication et le matériel de communication. Parmi ces données étaient conservés le nom, l'adresse de l'utilisateur et les numéros de téléphone de l'appelant et de l'appelé.

La CJUE a relevé que ces données permettraient alors d'avoir accès à des informations très précises concernant la vie privée des personnes dont les habitudes de la vie quotidienne, les lieux de séjour permanents ou temporaires et les milieux sociaux fréquentés par la personne auxquelles les données appartiennent. Par conséquent, elles méconnaissent le droit à la protection de la vie privée, des correspondances et de la liberté d'expression.

Par ailleurs, la Cour a estimé que la violation subsiste indépendamment de la durée de conservation des données. En effet, cette conservation présente un caractère grave, dès lors que l'ensemble des données est susceptible de permettre de tirer des conclusions très précises concernant la vie privée des personnes concernées.

Par conséquent, la Cour a considéré que les législations françaises et allemandes imposant aux opérateurs de services de communications électroniques de procéder, à titre préventif, à une conservation généralisée et indifférenciée des données de trafic de l'ensemble des utilisateurs des moyens de communications électroniques, sans différenciation ni exception, excèdent les limites du strict nécessaire et ne sont pas justifiées dans une société démocratique.

Elle a en revanche estimé que la directive 2002/58/CE ne s'oppose pas à une conservation généralisée et indifférenciée sous certaines conditions en cas de menace grave et actuelle pour la sécurité nationale, en retenant que les Etats membres ont la

possibilité d'imposer aux opérateurs et prestataires de procédure à une conservation rapide des données, sous certaines conditions, et notamment dans l'hypothèse d'une criminalité considérée comme "grave".

Enfin, elle a souligné que l'accès aux données conservées doit être autorisé par une juridiction ou une autorité administrative indépendante.

En tout état de cause, ces mesures doivent assurer par "des règles claires et précises, que la conservation des données en cause est subordonnée au respect des conditions matérielles et procédurales y afférentes et que les personnes concernées disposent de garanties effectives contre les risques d'abus".

S'il est trop tôt pour quantifier les répercussions de cette décision s'agissant des dispositions françaises, le secrétaire général de l'AMF a considéré qu'elle créait une "situation d'insécurité juridique quant à certains de[s] moyens d'actions [de l'AMF]". ■

L'activité de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés

L'activité contentieuse de la CNIL des derniers mois met en lumière les très lourdes sanctions financières imposées aux GAFAM, en matière notamment d'utilisation de cookies, ainsi que la protection des données personnelles qui reste au cœur des préoccupations du régulateur et fait l'objet de décisions toujours plus nombreuses. Par ailleurs, l'introduction d'une procédure accélérée simplifiée pour les dossiers les plus simples devrait permettre à la CNIL d'étoffer encore davantage son action répressive à l'avenir.

Les sanctions

Une hausse du nombre des sanctions prononcées par la CNIL



21 sanctions en 2022

suite à 345 contrôles (dont 17 sanctions prononcées par la formation restreinte de la CNIL – organe chargé de prononcer les sanctions)



Sécurité des données personnelles

1/3 des sanctions de 2022 sont liées à des manquements à la sécurité des données personnelles



+ 500 millions d'euros

d'amendes cumulés depuis 2018



Coopération avec les homologues européens

3 décisions adoptées dans le cadre du guichet unique européen prévu par le RGPD en 2022

Zoom : dernières décisions phares



Procédures relatives à l'utilisation de cookies



150 millions € Google



60 millions € Microsoft



60 millions € Facebook



8 millions € Apple



35 millions € Amazon

Confirmation par le Conseil d'Etat le 27 juin 2022 d'une décision de la CNIL ayant prononcé une sanction de 35 millions d'euros à l'encontre d'une société du groupe Amazon validant l'approche extraterritoriale et validant la proportionnalité de la sanction à l'aune, notamment, de l'avantage financier retiré des manquements.

Evolution de la procédure

Mise en place d'une procédure de sanctions simplifiée en 2022



Cible

Dossiers ne présentant pas de difficultés particulières



Plafond de la sanction

20 000 euros



Procédure accélérée

Décisions prononcées par le président de la CNIL

Adoption de nouvelles lignes directrices en mai 2023 par le Comité européen de la protection des données (CEPD)



Calcul transparent des amendes administratives

- Tableau de référence déclinant la méthodologie de calcul du montant d'une amende
- Prise en considération de la gravité d'une infraction ainsi que du chiffre d'affaires



