

## Les tables rondes d'Option Droit & Affaires

# L'entreprise et ses dirigeants face au risque pénal

Si la mise en cause de la responsabilité pénale est un risque constant avec lequel doit composer la personne morale, le sujet est toutefois une problématique croissante pour les entreprises. Corruption, atteinte à l'environnement, blanchiment figurent sur la liste des infractions susceptibles de les viser. Peut-on considérer pour autant que l'on assiste à une aggravation de la pénalisation de la vie des affaires ? Sept experts, magistrats, avocats, directeurs juridiques débattent de l'actuelle politique pénale et des priorités des parquets à travers le territoire. Leurs échanges mettent également en avant les nouveaux points d'attention des entreprises et les moyens de se prémunir contre le risque pénal, notamment via un accompagnement de la direction juridique, ainsi que les apports de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire ou encore la réforme de la loi de blocage.



De gauche à droite en haut :

- **Olivier Baratelli**, associé, Lombard Baratelli Astolfé & Associés
- **Philippe Bouchez El Ghozi**, associé, Paul Hastings
- **Kiril Bougartchev**, associé, Bougartchev Moyné
- **David Legrand**, directeur juridique, SPIE Batignolles

De gauche à droite en bas :

- **Vincent Filhol**, magistrat, chargé de mission pour les affaires civiles et pénales internationales auprès du directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, chef de la délégation française auprès du GRECO, ancien vice-procureur au Parquet national financier
- **Aurélié Chazottes**, avocate, King & Spalding
- **Donatien de Longeaux**, directeur des affaires juridiques, secrétaire du Conseil d'UBS en France et co-responsable de la commission justice économique du Cercle Montesquieu

© Photos : Christophe Sgarbi/Inpho

### POLITIQUE PÉNALE EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PÉNALE DES PERSONNES MORALES

Vincent Filhol, magistrat, chargé de mission pour les affaires civiles et pénales internationales auprès du directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, chef de la délégation française auprès du GRECO, ancien vice-procureur au Parquet national financier[1] : Il est difficile, à mon sens, d'établir une politique pénale uniforme pour tout type de contentieux, s'agissant de

la responsabilité pénale des personnes morales et de la pénalisation de la vie des affaires. D'ailleurs, le rapport Coulon de 2008 sur ce sujet de la « dépenalisation » de la vie des affaires le montrait bien. La lutte contre la corruption, la fraude fiscale, le blanchiment et divers politiques anti-fraudes donnent lieu à des directives différentes selon les domaines concernés (comme en matière d'environnement ou de droit du travail par exemple).

S'agissant de la lutte contre la corruption en France, qui est une matière phare du droit pénal des affaires, elle a fait l'objet de plusieurs rapports récemment au niveau de l'OCDE ou du Conseil de l'Europe (Groupe d'Etats contre la corruption, « GRECO »). Ainsi, la période actuelle est très riche

en matière d'évaluations de la France de nos systèmes anticorruption. En outre, il y a eu plusieurs circulaires de politique pénale ces dernières années en matière de lutte contre la délinquance économique et financière, qui tendent à un renforcement de l'action publique, à la demande d'ailleurs des institutions internationales. Ainsi, le rapport de l'OCDE en 2012 était très critique vis-à-vis de la France en pointant le très faible nombre de condamnations en matière de corruption d'agents publics étrangers et la réelle politique anticorruption. Depuis, les choses ont bien évolué et une politique pénale plus offensive a été traduite par la voie de circulaires, ainsi que par la mise en place, par le législateur, d'institutions dédiées à la lutte contre la corruption, comme

le Parquet national financier (PNF) et l'Agence française anticorruption (AFA). Il faut également signaler la circulaire du 2 juin 2020 de l'ancienne garde des Sceaux Nicole Belloubet, qui encourage les entreprises à s'autodénoncer et à recourir au mécanisme essentiel de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), créé par la loi Sapin 2. Ce texte ne préconise pas forcément des sanctions accrues, mais une plus grande collaboration des entreprises aux enquêtes.

**Olivier Baratelli, associé, Lombard Baratelli Astolfé & Associés** : L'aggravation de la sanction pénale n'a jamais amélioré la chose. La prévention, l'éducation, l'ouverture, l'intelligence et le dialogue me paraissent infiniment préférés.

[1]. Les vues exprimées dans cette table ronde n'engagent que leur auteur.

rables à toute forme de répression accrue. On assiste à une courbe ascendante de la pénalisation : aggravation des peines, autoflagellation, autodénonciation, accroissement des sanctions, devoir de vigilance, création de l'AFA, contrôle de l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), de la commission des sanctions, etc. Cette exigence absolue de toujours plus de pénal, de sanctions, de transparence, va à l'encontre d'une volonté de créer, tue la volonté d'entreprendre. Moi, je suis l'avocat de petits et grands patrons, l'avocat des dirigeants d'entreprise, le défenseur des entreprises françaises. Il faut arrêter cette spirale qui me paraît infernale. Le législateur a voulu la responsabilité des personnes morales pour mettre fin à un accroissement des sanctions à l'encontre des personnes physiques et des dirigeants d'entreprises. Cela partait d'un bon sentiment et cela allait dans le bon sens. On a créé un outil qui pouvait être pertinent et qui a été dévoyé par des magistrats qui ont vu la possibilité non plus de poursuivre une seule personne, la personne physique, mais deux en même temps, la personne physique et la personne morale. Je crois qu'il faut arrêter cela. La France n'est pas un pays corrompu. La France est un pays vertueux, modèle. Il faut juste le redire. Il faut donc arrêter de se mettre des bâtons dans les roues, de se flageller, de se fouetter et dire que ça suffit. Les outils sont nombreux, ils sont utiles, ils sont suffisants. On a Sapin 1, Sapin 2, bientôt Sapin 3. On va s'arrêter quand ? Ce n'est plus possible. Quand il y aura trop de lois Sapin, les entreprises sentiront le sapin. Il faut arrêter de légiférer. Je trouve qu'on est dans une excroissance, dans une inflation législative qui va dans le mauvais sens.

