

LUTTE CONTRE LA CORRUPTION

41 Responsabilité pénale des dirigeants et salariés en matière de corruption

Évolutions récentes et à venir



BENJAMIN GRUNDLER,
avocat à la Cour, associé,
Visconti & Grundler

DOROTHÉE HEVER,
avocat à la Cour, counsel,
Visconti & Grundler

In recent years, prosecuting authorities seem to have increasingly turned to negotiated justice in international corruption cases, in particular with the creation of the French CJIP. Transactional justice obviously offers them optimal comfort in terms of collecting evidence and probationary requirements, investigation costs, and room for maneuver. Executives and employees, while unable to enter a CJIP themselves, actually play an essential role in transactional justice. The risks they are exposed to in this frame should be assessed in light of recent case law developments.

1. L'individu au cœur de la justice négociée

A. - Contexte, risques et enjeux

Les enquêtes internes mises en place dans le cadre de négociations entre les autorités de poursuite et les entreprises sont fortement inspirées par la pratique américaine, laquelle a pour objectif clairement affiché d'identifier - au cours de l'enquête interne -, et de punir - à l'issue de l'enquête interne, devant les juridictions répressives - les individus responsables d'infractions commises au sein de l'entreprise.

Or, s'il est naturellement souhaitable d'identifier des comportements délictueux, le risque de renvoi de ces salariés et dirigeants devant les juridictions répressives ainsi que le risque de sanctions disciplinaires auxquels ils s'exposent doivent s'apprécier au regard :

- de l'absence d'enquête contradictoire, à ce jour, en matière d'enquêtes internes ;
- de l'absence de maîtrise, par ces personnes, des négociations avec les autorités judiciaires qui portent pourtant sur des faits les concernant directement ; et,

- de l'absence d'égalité entre la personne physique et la personne morale qui peut échapper au procès en concluant une CJIP.

Ce risque de poursuite devant les juridictions pénales est particulièrement problématique pour la personne physique concernée dans la mesure où, si la CJIP ne constitue en théorie pas un aveu (absence de déclaration de culpabilité), elle implique de la part de l'entreprise une acceptation de l'exposé des faits et de la qualification juridique retenue par le parquet. Or, la responsabilité de la personne morale est engagée quand une personne physique agissant pour le compte de l'entreprise a commis une infraction dans le cadre de ses fonctions.

Non seulement donc la personne physique ne peut pas bénéficier d'une CJIP, mais les faits qui pourront lui être reprochés seront présentés dans un « écrit judiciaire transactionnel » - dont le contenu sera très difficile à contester - comme ayant été commis par elle.

La poursuite devant les juridictions des personnes physiques concernées est également un risque en cas de négociation abandonnée entre l'entreprise et l'autorité judiciaire. En effet, l'entreprise est susceptible d'avoir attiré l'attention sur certains faits potentiellement incriminables commis par des dirigeants ou salariés, sans que ceux-ci n'aient d'emprise sur cette initiative, ni sur le contenu des échanges intervenus. Si les négociations n'aboutissent pas, ces faits demeurent susceptibles de donner lieu à des poursuites contre l'entreprise et ses dirigeants ou salariés.

Il est précisé, enfin, que les personnes physiques concernées sont aussi susceptibles d'être poursuivies, dans des conditions similaires, devant des juridictions étrangères (négociations avec des autorités de poursuite étrangères) et qu'elles s'exposent également à un risque de sanction disciplinaire. Ce risque existe lorsque le salarié ou le dirigeant a commis une infraction, mais également - et c'est bien plus problématique - s'il n'a pas coopéré pendant l'enquête interne.

B. - Évolution pour les droits de la défense dans l'enquête interne

Le 4 mars 2021, un collectif d'avocat publiait un rapport¹ en faveur de la protection des salariés et des dirigeants exposés dans le cadre d'une enquête interne. Quelques mois plus tard, le 7 juillet 2021, les députés Raphaël Gauvain et Olivier Marleix ont formulé 50 propositions pour donner un nouveau souffle à la politique anticorruption², qui reprenaient les recommandations de ce rapport. Un pas supplémentaire vers la consécration de nouveaux droits de la défense a par la suite été franchi par le dépôt, le 19 octobre 2021, d'une proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption³.