Lignes directrices en cas de litiges entre autorités

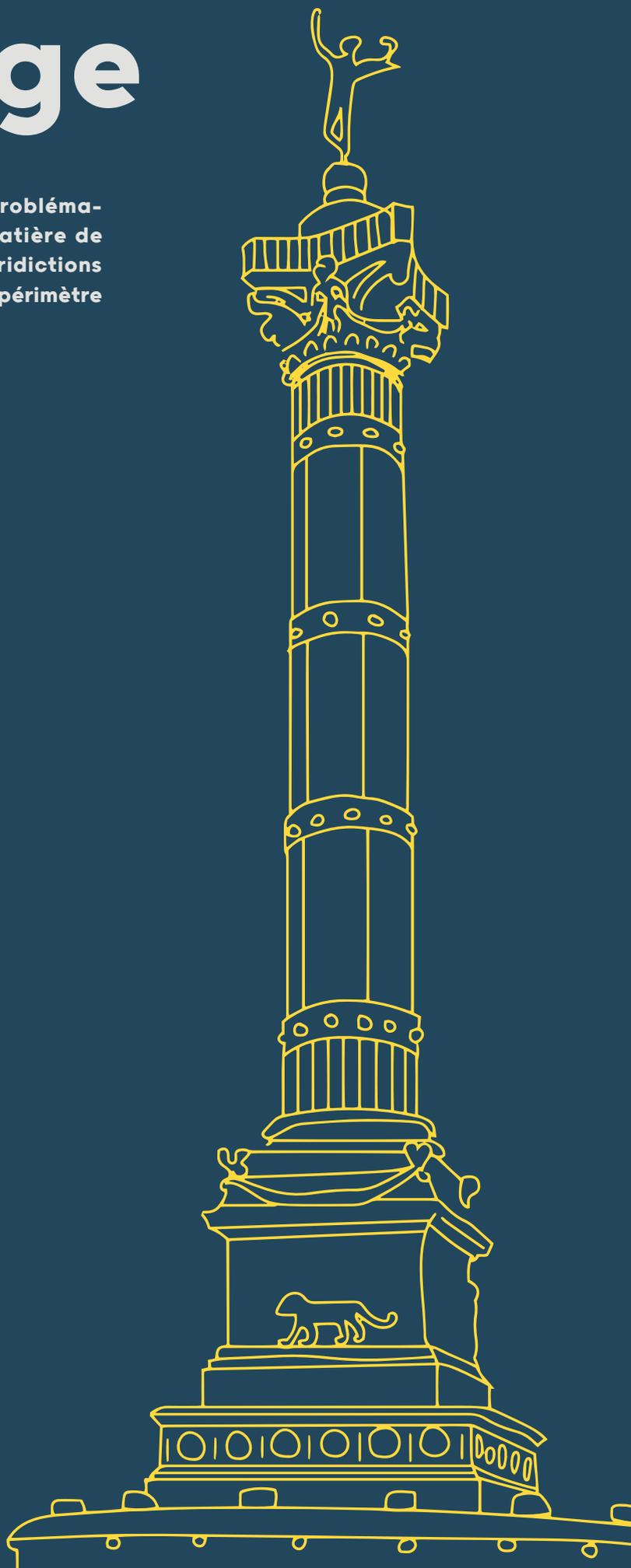
Lignes directrices sur la procédure d'adoption des décisions contraignantes dans le cadre de la résolution des litiges entre autorités de protection des données

Arbitrage

L'arbitrage continue à appréhender les problématiques contemporaines, notamment en matière de gel de fonds détenus à l'étranger et les juridictions apportent de nouvelles précisions quant au périmètre de leur contrôle des sentences rendues.



NAVACELLE
Bastille Day



Panorama de jurisprudence en droit de l'arbitrage

La jurisprudence française rendue au cours de l'année écoulée s'est notamment prononcée sur le régime d'exécution de sentences dans le cas d'avoirs gelés par des sanctions internationales, ainsi que sur le contrôle de la conformité de sentences à l'ordre public international en matière de corruption, de lois de police et d'indépendance et d'impartialité des arbitres.

La jurisprudence rendue au cours de l'année écoulée a permis de clarifier le régime de la saisie d'avoirs gelés dans le cadre de sanctions internationales (I) ainsi que de la prise en compte d'allégations de corruption avant ou après la mise en œuvre de procédures arbitrales (II). Les juges du contrôle se sont également prononcés sur la conformité à l'ordre public international dans des problématiques liées à la prise en compte de lois de police (III) ainsi que le défaut d'indépendance et d'impartialité d'arbitres (IV).

1

Les saisies d'avoirs gelés sont soumises à autorisation préalable

Une série de décisions a été rendue par la Cour de cassation et la Cour d'appel de Paris dans des affaires mettant en jeu le règlement (UE) n° 2016/44 du Conseil du 18 janvier 2016 concernant des mesures restrictives en raison de la situation en Libye, lequel a notamment pour effet de geler les fonds à l'étranger de la Libyan Investment Authority ("LIA"), le fonds souverain libyen.

Ces arrêts interviennent à la suite d'une décision du 11 novembre 2021 de la Cour de justice de l'Union européenne ("CJUE") saisie d'une question préjudicielle relative au règlement (CE) n° 423/2007 du Conseil du 18 avril 2007 concernant l'adoption de mesures restrictives à l'encontre de l'Iran qui prévoyait des mesures de gel de fonds similaires à celles prises à l'encontre de la Libye. Par cette décision, la CJUE a jugé que la notion de gel de fonds au sens du règlement n° 423/2007 empêchait la mise en œuvre, sans autorisation préalable, de mesures conservatoires instaurant au bénéfice du créancier un droit de priorité sur des biens du débiteur.