**Vincent Filhol :** Je n'ai pas porté d'appréciation positive ou négative, sur le principe même de la pénalisation. J'ai juste rappelé qu'en matière de lutte contre la corruption notamment, une pénalisation effective était demandée par les institutions internationales.

**Olivier Baratelli :** C'est vrai.

**Vincent Filhol :** Beaucoup d'entreprises disent également qu'il vaut mieux des peines claires, précises, comme dans d'autres pays, mais aussi d'autres sanctions plus administratives. Attention aussi à ne pas généraliser sur la pénalisation. Qu'est-ce qu'on veut dire par pénalisation ? Il peut y avoir d'autres types de sanctions davantage dans l'intérêt de l'entreprise. C'était demandé dans le rapport Coulon et, sauf erreur, cela a été en partie appliqué. On parlait aussi de l'intérêt de développer des formes de transactions dans le rapport Coulon, on peut considérer que la CJIP en fait partie. Je pense que l'on peut avoir des appréciations individuelles, subjectives, mais ce qui est certain, c'est que cette pénalisation n'est à l'œuvre que dans certains secteurs, encore une fois, il ne faut pas généraliser.

Pour ma part, je parlais d'anticorruption et non de toute la vie des affaires. Le droit des sociétés n'a rien à voir avec le

droit du travail, etc. L'environnement, c'est encore une autre matière, qui était peu pénalisée jusqu'à récemment. Je pense donc qu'il faut aborder les choses de manière subtile et selon les contentieux. Mais, en termes d'anticorruption, si certains estiment que la France n'est pas un pays corrompu, beaucoup d'évaluations et d'études considèrent que les choses ne sont pas si limpides que ça. Il est souvent rappelé également que le secteur public qui peut faire beaucoup d'efforts en la matière.

Enfin, si les magistrats appliquent des systèmes de responsabilité, c'est en premier lieu le législateur qui les a créés, en lien avec les demandes de la société civile et des institutions anticorruption.

**Olivier Baratelli :** Je ne dis pas que c'est le magistrat qui veut de la répression, j'entends bien. C'est une demande publique de transparence de l'opinion publique qui a soif de répression et de sanction, mais qui doit amener, justement, le législateur, peut-être avec parcimonie, à ne pas répondre systématiquement aux appels internationaux de l'OCDE, du toujours plus. Ce n'est pas parce que certains veulent que nous devons accepter. Je trouve que nous avons un outil largement suffisant. Vous parliez du PNF, vous en avez fait partie, vous savez que je le fréquente beaucoup. On crée des couches et des couches et des surcouches qui ne facilitent pas forcément l'application vertueuse de la loi pénale, car en réalité cela crée parfois des frictions, des jalousies.

**Philippe Bouchez El Ghozi, associé, Paul Hastings :** La justice négociée avec la CJIP, la réforme anticorruption, a plutôt été une bonne chose. Les entreprises françaises l'ont demandé. Il faut rappeler que celles-ci ont longtemps été sous les fourches caudines de la justice américaine. Tous nos fleurons (Airbus, Alstom Technip, Total, Alcatel, BNP Paribas) sont passés par des sanctions monstrueuses et pas uniquement pécuniaires. Il y a aussi eu des sanctions en termes d'image, de réputation envers les parties prenantes. Les entreprises françaises avaient donc un besoin de sécurité et cela a produit inéluctablement un effort de conformité et de rigueur. Cela, tout le monde, le demande. La question est : comment cela évolue-t-il aujourd'hui ? Sur ce que vient de dire Olivier Baratelli, je le rejoins sur un sujet qui concerne l'application effective de la loi. Avec le projet de loi Sapin 3, par exemple, une proposition de réforme a été faite. Le PNF et l'AFA demandent, dans leur projet de guide sur les enquêtes internes, que l'entreprise visée par une enquête préliminaire, informe, le cas échéant, les autorités du fait qu'elle mène une enquête interne parallèlement. Ceci revient à bafouer les principes essentiels du droit tels que celui de ne pas s'auto-incriminer. En réalité, on ne fait pas confiance à l'entreprise et à ses avocats. Ces derniers, sont pourtant des auxiliaires de justice. Ils ne sont pas complices des faits mais aident l'entreprise à œuvrer vers la sécurité juridique. Ce qui guide l'entreprise, c'est l'intérêt



**Philippe Bouchez El Ghozi, associé, Paul Hastings**

**« Les entreprises françaises avaient un besoin de sécurité et les dernières réformes ont produit inéluctablement un effort de conformité et de rigueur. »**

pour le moment, en tout cas s'agissant de son application telle qu'elle est proposée sur certains points.

**David Legrand, directeur juridique, SPIE Batignolles :** Du point de vue des entreprises, effectivement, il y a une multiplication des risques liés à l'augmentation des réglementations en matière de sûreté et sécurité des travailleurs, de respect de l'environnement ou des réglementations attachées au monde des affaires. Il y a aussi la judiciarisation des affaires, la crainte de l'atteinte à la réputation qui est importante, par voie de presse, et de réseaux sociaux. La nécessaire protection de l'image de l'entreprise vis-à-vis de ses collaborateurs, de ses investisseurs, de ses clients, a fait prendre conscience aux dirigeants du risque pénal et de l'étendue, finalement, de leurs responsabilités aux côtés de celle de la personne morale. La loi Sapin 2 a, d'une certaine manière, permis de démocratiser l'évocation des risques pénaux dans l'entreprise. Dorénavant, l'entreprise, et ça va dans le bon sens, avance de manière vertueuse vers plus de transparence, en pratiquant la cartographie de ses principaux risques pénaux, dont ceux liés aux conduites douteuses des affaires, ainsi qu'en dispensant des formations de prévention dédiées. C'est ainsi qu'on arrive à prévenir ces risques plutôt qu'à sanctionner des actes répréhensibles. L'entreprise installe par la même occasion une forme de protection de son business en évitant de tomber dans des dérives. J'ajoute que la cartographie des risques pénaux majeurs, qui suppose de les évaluer afin de mettre en place des mesures d'atténuation qui réduiront l'occurrence de ces menaces, doit nécessairement s'insérer dans une approche globale de prévention des risques, dont une politique ferme et connue face à la fraude.