Cette proposition de loi prévoit de manière très complète :

- la notification de l'audition dans un délai raisonnable ;
- l'information de la personne concernée de la durée maximale de l'audition, de son caractère non-coercitif, du droit de faire des déclarations, de répondre aux questions ou de se taire, du droit à un avocat et à un interprète ;
- la rédaction d'un procès-verbal d'audition ;
- la possibilité de formuler des observations écrites ;
- la possibilité de demander à consulter les éléments du dossier la concernant directement ; et,
- l'information des personnes soupçonnées de la clôture de l'enquête.

La proposition de loi - qui n'est pas encore inscrite à l'ordre du jour du Parlement - constitue une avancée considérable pour les droits de la défense des personnes physiques visées par des

enquêtes internes, bien qu'elle ne transforme naturellement pas l'enquête interne en véritable enquête contradictoire.

Il est ainsi à noter que la personne physique suspectée demeure toujours tenue à « bonne distance » du travail d'enquête effectué par la personne morale qui servira souvent de socle aux discussions relatives au recours à une éventuelle CJIP.

Si une telle situation semble s'apparenter à celle que subit tout prévenu à l'issue d'une enquête préliminaire à travers l'absence d'accès à la procédure, deux différences majeures existent :

- Tout d'abord, l'autorité judiciaire est supposée être impartiale alors que la personne morale poursuit de manière parfaitement logique la satisfaction de son seul intérêt, qui peut bien sûr potentiellement s'opposer à celui de la personne physique.
- Par ailleurs, aux termes de l'article 77-2 du Code de procédure pénale, toute personne contre laquelle il existe des soupçons a la possibilité, de plus en plus fréquente, de livrer son analyse complète à la fin de l'enquête préliminaire, ce qui n'existe pas en matière d'enquête interne.

Au regard de ces difficultés, ne faudrait-il pas permettre à une personne physique suspectée dans le cadre d'une enquête interne de pouvoir réagir aux conclusions de celles-ci ou, à tout le moins, lors des discussions au sujet du recours à une éventuelle CJIP, de présenter ses observations ?

La jurisprudence récente en matière de corruption apporte également certaines nouveautés au sujet de la responsabilité pénale des personnes physiques, utiles non seulement dans le cadre de la défense d'un salarié, mais également en cas d'accompagnement dans une enquête interne, dans la mesure où elles permettent de mieux estimer la réalité du risque pénal auquel cette personne est effectivement exposée en France et, partant, d'ajuster sa stratégie.

2. Enseignements à tirer des évolutions jurisprudentielles et légales

A. - L'importance du pouvoir décisionnel et de l'autonomie de la personne physique dans la mise en place d'une politique de groupe

De manière assez nette, un traitement spécial est réservé par la jurisprudence aux salariés ne disposant pas de mandat au sein de la société, même lorsque ceux-ci sont des cadres supérieurs. Ainsi, notamment, dans un arrêt du 16 juin 2021⁴, la Cour de cassation a suivi le raisonnement de la cour d'appel de Paris qui avait relaxé deux salariés de la société Alcatel-Lucent du chef de complicité

1. V. *Rapp. sur les droits de la défense des personnes physiques dans l'enquête interne, établi par un groupe de travail d'avocats, dirigé par D. Hever, composé de N. Brooke, E. Daoud, M. Doisy, L. Mongin-Archambeaud, S. Sauphanor, A. de Saint Germain, mars 2021.*
 2. V. AN, *rapp. inf. n° 4325, 7 juill. 2021, sur l'évaluation de l'impact 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 2 ».*
 3. V. AN, *prop. de loi n° 4586, 19 oct. 2021, visant à renforcer la lutte contre la corruption.*

4. *Cass. crim., 16 juin 2021, n° 20-83.098 : JurisData n° 2020-020658 ; Rev. int. Compliance 2021, comm. 220, E. Russo.*

de corruption d'agent public étranger, constatant l'existence d'une organisation complexe mise en place par la société, qui constituait l'expression d'une politique du groupe. La cour d'appel avait relevé, en particulier, qu'une telle organisation avait abouti à une dilution volontaire des responsabilités dans le recours à des consultants à l'étranger, ce dont témoignait, selon elle, l'« *attitude purement passive dans l'exercice de leurs missions* » des prévenus salariés⁵.

