

QUELLE EST LA PROCHAINE ETAPE DE LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION EN FRANCE?

RETOUR SUR LA PROPOSITION DE LOI GAUVAIN VISANT A RENFORCER LA LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

Le 19 octobre 2021, le député Raphaël Gauvain a déposé une proposition de loi n° 4586 visant à renforcer la lutte contre la corruption (la "**Proposition de loi**"). Cette Proposition de loi s'inscrit dans la continuité du rapport d'information sur l'évaluation de la Loi Sapin 2 rendu le 7 juillet 2021 par le même député et qui avait émis 50 recommandations pour renforcer la lutte contre la corruption en France (le "**Rapport Gauvain**" ou le "**Rapport d'information**"). Si la Proposition de loi ne reprend pas l'ensemble des recommandations formulées dans le rapport, notamment celles relatives au renforcement du statut du lanceur d'alertes qui font l'objet d'une autre proposition de loi transposant la directive européenne, elle en conserve un certain nombre qui, si elles étaient adoptées demain, modifieraient substantiellement l'arsenal législatif de lutte contre la corruption en France.

ROLE ET COMPETENCE DE L'AFA

Le bilan de l'AFA, tel que dressé de manière critique par le Rapport Gauvain, est à l'origine de plusieurs dispositions qui redéfinissent le rôle de l'agence et visent plus largement à un renforcement de la lutte contre la corruption.

Redistribution des rôles entre l'AFA et la HATVP : le transfert des fonctions de conseil et de contrôle des acteurs publics à la HATVP

La Proposition de loi transfère les compétences de conseil et de contrôle des acteurs publics de l'AFA à la HATVP. Cette dernière serait dotée d'une commission des sanctions sur le modèle de celle de l'AFA. La Proposition de loi renforce par ailleurs les obligations de conformité qui pèsent sur les acteurs publics.

L'AFA reste néanmoins compétente pour le conseil et le contrôle des acteurs économiques, contrairement à ce que préconisait le Rapport Gauvain qui envisageait la disparition de l'AFA et la création d'une agence unique, la Haute Autorité pour la Transparence (HAP).

A retenir

- Le champ d'application de l'article 17 est étendu aux petites filiales des grands groupes étrangers
- Les missions de conseil et de contrôle des acteurs publics sont transférées à la HATVP qui se voit dotée d'une commission des sanctions
- L'AFA reste compétente pour le conseil et le contrôle des acteurs économiques
- Les conditions de saisine de la commission des sanctions de l'AFA sont durcies par l'envoi d'une mise en demeure préalable
- Les enquêtes internes faisant par ailleurs l'objet d'une procédure pénale sont désormais encadrées
- L'accès au dossier pénal dans le cadre de la négociation d'une CJIP doit être garanti
- Les obligations en matière de lobbying sont renforcées, notamment par une augmentation de la fréquence des déclarations et des sanctions en cas de non respect de ces obligations

Si l'abandon d'un projet d'autorité unique est regrettable, la reprise des contrôles de corruption et d'atteintes à la probité des acteurs publics par la HATVP, autorité indépendante, et non par une direction administrative, est cohérente. Cette nouvelle organisation permettrait à l'AFA de concentrer ses ressources sur les acteurs économiques, qui connaissent des processus et des problématiques très différentes des acteurs publics. Ses rôles de coordination administrative et de programmation stratégique de l'AFA sont par ailleurs réaffirmés.

Durcissement des conditions de saisine de la Commission des sanctions de l'AFA

La Proposition de loi tire les conséquences du bilan en demi-teinte de l'AFA devant la commission des sanctions. Elle préconise de faire obligatoirement précéder la saisine de la commission des sanctions d'une mise en demeure du président de l'AFA de se conformer dans un délai de six mois à deux ans (sauf à ce que la société ait refusé de coopérer ou lorsque sa mauvaise foi est caractérisée).

Cette limitation est une évolution positive qui permettra de rendre plus lisibles les critères de saisine de la commission des sanctions.