**Aurélié Chazottes, avocate, King & Spalding :** Aujourd'hui, nous avons vraiment le sentiment que les cadres et dirigeants ont un problème d'équilibre entre deux aspects : d'une part, comment peut-on mettre en place et respecter cette conformité qu'on nous impose ? Et d'autre part : comment peut-on continuer à développer notre business sans se faire

social. Donc s'il existe une enquête interne qui est menée mettant à jour des anomalies, des turpitudes, l'entreprise et ses avocats vont « faire le ménage » conformément à l'intérêt social. Sommes-nous pour autant obligés d'aller dénoncer au parquet avec ensuite une procédure qui devient incontrôlable ? Qui me garantit que l'entreprise ne va pas avoir une ONG, des parties prenantes, des concurrents qui vont instrumentaliser la poursuite pénale ? C'est ce que je ne veux pas. Et comme on sait qu'il n'y a plus aucun secret de l'enquête, qu'il n'y a plus aucun secret de l'instruction, l'entreprise, sans camoufler une fraude, conformément à son intérêt social, va « faire le ménage » proprement, conformément à la sécurité juridique dont elle a besoin. Pour autant, je ne crois pas qu'il faille partir dans les dérives précitées. Donc oui à la réforme anticorruption – je pense que l'OCDE a eu raison de donner un souffle sur le sujet –, en revanche, la transparence absolue n'est pas une bonne chose pour l'entreprise. Et ceci est à rapprocher des atteintes au secret professionnel de l'avocat ou de la nécessaire protection du secret professionnel pour les juristes d'entreprise. Le secret n'est pas une manière de cacher les choses, il permet d'agir conformément à l'intérêt social sans nuire pour autant à l'entreprise par une publicité incontrôlable et souvent instrumentalisée par des parties intéressées. C'est comme cela que l'on arrivera à rendre les entreprises plus « vertueuses » ou « éthiques », mais certainement pas en mettant tout sur la place publique. C'est cela le risque de dérive de la loi Sapin 2 ou de la future loi Sapin 3



**Kiril Bougartchev, associé,  
Bougartchev Moyne**

**« Le pouvoir de négociation de l'avocat face aux parquetiers n'est pas toujours équilibré. »**

taper sur les doigts ? C'est en tout cas ce qui ressort clairement des préoccupations de nos clients qui nous disent : « Mais comment fait-on ? On doit constamment arbitrer entre le risque d'un côté et le business de l'autre. Je pense que l'on a peut-être des magistrats aujourd'hui, et même au sein de l'AFA, qui ne sont peut-être pas assez rompus à la vie des affaires en tant que telle et qui ont des exigences qui ne correspondent pas à la réalité du marché. C'est là qu'il faudrait que les choses avancent pour ne pas paralyser le flux des affaires en France. Il ne faut pas encourager la fuite de nos entrepreneurs à l'étranger mais au contraire les accompagner et les encourager à se développer sans qu'ils soient dans la peur permanente d'un risque de sanctions.

### LES PRIORITÉS DES PARQUETS

**Kiril Bougartchev, associé, Bougartchev Moyne :** Quand j'ai commencé à travailler à la fin des années 1980, on parlait d'abus de biens sociaux, de délit d'initié avec notamment Pechiney-Triangle, de faux bilan, de banqueroute, etc. Il s'agissait des types de dossiers qui occupaient alors les parquets, lesquels n'étaient pas à l'époque spécialisés, même s'il y avait déjà des juges spécialisés. Puis, nous sommes passés, je ne sais pas pourquoi, au droit de l'environnement, qui est devenu la tarte à la crème des poursuites pendant dix ans (pollution, abandon de déchets, etc.). Tout le monde s'y est mis. Après cela, nous sommes entrés dans l'ère de la poursuite

de la corruption, du trafic d'influence, de la fraude fiscale et du blanchiment. Et pour mieux poursuivre la fraude fiscale, on a fait sauter le verrou de Bercy ; et comme la fraude était moins sévèrement réprimée que le blanchiment de fraude fiscale, on a résolument choisi de poursuivre le blanchiment et confondu au passage les avoirs blanchis et l'assiette impossible jusqu'aux arrêts de décembre 2019. Heureusement, n'est-ce pas ? Donc la politique des parquets est sujette à des tendances et à des modes : collection hiver ou été. Vous voyez, il y a eu le disco, après le smurf, et puis le rap. J'espère que la mode viendra à la cybercriminalité, parce que l'on tape beaucoup sur les entreprises, mais on les défend assez peu. Ce qui coûte cher aux entreprises, ce sont les fraudes au président, le racket informatique de celles qui voient leurs systèmes paralysés pendant 48 heures sauf à payer une rançon, etc. Et là, il n'y a rien, c'est le vide sidéral. Certes, 50 policiers en France sont dédiés à ces fraudes. Le problème, c'est qu'ils ne peuvent pas échanger avec des interlocuteurs à l'étranger puisqu'il n'y a personne au bout du fil, que les délinquants se cachent en Russie ou en Israël ou en Chine et que de toute façon les demandes d'entraide ne reçoivent pas de réponse là où des millions se sont envolés. Et donc que fait-on ? On va rechercher les banques étrangères pour blanchiment comme dans l'affaire dite « Crépuscule ». On va vilipender la banque turque, parce qu'elle a logé des comptes taxi chez elle. Cela dit, ce n'est pas vraiment injuste. A un moment donné, c'est peut-être bien de protéger l'entreprise victime. Si j'étais législateur, je veillerais à cela et à renforcer les accords de coopération et d'entraide en la matière.