Ainsi dans des décisions du 7 septembre 2022, la Cour de cassation a fait application de cette jurisprudence de la CJUE, estimant que la solution prise relativement aux sanctions iraniennes valait également pour les sanctions libyennes.

Il s'agissait dans les cas d'espèces soumis à la Cour de saisies pratiquées par la société Mohamed Abdel Mohsen Al-Kharafi et fils ("Al-Kharafi") sur des avoirs de la LIA et de sa filiale la Libyan Arab Foreign Investment Company ("LAFICO") sur le fondement d'une sentence arbitrale ayant condamné l'Etat libyen.

En effet, par deux arrêts du 6 juin 2019, la Cour d'appel de Versailles avait considéré que les saisies pratiquées sur des produits financiers détenus par la LIA n'étaient pas valides dans la mesure où les biens lui appartenant étaient utilisés ou destinés à être utilisés à des fins publiques. La Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 5 septembre 2019, avait, quant à elle, jugé que la LIA était une émanation de l'Etat libyen et que ses biens étaient saisissables dans la mesure où ils n'étaient pas spécifiquement utilisés ou destinés à être utilisés à des fins de service public non commercial. Des pourvois croisés ont été formés, d'une part, par la LIA contre l'arrêt de la Cour d'appel du 5 septembre 2019, d'autre part, par la société Al-Kharafi contre les arrêts de la Cour d'appel de Versailles du 6 juin 2019.

Les moyens invoqués traitaient de questions relatives à l'immunité d'exécution et à sa renonciation, ainsi qu'à la notion d'émanation d'Etat. Toutefois, la Cour de cassation, dans cette série d'arrêts s'est fondée sur un moyen relevé d'office tiré du règlement (UE) n° 2016/44 précité et pour lequel la Cour avait survis à statuer dans l'attente de la décision de la CJUE du 11 novembre 2021.

Adoptant le raisonnement de la CJUE, la Cour de cassation a rejeté les pourvois contre les arrêts de la Cour d'appel de Versailles, entraînant la mainlevée des saisies pratiquées par la société Al-Kharafi. Parallèlement, elle a cassé l'arrêt d'appel de la Cour d'appel de Paris et pour, se faire, adopté le raisonnement de la CJUE jugeant que "ne peut être diligentée, sur des fonds ou des ressources économiques gelés, aucune mesure d'exécution qui aurait pour effet, non seulement de les faire sortir du patrimoine du débiteur, mais aussi de conférer au créancier poursuivant un simple droit de préférence, sans une autorisation préalable du directeur du Trésor". Comme le précise la Cour, cette solution était "indispensable pour assurer l'efficacité des mesures restrictives", qui ont une portée préventive et ont pour objet de faire cesser la menace que représentent les entités visées par les sanctions pour la stabilité et la sécurité de la Libye et sa bonne transition politique. La Cour de cassation, notant que les actifs détenus en France par la LIA qui avaient fait l'objet de saisies-attributions étaient gelés en vertu du règlement (UE) n° 2016/44, et qu'il n'était pas justifié de l'obtention d'une autorisation préalable de dégel de la Direction générale du Trésor, a donc fait droit aux demandes de la LIA et a respectivement ordonné et confirmé la mainlevée des saisies.

Dans cette même affaire et reprenant la solution des arrêts de la Cour de cassation, la Cour d'appel de Paris a rendu un nouvel arrêt en date du 2 février 2023. Dans cet arrêt, elle précise que l'autorisation de dégel des fonds doit être préalable à la saisie, qu'en l'absence d'une autorisation préalable, les mesures d'exécution sont invalides, et que l'autorisation de la Direction générale du Trésor doit intervenir avant l'autorisation du juge de l'exécution prévue à l'article L. 111-1-1 du Code des procédures civiles d'exécution en raison de la primauté du droit de l'Union européenne sur le droit national.

Une solution identique a été adoptée par la Cour d'appel de Paris dans un arrêt rendu le 26 janvier 2023 opposant la société SASU Financière CER ("Financière CER") et la SASU Compagnie des exploitations réunies ("CER"), appelantes, à la société de droit tunisien Siba Plast, intimée, concernant l'exécution d'une sentence arbitrale rendue le 28 novembre 2014, en faveur de cette dernière et à l'encontre de l'Etat libyen. En exécution de cette sentence, la société Siba Plast avait diligenté une saisie de droits d'associés ou de valeurs mobilières entre les mains de la société CER, une saisie-attribution de loyers entre les mains de la société FNAC Paris à l'encontre de la société CER et des saisies-attribution entre les mains de la banque BIA à l'encontre de la société CER et de la société Financière CER. Devant la Cour d'appel, les appelantes contestaient la validité des saisies notamment en ce que la sentence n'aurait pas été rendue à leur rencontre, mais contre le Conseil national de transition libyen, et que les biens saisis étaient affectés par une mesure de gel.