En outre, la Proposition de loi prévoit d'instaurer par principe la confidentialité des débats, ce qui permettra de limiter l'impact réputationnel d'une telle saisine et d'éviter les amalgames entre manquement à des obligations de conformité et implication dans des faits de corruption.

La commission des sanctions pourra toujours décider de la publicité des débats par une décision motivée.

Réduction de la durée du mandat du président de l'AFA

La Proposition de loi modifie le mandat du directeur de l'AFA en réduisant sa durée de six à quatre ans et en supprimant la condition exigeant que ce dernier soit un magistrat professionnel. Là encore, ces modifications témoignent d'une volonté de modifier l'approche de l'agence parfois jugée comme trop inquisitrice.

Extension du champ d'application de l'article 17 aux petites filiales des groupes étrangers

Dans le sillage du Rapport Gauvain, la Proposition de loi supprime la condition de résidence du siège sociale de la société mère en France prévue à l'article 17 de la Loi Sapin 2. Seraient ainsi soumises aux obligations de déploiement d'un programme de conformité anticorruption les petites filiales de grands groupes étrangers établies en France, dès lors que la société mère dépasse les seuils prévus par la loi, à savoir plus de 500 salariés et un chiffre d'affaires consolidé de plus de 100 millions d'euros.

Le Rapport d'information expliquait la logique présidant à une telle mesure par le besoin de "*rétablir une égalité de traitement entre les petites filiales de grands groupes situées en France, selon que la société mère est établie en France ou à l'étranger*" (p. 53, Rapport Gauvain) et d'élargir ainsi le périmètre de contrôle de l'AFA.

L'AFA

- Les obligations de prévention qui pèsent sur les acteurs publics sont renforcées
- La HATVP, chargée du contrôle des acteurs publics, est dotée d'une commission des sanctions
- Les débats devant la commission des sanctions de l'AFA ne sont pas publics
- Le mandat du directeur de l'AFA est réduit de 6 à 4 ans et ne nécessite plus que la fonction soit occupée par un magistrat professionnel

LA CONVENTION JUDICIAIRE D'INTERET PUBLIC

La Proposition de loi contient d'importantes dispositions améliorant le dispositif de la CJIP et sa mise en œuvre.

Extension du champ d'application

Le champ d'application de la CJIP est étendu au délit de favoritisme. Si cette évolution est positive, il aurait été logique et souhaitable qu'elle soit étendue à l'ensemble des infractions de nature économique.

En outre, la Proposition de loi ne prévoit ni d'extension de la CJIP aux personnes physiques, ni, comme le préconisait le Rapport Gauvain, un mécanisme particulier de liaison entre la CJIP signée par une personne morale et la procédure de reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) dans laquelle s'engage les personnes physiques, dirigeants et cadres de la personne morale. Or, comme l'a récemment montré l'affaire Bolloré, certaines difficultés peuvent surgir en cas d'homologation de la CJIP pour la personne morale, d'une part, et de refus d'homologation de la CRPC pour la personne physique dirigeante, d'autre part, alors que cette dernière a coopéré avec les autorités de poursuite dans le cadre de la CJIP, et espérait, par là même, régler son propre sort. Par souci de cohérence et de règlement global des affaires soumises à la CJIP, il aurait donc été envisageable de créer une procédure de CRPC spécifique aux faits de corruption qui ne pourrait être proposée par le parquet qu'en cas de révélation spontanée des faits et de pleine coopération de la personne physique aux investigations, et dont les modalités d'homologation seraient plus encadrées.

Renforcement des droits de la défense

La Proposition de loi introduit des dispositions renforçant significativement les droits de la défense de la personne morale dans le cadre de la procédure de CJIP. Parmi ces dispositions :

- L'accès au dossier pour la personne morale lors d'une phase intermédiaire pendant la négociation.