Mon second point consiste à dire qu'à un moment donné, il ne faut pas que les CJIP, qui étaient censées être un exutoire aux poursuites dans les dossiers complexes et permettent par ailleurs de désengorger les tribunaux, ne se transforment en outil de pression. Il est vrai que le délai dit raisonnable est souvent en cause. Aujourd'hui, il faut 18 mois pour audier un dossier à Nanterre, après une instruction qui a déjà duré dix ans. Nous verrons en septembre prochain ce que dira la jurisprudence de la chambre criminelle sur le sujet du délai raisonnable. On gagnerait en tout état de cause à rendre la justice plus rapidement, pas seulement grâce aux

CJIP, mais aussi dans les dossiers qui finissent à l'audience. Le troisième point, c'est qu'après tout, on a la justice qu'on mérite. Cela fait des années qu'on tape sur le justiciable. On a allongé les délais de prescription. Le principe non bis in idem ne sert plus à rien. Le principe de spécialité est souvent bafoué. Donc vive la CJIP et la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) qui se transforment en solution miracle. Il reste que le pouvoir de négociation de l'avocat face aux parquetiers n'est pas toujours équilibré. Enfin, on y arrive. Surtout avec les gens du PNF qui sont capables d'admettre que telle ou telle infraction n'est pas caractérisée. Mais il faut avoir des gens juridiquement instruits pour négocier parce que sinon cela ressemble vite à la foire du Trône. Et donc vous vous retrouvez à payer des sommes colossales pour vous débarrasser du sparadrap du capitaine Haddock. On a parfois le sentiment que c'est une négociation qui n'est pas tout à fait ouverte. On ne négocie pas toujours facilement avec le Parquet, nous sommes parfois contraints de pousser les justiciables à accepter sur le thème : « Mon Dieu, l'audience en termes de réputation, cela coûtera encore plus cher. » Dans le dossier « pétrole contre nourriture », il n'y avait pas de flux vers un agent public étranger, mais dès lors qu'un agent privé avait été payé grassement alors nécessairement, celui-ci devait être regardé comme un corrupteur. Dans un monde parfois absurde où le manque de preuve devient accablant, on a tendance à pousser les gens à aller négocier.

Le dernier point, c'est que je ne me vois pas discuter d'une CRPC ou d'une CJIP à Niort ou au Havre. Il y a même des tribunaux qui refusent d'organiser des audiences d'homologation de CJIP ou de CRPC.

**Donatien de Longeaux, directeur des affaires juridiques, secrétaire du Conseil d'UBS en France et co-responsable de la commission justice économique du Cercle Montesquieu**

**« Au fil des ans est apparue la nécessité de ne pas laisser à d'autres Etats le soin de percevoir à leur seul bénéfice le produit d'amendes parfois très conséquentes infligées à quelques grandes entreprises. »**

**Donatien de Longeaux, directeur des affaires juridiques, secrétaire du Conseil d'UBS en France et co-responsable de la commission justice économique du Cercle Montesquieu :** La formation des magistrats est un sujet. Je ne sais pas si je suis le financier autour de cette table, mais il est clair qu'au fil des ans est apparue la nécessité de ne pas laisser à d'autres Etats le soin de percevoir à leur seul bénéfice le produit d'amendes parfois très conséquentes infligées à quelques grandes entreprises. Au fil des ans, la justice n'a à certains égards plus seulement été conçue comme un centre de coût mais a pu présenter les caractéristiques d'un véritable centre de profit. Vous parliez tout à l'heure de l'OCDE et l'on voit cette forme de surenchère à laquelle on serait soumis ou de laquelle il faudrait peut-être tenter de se départir. Qu'on le veuille ou non, la France s'inscrit dans ce contexte où elle aussi a besoin de montrer qu'elle est un Etat – notamment par un arsenal législatif significativement rénové au cours de ces dernières années – en mesure de « prélever » des sommes conséquentes sur ses entreprises ou, plus souvent mais comme les autres Etats, sur celles ressortissantes d'autres pays. Je pense que c'est un mouvement. Peut-être qu'on peut s'en inquiéter, s'en émouvoir, le regretter, mais est-ce que, fondamentalement, on peut l'éviter ? Est-ce que vraiment on peut décemment imaginer que l'on reste à l'écart en se disant : « Non, seule compte une justice qui s'attache à défendre des principes qui, lorsqu'ils sont violés,



conduisent à la condamnation de sommes parfois dérisoires en comparaison de la taille de leurs débiteurs » ? Il me semble que nous ne pouvons rester à l'écart du mouvement auquel nous assistons depuis plusieurs années, et une démarche de pédagogie, aussi souhaitable soit-elle, n'est pas suffisante. Vous parlez tout à l'heure de formation, c'est vrai que c'est très important et le constat que j'ai pu faire, aux stades de la poursuite, de l'instruction comme du jugement, est que les magistrats ont besoin de connaître le fonctionnement réel d'une entreprise multinationale. On est tous là pour former au mieux nos collaborateurs. Mais à un moment donné, évidemment, la formation ne suffit plus et il y a nécessité de réprimer. Alors quel est le juste quantum de cette répression ? Je n'en sais naturellement rien, ce n'est pas à moi de le dire, mais il faut trouver un meilleur équilibre entre la part laissée à la formation des magistrats sur le monde des entreprises dans leur diversité, aux entreprises de construire des programmes de formation et d'éducation de leurs collaborateurs et en même temps, à un moment donné, savoir réprimer, sans nécessairement être audacieux ni toujours créatif sur les modes de répression et de prélèvements. Trouver une forme d'équilibre plutôt que de balancier !

### LES MAGISTRATS ONT-ILS LES MOYENS DE MENER LEUR MISSION ?

**Vincent Filhol** : En termes de moyens, l'étude d'impact à l'origine de la création du PNF faisait état d'une moyenne



**Vincent Filhol, magistrat, chargé de mission pour les affaires civiles et pénales internationales auprès du directeur des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, chef de la délégation française auprès du GRECO, ancien vice-procureur au Parquet national financier**

**« Si les magistrats appliquent des systèmes de responsabilité, c'est en premier lieu le législateur qui les a créés, en lien avec les demandes de la société civile et des institutions anticorruption. »**

de huit dossiers par magistrat. En réalité, ce ratio de dossiers par magistrat, s'élève plutôt à 20, 30, 40. Fin 2021, il y a plus de 600 dossiers traités au PNF pour 18 magistrats, je vous laisse faire le ratio. En termes de moyens, pour la justice de manière générale, cela fait des années que tous les rapports parlementaires nationaux et internationaux considèrent que la France est largement en dessous de ses voisins et qu'évidemment, cela aboutit à des délais d'instruction et de jugement qui sont longs.