Dans son arrêt, la Cour a jugé tout d'abord que si la sentence arbitrale a été rendue à l'encontre du Conseil national de tran-

sition libyen, il représentait bien l'Etat libyen dont il était un organe interne. En conséquence, la Cour a estimé que la sentence arbitrale avait bien été rendue à l'encontre de l'Etat libyen.

La Cour a ensuite examiné si la société Financière CER et la société CER pouvaient voir leurs actifs être saisis en tant qu'émanation de l'Etat libyen. A cette fin, la Cour a noté que la société CER est détenue à 100% par la société Financière CER, elle-même détenue à 100% par la société LAFICO, détenue à son tour à 100% par la LIA, fonds souverain de l'Etat libyen et rappelle qu'elle avait déjà jugé, dans son arrêt du 5 septembre 2019 précité, que LAFICO et la LIA étaient des émanations de l'Etat libyen. La Cour a également relevé que l'Etat libyen détient le contrôle indirect des appelantes, à travers la LIA et LAFICO dont il exerce la tutelle. La Cour a encore noté que la chaîne de détention constitue une preuve "d'imbrication des patrimoines" et que l'activité de la société CER et de la société Financière CER avait uniquement pour but de payer des dividendes à LAFICO.

Toutefois, s'agissant de la question du gel des biens saisis et de l'application du règlement (UE) 2016/44 du 18 janvier 2016, la Cour a fait application de la jurisprudence issue de l'arrêt de la CJUE du 11 novembre 2021. En l'espèce, si la Cour a relevé que ni la société CER ni la société Financière CER ne sont visées par le règlement, c'était bien le cas de la LIA, dont elles sont dépendantes, de sorte que les biens saisis sont gelés au sens du règlement. En conséquence, en l'espèce, étant donné que les mesures d'exécution ont été mises en place sans autorisation préalable de la Direction générale du Trésor, il devait être ordonné mainlevée des saisies.

Ces affaires consacrent ainsi la primauté des objectifs diplomatiques et politiques des sanctions internationales, dont les conséquences économiques passent au second plan en rendant la mise en œuvre de mesures d'exécution plus difficile. La Cour d'appel dans son arrêt du 26 janvier 2023 reprend ainsi à son compte l'argumentation de la CJUE dans sa décision du 11 novembre 2021 selon laquelle "les mesures de gel de fonds ou de ressources économiques visent à éviter que l'avoir concerné par ces mesures ne soit utilisé à des fins répréhensibles, et qu'il est légitime et même indispensable que cette notion de gel revête une interprétation large, quitte à avoir des conséquences négatives, même considérables, pour des opérateurs y compris ceux qui n'ont aucune responsabilité quant à la situation ayant présidé à l'adoption des mesures concernées", tandis que, dans son arrêt du 2 février 2023, elle confirme l'absence d'atteinte disproportionnée aux droits patrimoniaux des créanciers, jugeant que "les impératifs de paix, de stabilité, de sécurité en Libye, et de réussite de sa transition politique justifient les conséquences négatives considérables pour les tiers se retrouvant affectés dans leur droit de propriété".

Par un arrêt du 7 septembre 2022, la Cour de cassation s'est prononcée dans l'affaire Sorelec sur le contrôle de la conformité d'une sentence arbitrale à l'ordre public international en raison de l'existence d'allégations de corruption, apportant ainsi des précisions sur la nature de ce contrôle.

Dans cette affaire, la société de droit français Société orléanaise d'électricité et de chauffage électrique ("Sorelec") était en différend avec le gouvernement libyen concernant l'exécution d'un contrat de construction. Ce différend a ensuite été réglé par la conclusion d'un accord transactionnel entre les parties, homologué par un tribunal arbitral par le biais d'une sentence partielle. En raison de l'inexécution de la sentence partielle par la Libye, le tribunal arbitral a rendu une sentence finale condamnant la Libye au paiement de la somme due au titre de l'accord transactionnel. La Libye a formé un recours en annulation devant la Cour d'appel de Paris contre la sentence partielle arguant de la contrariété de la sentence à l'ordre public international en ce que l'accord transactionnel aurait été obtenu par corruption. Dans un arrêt du 17 novembre 2020, la Cour d'appel de Paris avait annulé la sentence partielle en raison de l'existence d'un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants selon lequel l'accord transactionnel ne pouvait trouver sa cause que dans la corruption du ministre de la Justice par Sorelec. Sorelec a formé un pourvoi en cassation contre cet arrêt.

Sur le premier moyen soulevé par Sorelec selon lequel la Libye aurait manqué à son obligation de loyauté en n'invoquant pas les allégations de corruption devant le tribunal arbitral, mais seulement devant le juge de l'annulation, la Cour de cassation a précisé que "l'ordre public international de fond ne peut être conditionné par l'attitude d'une partie devant l'arbitre", de sorte que l'éventuelle déloyauté de la Libye était inopérante. La Cour confirme ainsi que les moyens d'ordre public international de fond, qui échappent aux parties, peuvent être soulevés à tout stade de la procédure.