La Proposition de loi prévoit en effet qu'au moment où le procureur informe la personne morale qu'il envisage la conclusion d'une CJIP, *"la personne morale peut consulter le dossier de la procédure afin de formuler ses observations"*. Il s'agit d'une avancée majeure car dans la majorité des cas, la personne morale est poursuivie sous le régime de l'enquête préliminaire, privilégié par le parquet national financier, qui ne permet pas automatiquement l'accès au dossier. La personne morale est donc dans l'incapacité de connaître avec exactitude les éléments à charge présents dans le dossier et d'organiser sa défense de manière efficace.

- Le renforcement de la confidentialité des documents produits dans le cadre de la négociation.

La Proposition de loi étend la protection déjà existante en cas de refus d'homologation de la CJIP ou de rétractation aux cas où la personne morale renonce à la conclusion de la CJIP au cours de la période de négociation ou refuse la proposition qui lui est faite par le procureur de la République. Là encore il s'agit d'une avancée importante pour les droits des mis en cause en matière de CJIP et une incitation à la coopération car pour l'heure, en cas d'échec des négociations, tous les documents et informations qui auront pu être

Les représentants d'intérêts

- La définition de représentant d'intérêts (*i.e.* nombre d'activités de représentation d'intérêts ou temps dédié à cette activité) est clarifiée pour reposer sur la personne morale
- La fréquence des déclarations est augmentée à au moins deux fois par an
- Les informations devant être déclarées sont précisées (*i.e.* type, sens, montant de l'action engagée, fonction du décideur visé, etc.)
- Les décideurs publics sont désormais obligés de tenir une liste des représentants d'intérêts avec lesquels ils sont entrés en communication afin de faciliter le travail de contrôle de la HATVP
- Les sanctions administratives en cas de non respect des obligations de déclaration sont renforcées (*i.e.* amende pouvant aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires ou 50% des dépenses engagées pour mettre en œuvre les actions de représentation d'intérêts concernées)

transmis dans le cadre des négociations peuvent être utilisés contre la mise en cause en cas de poursuites, ce qui est incompatible avec le droit à ne pas s'auto-incriminer et le principe de loyauté de la preuve.

- La possibilité pour le président du tribunal de désigner un mandataire *ad hoc* ou un comité spécial afin de représenter la personne morale dans le cadre de la négociation si cette dernière a donné son accord.

L'objectif poursuivi par cette disposition, qui est d'éviter les conflits d'intérêts entre la personne morale et ses représentants personnes physiques, est louable. Cette mesure ne semble cependant que peu pertinente car il s'agit avant tout d'une question de gouvernance interne qui se règle en amont des négociations et dans laquelle le législateur ne devrait pas interférer.

Allongement du délai de mise en conformité

La Proposition de loi prévoit de porter la durée maximale de mise en conformité qui peut être prévu dans le cadre d'une CJIP de 3 à 5 ans. En outre, elle introduit la possibilité pour le parquet de demander à rallonger la durée du programme de mise en conformité initialement prévue dans la CJIP, et de modifier le plafond de frais associés, avec l'accord de la personne morale, afin de permettre l'exécution complète des obligations du programme de mise en conformité. Cette demande serait soumise à la validation du juge.

LES ENQUETES INTERNES

La Proposition de loi crée un cadre juridique pour les enquêtes internes applicable uniquement dans l'hypothèse où la personne morale fait l'objet d'une procédure pénale parallèle pour les mêmes faits que ceux sur lesquels portent l'enquête interne. Ce cadre ne concerne donc pas les enquêtes internes diligentées par une personne morale en l'absence de toute procédure pénale.

Ce cadre juridique, qui vise à offrir une plus grande protection aux personnes entendues et soupçonnées, est directement inspiré de la procédure pénale :

- Toute personne entendue devra être convoquée dans un délai raisonnable ;
- A l'occasion de la notification de l'audition, la personne devra être informée de ses droits, parmi lesquels le droit de mettre fin à l'audition, le droit de faire des déclarations ou de se taire et le droit de se faire assister par un avocat ou un interprète ;
- Un accès aux pièces du dossier la concernant directement devra être garanti ;
- Toute audition donnera lieu à la rédaction d'un procès-verbal, relu et signé par la personne auditionnée ;
- La personne soupçonnée devra être informée de la clôture de l'enquête.