De manière similaire, quelques années plus tôt, par une décision du 7 janvier 2015⁶, la cour d'appel de Paris avait confirmé la relaxe de deux cadres de la société Sagem, considérant que les prévenus ne disposaient pas d'une autonomie suffisante pour engager la société et agissaient pour le profit exclusif de l'entreprise. L'autonomie d'un ingénieur commercial poursuivi avait, en particulier, été qualifiée par les juges de première instance d'autonomie de fait, donc très relative.

S'agissant des salariés, la jurisprudence attache donc, depuis quelques temps, une attention toute particulière à l'exigence de caractérisation de l'élément intentionnel des faits en matière de corruption. Il est rappelé que la situation des dirigeants ayant volontairement participé à un tel schéma, demeure, elle, différente, comme cela est illustré par l'arrêt du 14 mars 2018⁷, rendu dans l'affaire dite « Pétrole contre Nourriture », dans lequel la Cour de cassation a confirmé la condamnation d'un directeur trading shipping du chef de complicité de corruption d'agent public étranger en soulignant son pouvoir décisionnel effectif et la possibilité qu'il avait, en particulier, de s'opposer à l'acquisition du pétrole irakien dès lors qu'il siégeait à la fois au Comex (qui arrêtaient la stratégie du groupe et auquel étaient soumis, pour décision, tous les investissements importants) et au conseil d'administration de la société. Dans cette décision, la Cour allait cependant bien plus loin en reprochant au dirigeant de s'être abstenu de mettre en place un système de contrôle interne susceptible de détecter ce type de comportement dès lors qu'il avait connaissance de l'existence des surcharges et de leurs bénéficiaires dès son arrivée.

B. - Une responsabilité de la personne morale pour les faits des salariés en matière de corruption ?

La proposition de loi du député Raphaël Gauvain prévoit en son article 8 de créer un principe selon lequel « *Les personnes morales sont également responsables pénalement lorsque le défaut de surveillance de leur part a conduit à la commission d'une ou plusieurs infractions par l'un de leurs salariés* ».

Il convient avant tout de souligner qu'une telle modification constituerait *a minima* une extension considérable de la responsabilité des personnes morales - qui pourrait, désormais, être engagée non seulement par les faits commis par ses représentants dans certaines conditions, mais également par des faits commis par ses salariés - voire une sorte de responsabilité pour le fait d'autrui.

À nouveau, l'évolution potentielle du droit semble ressembler, dans une certaine mesure, à celui du droit américain, qui reconnaît de longue date la responsabilité pénale de la personne morale pour certains faits de ses salariés.

Il importe également de noter que, bien que le texte soit, à date, rédigé de manière extrêmement générale, il semble avoir vocation à s'appliquer principalement en matière de corruption, la proposition de loi tout entière s'attachant très spécifiquement à renforcer la lutte contre la corruption.

Si, à ce stade, l'adoption d'un tel principe n'est que théorique, il semble qu'elle pourrait, en pratique, résulter en la diminution des cas d'engagement de la responsabilité pénale de salariés pour des faits de corruption d'agent public étranger. En effet, bien qu'un cumul de responsabilités demeurerait possible, il pourrait apparaître opportun de ne poursuivre que la société pour certains faits commis par des salariés. Une telle évolution serait de surcroît cohérente avec les évolutions jurisprudentielles récentes observées. Cette initiative semble difficilement pouvoir, en revanche, avoir une influence quelconque sur le traitement réservé aux dirigeants.

5. CA Paris, pôle 5, ch. 13, 15 mai 2020, n° 18/03310 : *JurisData* n° 2020-023107.

6. CA Paris, pôle 5, ch. 13, 7 janv. 2015, n° 12/08695.

7. Cass. crim., 14 mars 2018, n° 16-82.117 : *JurisData* n° 2018-003623 : *Rev. int. Compliance* 2018, comm. 69, A. Mignon Colombet.