Dans son second moyen, Sorelec critiquait l'arrêt d'appel pour avoir procédé à une révision au fond de la sentence en instruisant à nouveau certains éléments factuels et juridiques et en s'appuyant sur des éléments non produits devant le tribunal arbitral. La Cour de cassation, par une formule large faisant planer un doute quant à la portée de cette solution, a confirmé l'arrêt d'appel, et a précisé que le juge de l'annulation peut rechercher, sans aucune limitation, en droit et en fait tous les éléments concernant les vices visés à l'article 1520 du Code de procédure civile. A ce titre, la Cour de cassation a estimé que les juges d'appel pouvaient examiner l'ensemble des pièces produites au soutien de l'allégation de corruption, qu'elles aient été soumises aux arbitres ou non.

Cet arrêt confirme ainsi la jurisprudence précédente de la Cour de cassation et de la Cour d'appel de Paris relative au contrôle étendu de la conformité de la sentence à l'ordre public international, notamment en matière de corruption. Ce contrôle a également été appliqué par la Cour d'Appel de Versailles dans son arrêt du 14 mars 2023 rendu dans le cadre de l'affaire Alstom c. ABL. Cependant, dans cette affaire, comme dans l'affaire Alstom, en permettant un examen illimité, au mépris de la loyauté procédurale, certains commentateurs ont dénoncé une

position laissant la place à une véritable révision au fond des sentences.

La Cour de cassation s'est également prononcée dans le cadre d'une affaire impliquant une inexécution contractuelle dans un contexte d'allégations de corruption. Par un arrêt du 11 janvier 2023, la première chambre a ainsi cassé un arrêt rendu par la Cour d'appel d'Aix-en-Provence le 17 juin 2021 qui avait ordonné à la société Airbus Helicopters de payer en référé un montant relatif à des factures prétendument dues à la société Alelk Company for General Trading Ltd ("Alelk").

Suite à l'ouverture d'enquêtes par le Parquet national financier français, le Serious Fraud Office britannique et le Department of Justice américain pour des faits de corruption au sein du groupe Airbus, Airbus Helicopters avait interrompu ses paiements à la société Alelk, avec qui elle avait conclu des contrats de consultance pour la négociation de ventes d'hélicoptères au gouvernement irakien, dans l'attente d'un audit interne de ses relations professionnelles à la lumière de la législation anti-corruption. Malgré l'existence d'une clause compromissoire, mais préalablement à l'introduction d'une procédure arbitrale, la société Alelk a saisi le juge des référés, sur le fondement de l'article 873 du Code de procédure civile, afin qu'il ordonne le versement à titre provisionnel du montant qu'Alelk estimait lui être dû au titre des contrats de consultance. La Cour d'appel a jugé que la société Alelk était fondée à solliciter une mesure provisoire sur la base de l'article 1449 du Code de procédure civile et a ordonné le versement d'une provision de la part d'Airbus Helicopters estimant que l'existence de son obligation de paiement n'était pas sérieusement contestable, notamment en ce que "la réalité des échanges commerciaux entre les parties est attestée, bien que le plus souvent sous forme elliptique de part et d'autre".

Pour censurer l'arrêt d'appel pour défaut de base légale, la Cour de cassation retient que la Cour d'appel n'a pas tenu compte du défaut d'établissement par la société Alelk de rapports d'activité écrits qui conditionnaient contractuellement le paiement de ses factures. Par cette décision, la Cour évite un éventuel contournement de dispositifs anti-corruption par la voie du référé-provision, en s'appuyant sur une obligation contractuelle de conformité permettant de justifier des interruptions de paiement.

3

L'absence de prise en compte de lois de police n'entraîne pas nécessairement de violation de l'ordre public international

Dans un arrêt du 17 mai 2023, la Cour de cassation s'est prononcée sur une problématique d'absence de prise en compte d'une loi de police française dans un litige arbitral, cassant un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 19 octobre 2021 qui avait refusé l'exequatur d'une sentence arbitrale sur cette base. Le litige opposait la société américaine Monster Energy Company ("Monster Energy") à la société Sainte Claire concernant la résiliation par Monster Energy d'un contrat de distribution des produits de celle-ci, soumis au droit californien, en Guyane. Par une sentence rendue le 31 mai 2017, le tribunal arbitral avait jugé cette résiliation valide et condamné la société Sainte Claire au paiement de frais d'arbitrage et d'avocats. Pour refuser l'exequatur de cette sentence, la Cour d'appel avait notamment retenu l'absence de mise en œuvre par le tribunal arbitral d'une loi de police française, à savoir l'article L. 420-2-1 du Code de commerce, qui prohibe les contrats ayant pour objet ou effet d'accorder des droits exclusifs d'importation dans les collectivités d'outre-mer.