En outre, la Proposition de loi affirme la possibilité pour la personne morale de nommer un mandataire *ad hoc* ou un comité spécial chargé de conduire l'enquête.

Les enquêtes internes

- La Proposition de loi crée un cadre juridique applicable aux enquêtes internes **menées en parallèle d'une procédure pénale** ouverte pour les mêmes faits
- Les droits de la personne physique au cours d'une enquête interne sont renforcés :
 - Respect d'un délai raisonnable pour convoquer une personne physique
 - Consultation du dossier en amont de l'entretien
 - Notification des droits à la personne entendue
 - Rédaction d'un procès-verbal relu et signé par la personne auditionnée
 - Le droit pour la personne entendue d'être informée de la clôture de l'enquête

Créer un cadre trop rigide pour les enquêtes internes ne nous paraît ni utile ni souhaitable. La Proposition de loi, en l'état, assimile un processus purement interne à l'entreprise à une enquête quasi-pénale. Or, l'enquête interne, qui n'est qu'un ensemble de vérifications opérées par l'entreprise sur son activité, doit, selon les bonnes pratiques, conserver un caractère non coercitif pour les salariés, ce qui suffit à garantir leurs droits tout en préservant une nécessaire souplesse méthodologique.

LES REPRESENTANTS D'INTERETS

La Proposition de loi contient un certain nombre de dispositions qui visent à améliorer la transparence des décisions publiques.

Elle prévoit notamment de clarifier la définition du représentant d'intérêts. Cette clarification est opportune car le texte actuel ne permet pas de savoir avec certitude si le critère de définition des dix actions d'influence sur les douze derniers mois ou de la moitié du temps d'une personne sur six mois doit s'apprécier au niveau de la personne morale ou de ses représentants personnes physiques. La Proposition de loi tranche la question en faisant reposer la définition de représentant d'intérêts sur l'activité de la personne morale et non sur celle des personnes physiques qui la compose.

En outre, la Proposition de loi renforce les obligations auxquelles sont soumis les représentants d'intérêts :

- Elle augmente la fréquence des déclarations en imposant que celles-ci aient lieu au moins deux fois par an afin de réduire le délai entre l'action et sa retranscription dans le registre. En parallèle, il sera attendu des décideurs publics qu'ils tiennent à disposition de la HATVP la liste des représentants d'intérêts avec lesquels ils sont entrés en communication, afin de faciliter l'activité de contrôle de la HATVP ;
- Elle précise les informations devant être déclarées. Celles-ci devront notamment inclure le type, le sens, le montant de l'action engagée, la fonction du décideur visé, la décision concernée. Le représentant d'intérêts devra également procéder à la déclaration des actions menées à l'initiative d'un décideur public ;
- Surtout, elle prévoit des sanctions administratives à l'encontre du représentant d'intérêts qui ne se conforme pas à ses obligations : mise en demeure, astreinte, puis saisine de la commission des sanctions de la HATVP qui pourra prononcer une amende pouvant aller jusqu'à 4% du chiffre d'affaires ou 50% des dépenses engagées pour mettre en œuvre les actions de représentation d'intérêts concernées.

Ces évolutions sont conformes aux recommandations formulées par la HATVP dans son rapport du 17 novembre 2021 sur l'encadrement de la représentation d'intérêts.

Enfin, la Proposition de loi apporte de la souplesse aux actions menées auprès des décideurs publics appartenant à des collectivités territoriales ou des intercommunalités en limitant l'obligation de déclaration aux actions dont l'enjeu financier est au moins égal à 50.000 euros. Cette mesure est de nature à alléger les obligations déclaratives des entreprises pour se concentrer sur les actions d'influence les plus significatives, ce qui semble positif.

LA RESPONSABILITE PENALE DES PERSONNES MORALES

Sur la recommandation du Rapport Gauvain, la Proposition de loi prévoit d'assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales en étendant cette responsabilité au cas où le défaut de surveillance par la personne morale a conduit à la commission d'une ou plusieurs infractions par un salarié.