Néanmoins, quand on parle du PNF, cette institution en tant que telle est une création de moyens dédiés à la lutte contre la grande délinquance économique et financière, et reconstruite comme travaillant mieux avec les avocats, plus rapidement, et en lien avec des instances spécialisées. Les magistrats au PNF et dans d'autres juridictions spécialisées sont entourés d'assistants spécialisés (comme des experts-comptables et des experts en matière fiscale et boursière) qui réalisent des analyses très précises. Quand on se donne les moyens, on a des résultats.

En outre, les magistrats sont formés spécifiquement sur ces matières, notamment dans le cadre de la formation continue. L'Ecole nationale de la magistrature (ENM) organise des formations qui sont également suivies par des avocats, notamment sur les enquêtes internes, la RSE, le droit pénal des affaires. Cette dimension pluridisciplinaire se développe. Le directeur de l'Ecole de formation des barreaux (EFB) du ressort de la cour d'appel de Paris est un magistrat, et la directrice de l'ENM est une avocate. Les choses sont toujours perfectibles, et il faut continuer à former les professionnels de justice. Pour ce qui concerne le recrutement des

**Olivier Baratelli, associé,  
Cabinet Lombard Baratelli Astolfo & associés**

**« Au PNF, il y a une concentration de talents, de moyens et de compétences qui représente pour nous une facilité de travail extraordinaire. »**

magistrats, notamment du PNF, ce sont aussi des personnes qui ont exercé dans le secteur privé auparavant, qui viennent notamment du monde de l'entreprise. Il y a donc beaucoup de liens qui se font en termes de formation, entre les avocats et les magistrats. Les formations communes permettent des échanges apaisés, et d'avoir des espaces d'échanges en dehors des tribunaux. Quand je parle à des avocats, cela les intéresse de comprendre quelles sont les conditions de travail des magistrats, et inversement parce qu'on a besoin de mieux se comprendre et de réaliser que, finalement, nous n'avons pas forcément que de grands antagonismes.

**Kiril Bougartchev** : Ce n'était pas une salve anti-magistrat mais plutôt une réaction face à la politique pénale et l'inflation législative auxquelles les magistrats ne peuvent rien. C'est bien de rendre l'entreprise vertueuse, mais il faut aussi la protéger. Et ce que je vois en tant que praticien, ce sont des dossiers quotidiens de détournement de dizaines de millions d'euros vers la Hongrie, la Chine etc., et des entreprises qui me disent : « Que faire ? », réponse : « Il faut attaquer la banque pour défaut de vigilance, il faut déposer plainte pour blanchiment. Les auteurs, vous ne les retrouverez jamais. Vous ferez condamner la banque dans dix ans », « Oui, mais il nous manque 20 millions en trésorerie, comment fait-on dans l'intervalle ? » Réponse : « Vous êtes assurés ? Non, alors vous ne faites pas. » Ici, l'entreprise est totalement démunie et il faudrait donc lui offrir un arsenal législatif et conventionnel. Les magistrats et les enquêteurs font ce qu'ils peuvent avec les moyens mis à leur disposition.

**Olivier Baratelli** : Cela fait un peu plus de 35 ans que l'on fréquente des magistrats. Ce n'est pas du tout une salve anti-magistrat, ces derniers sont des gens formidables. Et au PNF, on rencontre des gens extraordinaires comme on l'avait rarement vu ailleurs avant. Il y a une concentration de talents, de moyens et de compétences qui représente pour nous une facilité de travail extraordinaire. Ce n'est pas cela que l'on reproche. Vous avez un chiffre qui est extraordinaire. Vous dites : « Il y a 600 dossiers au PNF, 18 magistrats ». Pardon,



mais sur les 600, vous savez qu'il y en a au moins 300 qui arrivent d'associations agréées par le ministère de la Justice ou de lanceurs d'alerte et de petits plaignants.

**Vincent Filhol** : Vous pouvez regarder les statistiques des derniers rapports d'activité du PNF, cette part est infime.

**Olivier Baratelli** : Alors, arrêtons d'essayer de faire croire qu'on peut encore donner à des lanceurs d'alerte la possibilité de passer à 700, 800 ou 900 dossiers. Cela va en faire une institution qui ne pourra plus être gérée parce qu'elle va être débordée de dénonciations. Aujourd'hui, il y a des dizaines d'associations qui relaient simplement une rumeur qui a été élevée par voie de presse. Un article devient une dénonciation de fait. Ce ne sont pas les magistrats qui sont en cause. C'est l'inflation procédurale des plaignants.

**Vincent Filhol** : Le PNF n'ouvre pas une enquête pour toute dénonciation reçue... Il fait un tri sur les centaines qu'il peut recevoir. Là encore, je pense qu'il faut distinguer les contentieux. Je suis d'accord qu'effectivement, entre le PNF et les autres parquets, il peut y avoir des distorsions. D'où l'intérêt, il me semble, de mettre en place un certain niveau de spécialisation, comme le prévoit la circulaire de juin 2020 qui érige le PNF en chef de file des dossiers de corruption internationale, ce qui, effectivement, permet aux entreprises d'avoir une forme de lisibilité, et de bénéficier d'une doctrine.



**Aurélie Chazottes, avocate, King & Spalding**

**« Je peux avoir le sentiment parfois d'un manque de cohésion entre les juridictions mais aussi, au-delà, entre les magistrats quant à la politique pénale qu'ils veulent appliquer. »**

que le dossier méritait « un débat public ». Mais dans ce cas, que peut-on dire de toutes les CJIP et CRPC proposées par le PNF ? Les dossiers du PNF (plus complexes et médiatiques les uns que les autres) ne méritent-ils pas eux aussi un « débat public » ? C'est donc vrai que je peux avoir le sentiment parfois d'un manque de cohésion entre les juridictions mais aussi, au-delà, entre les magistrats quant à la politique pénale qu'ils veulent appliquer.

**Kiril Bougartchev** : Les VIP n'ont souvent que le droit au débat public et non à la CRPC. Ce fut le cas de Jérôme Cahuzac.