Dans son arrêt, la Cour de cassation rappelle que le contrôle de la sentence porte sur "la solution donnée au litige, et non le raisonnement suivi par les arbitres" et qu'un refus d'exequatur intervient lorsque cette solution "heurte concrètement et de manière caractérisée l'ordre public international". La Cour de cassation rappelle qu'il convient de s'attacher au résultat, de sorte que pour établir une violation concrète et caractérisée de l'ordre public international, il ne suffit pas d'alléguer une absence de mise en œuvre d'une loi de police, sans pouvoir démontrer que l'application de cette loi de police aurait entraîné un résultat différent.

4

La prise en compte du défaut d'indépendance ou d'impartialité sous l'angle de l'ordre public international

La Cour de cassation a rendu, le 7 juin 2023, un arrêt original concernant un grief tiré d'un défaut d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre. Suite à la reddition d'une sentence arbitrale le 16 avril 2013, les sociétés CNAN Group SPA ("CNAN") et International Bulk Carrier SPA ("IBC") ont formé un recours en annulation devant les juridictions françaises alléguant d'un défaut d'indépendance et d'impartialité d'un arbitre. La Cour de cassation, pour rejeter le moyen tiré de la constitution irrégulière du tribunal arbitral sur le fondement de l'article 1520, 2° du Code de procédure civile, l'a jugé irrecevable en ce que les recourants étaient réputés avoir renoncé à cette irrégularité dans la mesure où elle n'avait pas été invoquée devant le tribunal arbitral, quand bien même une demande de récusation aurait été faite auprès de l'institution d'arbitrage.

Outre cette précision intéressante relative au grief de constitution irrégulière du tribunal arbitral, la Cour s'est penchée sur le moyen tiré de la contrariété de la sentence à l'ordre public international. A ce titre, la Cour précise que l'"exécution d'une sentence en France peut être refusée dès lors que celle-ci, rendue par un arbitre dont le défaut d'indépendance ou d'impartialité serait établi, porterait atteinte au principe d'égalité entre les parties et aux droits de la défense et heurterait l'ordre public international". En conséquence, la Cour a examiné à nouveau les éléments relatifs au défaut allégué d'indépendance ou d'impartialité de l'arbitre, pourtant déclarés irrecevables sous l'angle du grief tiré de la constitution irrégulière du tribunal arbitral,

jugeant qu'ils n'étaient pas susceptibles de provoquer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable sur l'indépendance de l'arbitre. Cette décision inédite soulève un certain nombre d'incertitudes quant à l'appréciation de cette violation de l'ordre public, à la nature du contrôle à ce titre, et à l'interaction entre la démonstration du défaut d'indépendance ou d'impartialité et la violation du principe d'égalité et des droits de la défense, formant partie de l'ordre public international. ■

La cour d'appel de Versailles confirme l'exequatur de la sentence arbitrale dans le dossier ABL v. Alstom

À la suite d'une longue saga judiciaire entre Alstom et ABL, la Cour d'appel de Versailles confirme l'ordonnance du 30 mars 2016 conférant l'exequatur à la Sentence arbitrale rendu le 29 janvier 2016 et condamne Alstom au paiement des frais d'avocat et aux dépens.

Par un arrêt du 14 mars 2023, la Cour d'appel de Versailles confirme l'ordonnance rendue le 30 mars 2016 par le Tribunal de grande instance (aujourd'hui Tribunal judiciaire) de Paris conférant l'exequatur à la Sentence arbitrale rendue le 29 janvier 2016 dans un dossier opposant la société de droit français Alstom Transport SA et la société de droit anglais Alstom Network UK Ltd. (ci-après "Alstom") et la société Alexander Brothers Ltd (ci-après "ABL") de droit hongkongais.

L'arrêt, qui est l'aboutissement d'un long processus judiciaire au cours duquel Alstom avait invoqué la contrevenance de cet exequatur à l'ordre public international en raison d'allégations de corruption dans le dossier(I), rejette les moyens formés par cette dernière, fondés sur l'ordre public international (II).

1 La Cour d'appel de Versailles se prononce après renvoi de la Cour de cassation - fin d'une longue saga judiciaire

Dans l'affaire ABL c. Alstom, le litige portait initialement sur trois contrats de consultant (ci-après "les Contrats") conclu entre les sociétés Alstom et ABL, afin que cette dernière assiste Alstom dans la soumission d'offres de fourniture de matériel ferroviaire en Chine.

Les sociétés Alstom n'ayant pas réglé l'intégralité des paiements dus au titre de ces Contrats, ABL avait initié une procédure arbitrale à leur encontre le 20 décembre 2013. Par cette procédure, ALB réclamait le solde de ses factures ainsi que des dommages-intérêts pour le préjudice causé.

Par une sentence arbitrale rendue le 29 janvier 2016 (ci-après "la Sentence arbitrale"), les sociétés ALSTOM avaient été condamnées à payer la somme de 1 700 521,68 euros au titre des deux premiers contrats de consultant, les frais d'arbitrage et les honoraires d'avocats versés. Le Tribunal arbitral avait considéré que les sociétés ALSTOM n'avaient pas rapporté la preuve suffisante de leurs allégations de corruption et que de simples suspicions ne pouvaient les délier de leurs obligations contractuelles.