L'objectif principal de cette mesure tel qu'exprimé dans le Rapport Gauvain est de faciliter l'engagement des poursuites contre les entreprises afin de favoriser l'attractivité de la CJIP.

Si cette disposition venait à être adoptée, l'engagement de la responsabilité pénale d'une personne morale ne nécessiterait plus de réunir les deux conditions actuelles, à savoir :

- que l'infraction ait été commise pour le compte ou au nom de la personne morale ; et
- que cette commission soit imputable à un organe ou un représentant.

Pour n'importe quelle infraction pénale commise par un salarié de l'entreprise, il suffira de démontrer le défaut de surveillance de la personne morale (notion dont les contours restent à être définis) et le lien de causalité entre ce défaut de surveillance et l'infraction qui aurait été commise par n'importe quel salarié de l'entreprise.

En l'état de la proposition, ni la rédaction ni l'approche adoptée ne semblent proportionnés. Le critère du défaut de surveillance est objectif et pourra donc être retenu en l'absence de toute intention frauduleuse. Aussi, la condition de mise en œuvre de la responsabilité de la personne morale pour défaut de surveillance est si large qu'elle inclurait des situations aberrantes où la personne morale serait à la fois victime et mise en cause. Ce pourrait par exemple être le cas du salarié qui détourne des fonds au détriment de l'entreprise. Si l'on s'en tient à la lettre du texte figurant dans la Proposition de loi, la commission de cette infraction par le salarié, comme pour n'importe quelle autre infraction, pourrait engager la responsabilité de la personne morale pour défaut de surveillance. On pourrait également s'interroger sur la constitutionnalité de cette disposition qui, selon nous, dérogerait au principe de personnalité des délits et des peines et de clarté de la loi.

Si l'objectif est de créer une cause de responsabilité comparable aux infractions anglo-saxonnes de "*failure to prevent bribery*", ce n'est pas en modifiant les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales mais plutôt en créant une infraction dédiée que l'on pourrait atteindre cet objectif.

CONCLUSION

La Proposition de loi, déposée le 19 octobre dernier, n'est toujours pas inscrite au calendrier législatif. Si certains espéraient que ce texte fusionne avec celui actuellement à l'étude sur les lanceurs d'alerte, ce choix n'a pas été retenu et il semble aujourd'hui peu probable que la Proposition de loi soit discutée avant le début de l'année prochaine, voire la prochaine mandature.

La responsabilité pénale des personnes morales

- Les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personnes morales sont assouplies : le simple défaut de surveillance de la personne morale lorsqu'il a conduit à la commission d'une ou plusieurs infractions par un salarié peut engager sa responsabilité

CONTACTS

Charles-Henri Boeringer
Partner

T +33 1 4405 2464
E charles-henri.boeringer@cliffordchance.com

Karima Chaïb
Associate

T +33 0 44 05 5219
E karima.chaib@cliffordchance.com

Alice Dunoyer de Segonzac
Senior Associate

T +33 0 44 05 5262
E alice.dunoyerdesegonzac@cliffordchance.com

This publication does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, 1 rue d'Astorg, CS 60058, 75377 Paris Cedex 08, France

© Clifford Chance 2019

Clifford Chance Europe LLP est un cabinet de sollicitors inscrit au barreau de Paris en application de la directive 98/5/CE, et un limited liability partnership enregistré en Angleterre et au pays de Galles sous le numéro OC312404, dont l'adresse du siège social est 10 Upper Bank Street, London, E14 5JJ.

Abu Dhabi • Amsterdam • Barcelona • Beijing • Brussels • Bucharest • Casablanca • Dubai • Düsseldorf • Frankfurt • Hong Kong • Istanbul • London • Luxembourg • Madrid • Milan • Moscow • Munich • Newcastle • New York • Paris • Perth • Prague • Rome • São Paulo • Seoul • Shanghai • Singapore • Sydney • Tokyo • Warsaw • Washington, D.C.

Clifford Chance has a co-operation agreement with Abuhimed Alsheikh Alhagbani Law Firm in Riyadh.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.