**Vincent Filhol** : Récemment, l'ancien maire d'une grande ville française a été condamné dans le cadre d'une CRPC, cette enquête était suivie au PNF. Une personnalité doit avoir un traitement judiciaire équivalent à celui de n'importe quel autre justiciable. C'est un débat passionnant : quelle est la meilleure peine ou quel est le meilleur type de poursuites en matière économique et financière ? Et effectivement, il y a une politique pénale impersonnelle. Chaque dossier est unique. J'entends qu'il puisse y avoir un sentiment de distorsion entre parquets. Après, ce que je veux dire par là, c'est qu'entre magistrats, il peut y avoir des débats assez acerbés, assez vifs en interne et on peut aussi avoir des sensibilités, différentes et des appréciations variées sur le meilleur type de poursuites. Peut-être pourrait-on avoir une politique pénale plus harmonisée, avec plus de lignes directrices comme celles publiées s'agissant de la mise en œuvre des CJIP. Bref, une politique pénale encore plus lisible.

**Aurélie Chazottes** : C'est vrai qu'on se sent parfois un peu impuissant. Dans l'exemple que j'ai cité plus tôt, on voit bien que l'on peut se retrouver très vite dans des situations de blocage alors même que l'on essaie à notre niveau de participer du mieux possible à cette nouvelle politique pénale en notre qualité d'auxiliaires de justice.

**Olivier Baratelli** : Il y a des magistrats qui sont aussi – pardon de le dire – « les bonnes à tout faire du droit ». Les malheureux se retrouvent assesseurs aux assises, dans des affaires de substances psychotropes, le lendemain de permanence, le surlendemain sur des dossiers bancaires et financiers hyper-techniques. Les magistrats sont débordés, il ne faut pas l'oublier.

**Aurélie Chazottes** : Dans la pratique que je peux avoir, on a l'impression que parfois, en fonction des juridictions mais aussi en fonction des magistrats, il n'y a pas forcément une cohésion sur la politique qu'ils veulent donner au sein même de leur juridiction. Certains magistrats, séduits par la justice négociée, offrent régulièrement la possibilité de recourir à des CJIP ou des CRPC pour qu'il y ait plus de fluidité et un désengorgement de la justice pénale. D'autres, en revanche, ont plus de difficultés avec cette nouvelle législation et s'arc-boutent en nous refusant toute procédure alternative négociée. Nous nous sommes, par exemple, déjà opposés à un refus ferme de la part d'un procureur alors même que toutes les parties et le juge d'instruction lui-même étaient d'accord pour recourir à une CRPC dès lors que toutes les conditions étaient réunies. On peut avoir le sentiment que c'est « à la gueule du client » ou « à la gueule du dossier » en fonction de sa nature médiatique ou non. Pour reprendre notre exemple, le procureur en question nous refusait la CRPC au motif

## COMMENT PRÉVENIR ET ANTICIPER CE RISQUE PÉNAL AU SEIN DES ENTREPRISES ?

**Olivier Baratelli** : Cela fait une vingtaine d'années que, nous, les pénalistes des affaires, on forme nos clients, on leur explique les outils, on écrit et on réécrit des délégations de pouvoir que l'on doit revoir tous les quinze jours à cause d'une inflation législative pour les adapter. On fait des plans de formation, qu'on voit des patrons et les directeurs juridiques, on leur explique la procédure pénale, les modalités d'enquête, comment une plainte peut prospérer, comment ils peuvent avoir une visite domiciliaire, comment ils peuvent avoir une perquisition, comment ça peut se traduire en garde à vue... Donc la prévention, elle existe. Mais aujourd'hui, le chef d'entreprise est presque tétanisé parce que le risque pénal est trop présent. La peur de la répression fonctionne depuis longtemps, c'est pour cela que je dis que la France est un pays vertueux. Il faut que l'on arrête de se flageller. Il y a peu de dossiers de corruption en France, il suffit de regarder avec les grands voisins du monde qui siègent au G7 ; on n'a pas de leçons à recevoir et on a plutôt des leçons de vertu à donner. La France n'est pas un pays corrompu. Il y a des vers dans des pommes comme partout dans n'importe quelle profession. Je ne vais pas vous dire que tout est blanc et que tout est formidable. Mais il faut arrêter de diaboliser le chef d'entreprise qui a vraiment cette impression en se disant : « Quoi que je fasse, je vais avoir un accroissement des sanctions. » Il faut revenir à un peu de raison. Il y a un équilibre à retrouver.

**Kiril Bougartchev** : Il y a un problème de coût aussi pour les entreprises, par rapport à l'avantage procuré. C'est-à-dire : « Je vais dépenser 100 pour avoir un système efficace à 95 %. Je pourrais dépenser 5 000 pour gagner 3 % de plus de protection », ce qui est financièrement inepte. C'est par exemple un problème pour les banques et les établissements bancaires en général en matière de lutte contre le blanchiment. Il faudrait 1 000 personnes sur 10 000 employés dédiées à la compliance. Ainsi 10 % des salariés ne produiraient rien. Face au coût social, cela n'est pas possible. Il faut un peu de pragmatisme aussi. Donc comment fait-on ? On forme les gens, on rédige des guides, on fait des campagnes de piqûres de rappel parfois aux côtés de magistrats. Par ailleurs, je trouve que la méthode de l'AFA est assez efficace. Elle vous permet de vous mettre aux normes avant de vous sanctionner, ce qui n'est pas le cas devant l'AMF ou l'ACPR. C'est assez vertueux. Il reste que les entreprises doivent avoir ici une tolérance zéro.

**David Legrand** : Nos dirigeants sont très sensibles de toute façon au risque pénal et vous l'avez dit, ils ont parfois l'impression qu'on leur prête des pratiques malveillantes. Malgré tout, ils ont pris conscience du risque en y associant leur direction juridique qui les conseille, par une vision claire et