Les sociétés ALSTOM ont alors intenté un recours en annulation devant le Tribunal fédéral Suisse, lequel a confirmé la Sentence arbitrale le 3 novembre 2016.

Parallèlement, ABL avait demandé l'exequatur de la Sentence arbitrale au Royaume-Uni et en France. L'exequatur avait été accordée au Royaume-Uni et confirmée par la Haute Cour de Londres après contestation par Alstom. L'exequatur avait également été accordée en France par Ordonnance du Tribunal de

grande instance de Paris en date du 30 mars 2016. Le 18 mai 2016, les sociétés Alstom avaient interjeté appel de cette ordonnance aux motifs que la Sentence arbitrale contrevenait à l'ordre public international en raison d'allégations de corruption à l'encontre d'ABL et du fait que cette sentence ne respectait pas le principe du contradictoire.

Par un arrêt du 28 mai 2019, la Cour d'appel de Paris avait infirmé l'ordonnance du 19 mai 2016 qui conférait l'exequatur à la Sentence arbitrale estimant qu'il résultait de l'ensemble des éléments du dossier des indices graves, précis et concordants de faits de corruption commis par ABL.

Un pourvoi en cassation de cette décision était alors formé par ABL. La Cour de cassation avait cassé et annulée la décision de la Cour d'appel de Paris le 29 septembre 2021, pour dénaturation en ce que la Cour d'appel de Paris avait apprécié de manière manifestement erronée des éléments qu'elle avait considéré comme des indices de corruption.

L'affaire avait alors été renvoyée devant la Cour d'appel de Versailles.

Le rejet par la Cour d'appel de Versailles des moyens invoqués par les sociétés ALSTOM pour infirmer l'Ordonnance d'exequatur de la Sentence arbitrale

La Cour d'appel de Versailles, après une étude minutieuse des arguments des parties, a rejeté les moyens d'infirmer de l'ordonnance d'exequatur de la Sentence arbitrale, présentés par Alstom, en raison de l'absence de contrariété de la Sentence à l'ordre public international en raison de l'insuffisance des éléments de preuve à démontrer des indices de corruption, de

Le défaut de violation caractérisée de l'ordre public international en l'absence de preuves de corruption

Les sociétés Alstom demandaient l'infirmer de l'ordonnance conférant l'exequatur à la Sentence arbitrale au motif que l'exécution de cette sentence serait contraire à la conception française de l'ordre public international en ce qu'elle condamnerait Alstom à procéder à un paiement en présence d'un faisceau d'indices de corruption. A l'inverse, la société ABL sollicitait la confirmation de l'ordonnance considérant l'absence d'une violation caractérisée de l'ordre public en cas d'exequatur de la Sentence arbitrale en France, rejetant toute allégation de corruption et démontrant qu'Alstom n'était pas capable d'établir l'existence d'un faisceau d'indices suffisamment graves, précis et concordants.

La Cour d'appel de Versailles a sur ce premier moyen d'infirmer, pris soin de vérifier les huit indices mis en avant par les sociétés Alstom.

D'abord, sur l'insuffisance alléguées des preuves de services, la Cour d'appel de Versailles considère qu'il résulte des éléments du dossier que les preuves de services fournies dans le cadre des contrats de consultant n°1 et n°2 sont suffisantes à démontrer les prestations de services d'ABL au profit des sociétés Alstom. Concernant les preuves du contrat n°3, et bien que la Sentence arbitrale ait rejeté les demandes d'ABL sur ce contrat, la Cour d'appel a cherché à vérifier les preuves de services apportées et en a conclu qu'il résultait des éléments du dossier que ces preuves de services étaient insuffisantes à démontrer la teneur exacte du service rendu et à justifier la rémunération d'ABL. Pour autant, elle en conclut que cette inexécution contractuelle ne suffit pas à démontrer un indice de corruption.

Ensuite, concernant l'argument d'Alstom selon lequel constitue un indice de corruption la détention par ABL de documents et informations prétendument sensibles ou confidentiels sur les appels d'offres, la Cour d'appel indique ne disposer d'aucun élément de preuve lui permettant de soupçonner que ces documents aient été obtenus en échange de pots-de-vin, d'un avantage quelconque ou de procédés déloyaux. L'arrêt rendu le 14 mars 2023 précise au surplus, qu'au regard des éléments apportés, ABL a précisément indiqué l'origine de l'ensemble des documents excepté un rapport d'évaluation, et n'a jamais refusé de s'expliquer sur l'origine de ces documents avant l'arbitrage.

Comme troisième indice de corruption, Alstom fait valoir que constitue un indice de corruption les versements en 2006 et 2009 d'un montant total de 280 589,20 euros d'ALB à Sitico, agent

l'absence de contrariété à l'ordre public international des paiements ordonnés par la Sentence en ce qu'ils seraient contraires aux normes internes des sociétés ALSTOM et de l'absence de violation du principe de la contradiction.

importateur pour le compte de l'entreprise publique chinoise cliente d'Alstom pour l'appel d'offres concernant la fourniture d'équipement du métro de Shangaï. Alstom estime que ces versements ont été effectués à leur insu et ont été découverts en 2013 lors d'audit, tandis qu'ABL explique que ces versements sont intervenus dans le cadre d'un contrat de services signé par ABL et Sitico sans lien avec le présent litige. La Cour d'appel de Versailles qui a étudié cet indice, a constaté que ces versements ont été effectués en exécution d'un contrat tiers entre ABL et Sitico prévoyant des missions de consultant dont Alstom avait entièrement connaissance et qu'ainsi, Alstom était mal fondé à considérer ces versements comme un indice de corruption.

Le quatrième indice mis en avant par les sociétés Alstom était l'attribution du marché de la ligne 2 du métro de Shangaï à Alstom alors même que leur offre technique était moins bien notée. A ce titre, et au regard des éléments de preuves apportés, il a été estimé par la Cour d'appel de Versailles que rien ne permet d'établir qu'ALB aurait eu recours à des méthodes corruptives pour convaincre l'acheteur public.

Alstom affirmait l'existence d'irrégularités et de carences dans la comptabilité d'ALB rendant impossible la vérification de la nature et de la destination des flux financiers et ne permettant pas de prévenir ou empêcher le versement de paiements illicites. Pour autant, au regard des audits et de différentes pièces du dossier (notamment le témoignage de l'expert-comptable et le rapport du CAC d'ABL), la Cour a considéré que la comptabilité d'ABL ne comporte pas d'irrégularités ni de carences constitutives d'un indice de corruption.

Sur le sixième indice dénoncé par les sociétés Alstom, la Cour d'appel de Versailles a conclu comme non établi la prétendue insuffisance des moyens matériels et humains dénoncée par Alstom.

Les sociétés Alstom soutenaient également qu'il existait une disproportion entre les diligences d'ABL et la rémunération réclamée au titre des contrats de consultant. Pour autant, la Cour d'appel de Versailles a considéré que les pourcentages, relativement au montant du marché très élevé et à la durée d'exécution du contrat, étaient conformes aux standards internationaux et qu'ainsi la disproportion dénoncée par Alstom n'était pas établie.

Pour finir, sur le dernier indice soulevé par les sociétés Alstom à savoir le contexte corruptif chinois ainsi que les lourdes condamnations concernant des personnes publiques en poste durant la période d'attribution et exécution des marchés, la Cour d'Appel de Versailles rappelle que le gouvernement de la République populaire de Chine mène depuis 2013 une campagne anti-corruption et qu'il n'est pas établi qu'une décision de condamnation pour corruption ou pour toute autre atteinte à la probité ait été rendue contre ABL ou l'un de ses membres. Elle ajoute que la condamnation de personnes publiques en Chine sans rapport avec ABL ne suffit pas à constituer un indice grave et précis de corruption.

Sur l'absence de contrariété à l'ordre public international des paiements ordonnés par la Sentence en ce qu'ils seraient contraires aux normes internes des sociétés ALSTOM

En second moyen d'infirmer de l'ordonnance d'exequatur, les sociétés Alstom affirmaient que l'exécution de la Sentence arbitrale violerait les règles de prévention de la corruption présentes dans ses normes internes et qui s'imposent à elles et serait contraire à la conception française de l'ordre public international.

L'absence de violation du principe du contradictoire

Pour finir, sur le troisième moyen apporté par les sociétés Alstom qui considèrent que la sentence viole le principe du contradictoire en ce que le Tribunal arbitral se serait fondé sur l'"intention réelle et commune des Parties", la Cour d'appel de Versailles l'a rejeté, estimant qu'il n'était pas démontré que la Sentence arbitrale ait été rendue en violation du principe du contradictoire.

Ainsi, pour la Cour d'appel de Versailles, aucun des huit indices mis en avant par les sociétés ALSTOM ne peut, même appréhendés ensemble, être qualifié de grave, précis et concordant. Elle en conclut que l'exécution de la Sentence arbitrale en France n'est ainsi pas de nature à entraîner la rémunération de faits corruptifs et ne porte donc pas atteinte à la conception française de l'ordre public.

Or au regard de cet argument, la Cour d'appel de Versailles a précisé n'examiner la conformité de l'exécution d'une sentence arbitrale à la conception française de l'ordre public international qu'au regard des normes juridiques internationales, législatives et réglementaires applicables, et non au regard des règles de conformité internes fixée unilatéralement par une société. Dès lors, le moyen soulevé par Alstom a été rejeté.

Ainsi, la cour d'appel de Versailles considère que l'ordonnance du 30 mars 2016 ayant revêtu de l'exequatur de la sentence arbitrale du 29 janvier 2016 rendue entre les parties doit être confirmée et les demandes d'Alstom rejetées. ■



NAVACELLE



60 rue saint-Lazare, 75 009 Paris

info@navacelle.law

+33 1 48 78 76 78