exhaustive, sur ce qui est légalement permis de faire ou non. C'est, j'y reviens, en identifiant les risques qu'on évite de méconnaître les obligations en la matière. A ce titre l'aborder sous l'angle du secteur d'activité est important. L'activité s'effectue-t-elle sur un secteur accidentogène ? Evidemment, il l'est lorsque l'on travaille à plusieurs mètres de hauteur ou lorsque l'on creuse des tunnels. L'activité du BTP est par nature accidentogène, il est donc nécessaire de mettre en place un certain nombre d'outils comme les délégations de pouvoirs qui sont à la fois un outil de gestion opérationnel et de prévention des risques. Elles transfèrent au représentant opérationnel de l'entreprise le plus proche de l'activité l'anticipation des menaces et la gestion du risque lorsqu'il survient. La cartographie doit également porter sur l'environnement business de l'entreprise : soumissionne-t-elle à des marchés publics par exemple ? Collabore-t-elle avec des sociétés étrangères ? Fait-elle appel à des sous-traitants, qui eux-mêmes se doivent d'être vertueux à notre égard comme à l'égard de l'administration ? On se doit aussi de regarder notre propre organisation interne : qui sont les mandataires sociaux ? Quels sont leurs pouvoirs ? Comment délègue-t-on aux représentants opérationnels de l'entreprise ? La robustesse de notre schéma de délégations de pouvoirs est-elle suffisante ? Le schéma est-il à jour de nos besoins ? Cette vision globale de notre environnement doit nous permettre d'éviter de devoir gérer des risques mal appréhendés. Au-delà de ce que nous maîtrisons en interne (formations de collaborateurs, avis et conseils, informations ciblées, etc.), la mise en place d'exigences contractuelles à l'égard de nos partenaires est également nécessaire afin de lever tout doute sur leurs pratiques du business qui pourraient avoir un impact réputationnel sur notre entreprise.

**Kiril Bougartchev** : Pardon, mais cela veut dire que l'on vous a aussi délégué le pouvoir régalién. C'est quand même très intrusif, une personne morale de droit privé qui vient contrôler une autre personne morale de droit privé.

**Philippe Bouchez El Ghozi** : Entre des réglementations qui sont parfois très précises, très ponctuelles, on pense à la loi Sapin 2 sur certains aspects et puis la soft law qui est très large, l'entreprise a aujourd'hui hérité de trois casquettes : d'abord, une casquette de législateur : elle doit faire la règle chez elle. Ensuite, une casquette de policier : elle doit faire le ménage chez elle, c'est-à-dire prévenir, contrôler, détecter, sanctionner, dénoncer, éventuellement s'autodénoncer. Et puis, enfin, on glisse vers une troisième casquette : celle de complice ou de receleur. Si jamais on considère que l'entreprise n'a pas été un bon législateur ou un bon enquêteur, n'a pas bien contrôlé, sa responsabilité peut alors être engagée au plan pénal. Et c'est cette délégation qui est assez mal perçue par l'entreprise, parce que l'on comprend tous qu'il ne faudrait sans doute pas promouvoir une société où un régulateur viendrait tout faire et tout contrôler au sein de l'entre-

prise. Ce serait d'ailleurs impossible ou à l'opposé de l'Etat de droit. Mais c'est cette difficulté pour l'entreprise d'hériter de ces trois casquettes – législateur, policier, éventuellement complice ou autre – qui est délicate, parce que l'entreprise évolue dans un environnement où elle est confrontée souvent à une réglementation très drastique, voire très tatillonne, et parfois inapplicable à certains égards (je pense à certaines premières recommandations de l'AFA qui s'avèrent inadaptées en pratique mais il ne faut pas s'en plaindre : au moins, il existe ainsi un cadre). Et puis, encore une fois, de nombreuses règles sont empreintes d'un flou extrêmement général qui, par le biais des présomptions jurisprudentielles : « vous ne pouviez pas ignorer que », « vous ne pouviez pas ne pas savoir que », permettent toutes les interprétations possibles et accroissent l'incertitude juridique. Or, le risque le plus grave sur le plan pénal n'est souvent pas, en soi, le risque de condamnation mais le risque d'image et de réputation. Et, aujourd'hui, dans les entreprises, tout le monde est paralysé par ce risque-là : qu'est-ce que je risque si mon programme de compliance n'est pas considéré comme suffisant ? Si l'on estime que les mesures de remédiation prises ne sont pas pertinentes ? Si je suis mis en cause par une ONG ou par un média ? Et dans ces situations de crise, qu'est-ce que je fais ? C'est l'anticipation permanente des solutions de crise qui aujourd'hui m'apparaît peser sur beaucoup d'entreprises et de dirigeants face à la montée de l'insécurité juridique et à l'accroissement constant du risque pénal.

**Kiril Bougartchev** : J'ai entendu chez certains magistrats instructeurs dire : « De toute façon, dès lors que vous commerciez en Afrique, vous êtes un corrupteur. » Certes, cela doit être compliqué de commercer dans certains pays sans corrompre. Et on en revient à votre point qui était de dire que l'on devrait s'interdire de commercer dans certains endroits. Mais telle n'est pas, par exemple, la position des entreprises chinoises qui se moquent des règles dont nous parlons.

**Vincent Filhol** : Souvent, on entend parler dans les institutions internationales, de ce fameux « level playing field », au sens de règles du jeu équitables, ou de conditions de concurrence équitables, et je pense qu'il y a un vrai enjeu en la matière. La loi Sapin 2 a un champ d'application assez franco-français. C'est pourquoi le rapport dirigé par un ancien Premier ministre estimait qu'il fallait justement étendre ce level playing field en créant un droit européen de la compliance. Je pense qu'il y a aussi un problème d'harmonisation. Tout le monde doit jouer le jeu.

**Olivier Baratelli** : Je vais souvent en Afrique et je constate que l'exigence française a ralenti, freiné et fragilisé, parfois même tué la liberté d'entreprise française. La question angossante que se pose un chef d'entreprise tricolore arrivant en Afrique, c'est : qu'est-ce que je risque ? C'est le seul chef d'entreprise international à se poser cette question.

## LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES DIRIGEANTS

**Donatien de Longeaux** : On se rend compte que la soft law dont vous parliez, on la retrouve aussi, mutatis mutandis, au sein de l'entreprise, avec un empilement de procédures. Comme tous les ans et comme dans beaucoup de grandes entreprises, je dois confirmer que j'ai lu, compris, intégré et fait miennes des milliers de dispositions contenues dans des dizaines de procédures... Et cela renvoie évidemment à la question des polices d'assurance qui couvrent les dirigeants des sièges sociaux mais aussi des filiales, notamment étrangères. C'est d'ailleurs parfois un vaste débat entre dirigeants locaux et fonctions centrales, ces dernières pouvant être celles qui décident d'actionner ou non ces polices. Et ce peut être perçu comme un pouvoir discrétionnaire de ces fonctions, ce qui conduit à une forme d'incompréhension voire de désaccord. Avec un aléa supplémentaire : celui de risquer d'engager la responsabilité du dirigeant de la filiale locale qui constitue son représentant légal – et, dans un secteur réglementé comme la banque, son dirigeant effectif – sans pour autant être celui qui déclenche l'exercice de cette assurance. Une telle approche entraîne le risque de voir se superposer deux polices, celle du siège et ses filiales et celle des filiales étrangères elles-mêmes même si, évidemment, vous vous inscrivez à rebours de ce que veut le groupe pour lui et ses filiales. C'est vous dire à quel point, d'abord, c'est un sujet très important pour les dirigeants à mesure que tous les risques que l'on a identifiés et repris autour de cette table prennent de plus en plus d'acuité. Si cela a vocation à couvrir en premier lieu les chefs d'entreprise eux-mêmes, ces polices visent aussi à couvrir ces derniers contre le risque d'infraction commise par des salariés, puisqu'on parlait tout à l'heure de l'importance de ces programmes internes de formation. Ces programmes doivent être permanents et ils ne sont opérants que si vous disposez d'une connaissance intime de l'activité d'entreprise. Dans le BTP évidemment, mais dans la banque aussi. Si on n'a pas la moindre idée de la façon dont fonctionne une opération financière, que ce soit un produit dérivé ou un financement participatif, je pense que vous ne pouvez pas, comme directeur juridique, tenter d'encadrer un risque, surtout pénal. S'il est nécessaire de disposer de cette connaissance intime des métiers de l'entreprise, il est tout aussi nécessaire de bien connaître les dirigeants mais aussi les responsables de secteur, les responsables de services... bref, s'assurer en permanence que même avec une conversation autour de la machine à café, les dirigeants et salariés restent mobilisés. Et ça, je pense que c'est très important et permanent.

## PERSPECTIVES

**Kiril Bougartchev** : Sapin 3, sincèrement, c'est un vrai coup d'épée dans l'eau. C'est une déclaration de bonnes intentions. Sapin 2 a créé quelque chose de substantiel avec la cartographie des risques, l'AFA, le délit de trafic d'influence

**David Legrand, directeur juridique, SPIE Batignolles**

**« Les entreprises ont pris conscience du risque en y associant leur direction juridique qui les conseille, par une vision claire et exhaustive, sur ce qui est légalement permis de faire ou non. »**



d'agents publics étrangers, la nouvelle peine de mise en conformité, la protection des lanceurs d'alerte... Je pensais que cela suffisait. On protégeait des gens de bonne foi et désintéressés. Moi, je préfère cela à la rémunération des « lanceurs d'alerte professionnels » du système américain. Faire commerce de la dénonciation, cela est choquant. Il faut savoir dans quelle société nous souhaitons vivre.

**Philippe Bouchez El Ghazi** : Les Etats-Unis sont un pays de chasseurs de primes, donc ce système de rémunération y est intrinsèque. Je crains toutefois que l'on évolue en France vers cette dérive pour deux raisons. D'une part, parce que l'administration fiscale a désormais officiellement reconnu qu'elle rémunérerait les dénonciateurs ou les aviseurs « anonymes ». Et, d'autre part, avec la récente réforme qui va entrer en vigueur le 1<sup>er</sup> septembre prochain sur les lanceurs d'alerte, on a, selon moi, fait sauter des verrous. L'ancien critère consistant à devoir signaler de manière désintéressée a totalement sauté. Il n'est désormais plus exigé que le lanceur d'alerte agisse sans contrepartie financière directe. Autrement dit, celle-ci peut être « indirecte ». Avec ce nouveau régime des lanceurs d'alerte, on commence à basculer tout doucement dans un système intéressé. C'est dangereux. Les lanceurs d'alerte, c'est vrai, ne font en général pas de grandes carrières en entreprise : au mieux, le placard doré, voire pire. Cela, je l'entends. Mais dans le même temps, adopter un régime du lanceur d'alerte tel que celui qui vient d'être créé par la récente loi, où celui-ci peut se permettre de transmettre en dehors de l'entreprise toute information pour laquelle il n'existe en réalité aucune définition précise, aucun filtre, aucune sanction réelle, ceci me semble accroître fortement l'insécurité juridique pour l'entreprise. Nous savons tous, dans notre pratique, comment cela se passe. Certains pseudo-lanceurs d'alerte deviennent des maîtres chanteurs. On en voit tous les jours. Et cela, c'est dangereux. Ce qu'a créé cette récente loi du 21 mars 2022 sur les lanceurs d'alerte, comme les dérives que l'on commence à entrevoir avec les propo-

sitions de la loi Sapin 3, risque de faire implorer le système. Et l'objectif que l'on veut atteindre, d'autorégulation et de prévention effective du risque pénal, ne sera en réalité pas réellement atteint.

**Aurélien Chazottes** : Je suis d'accord avec vous sur les lanceurs d'alerte et Sapin 3. Le seul intérêt que j'y voyais, et malheureusement j'ai l'impression qu'ils s'en écartent beaucoup, c'est l'extension de la CJIP aux personnes physiques. Aujourd'hui, on est face à une situation où l'on demande de la coopération de la part des dirigeants sans leur offrir de garanties particulières derrière. On leur dit : « OK, vous pouvez accéder à une justice négociée, à condition que vous reconnaissiez votre responsabilité et que vous participiez activement à la procédure », alors qu'aux personnes morales, on va dire : « Vous allez accéder à une justice négociée simplement en reconnaissant les faits quand on est dans le cadre d'une enquête interne, ou les faits, les qualifications dans le cadre d'une information judiciaire mais en aucun cas la culpabilité ». Mais comment peut-on demander la coopération d'un dirigeant sans que, derrière, il n'ait de garantie sur l'arrêt des poursuites qui le concernent ou sur les condamnations qui seront prononcées à son encontre ? Ça n'encourage malheureusement pas suffisamment la participation et la collaboration des cadres et dirigeants à mon sens.

**Kiril Bougartchev** : Je ne sais pas ce que c'est que la « CRPC spécifique » de Sapin 3.