



## Introduction

**Stéphanie Fougou** (Présidente de l'AFJE)

La compliance est importante non seulement pour des raisons morales mais aussi pour des raisons de compétitivité économique dans un environnement international réclamant plus de transparence.

La compliance est une question d'intérêt général, et ne doit pas être uniquement une question de droit pour des juristes, sans lien avec la vie des entreprises (pas de droit en chambre). Il ne s'agit pas seulement d'appliquer des règles, mais aussi d'aider les entreprises à être plus compétitives dans un environnement international réclamant plus de transparence. Ces lois peuvent aider les entreprises à être mieux reconnues sur le plan international.

La mise en place de ces obligations (Sapin II et Vigilance) représente un énorme travail, dans lequel le juriste a une place centrale.

C'est aussi l'occasion rare d'un dialogue entre les autorités et les avocats. Il s'agit de mieux comprendre les actions des autorités, les sanctions et leurs conséquences. Pour les autorités il s'agit de comprendre le niveau d'engagement de l'entreprise.

En France, la confidentialité non accordée aux juristes d'entreprise pose problème. La situation du juriste est bien équivoque et bien compliquée dans la mise en œuvre des programmes de compliance.



**Denis Raynal** (Président de l'ACE, avocat)

Tout comme vient de le faire Stéphanie FOUGOU, Présidente de l'AFJE - notre partenaire de chaque instant pour tous les aspects de la pratique de nos métiers au service de l'économie, de l'entreprise et du droit - je tiens, au nom des Avocats Conseils d'Entreprises (l'ACE), à vous remercier toutes et tous de votre indispensable présence à nos réflexions de ce matin.

J'exprime aux éminents représentants des Hautes Autorités et Autorités, Conseils et Agences, qui nous font le plaisir de participer à nos travaux, notre reconnaissance pour cette volonté commune et affichée d'apporter un éclairage concret aux acteurs de la compliance que sont les Entreprises et leurs conseils ainsi mieux préparés, comme le rappelle la présentation de notre Conférence, « aux réelles attentes des Autorités en matière de conformité » et comme il convient de l'évoquer, pour l'intérêt général.

En effet, vos Autorités, des plus anciennes comme la CNIL ou des plus récentes comme l'Agence Française Anticorruption, sont au service de l'intérêt général de notre pays, intérêt général conçu comme s'inscrivant dans un contexte international dont la France ne saurait être absente.

Et vous, Autorités et Hautes Autorités (je n'ai jamais compris pourquoi certaines autorités ne sont pas aussi hautes que les autres) vous avez la mission d'inscrire notre pays dans un contexte de mondialisation qui recherche transparence et vertu, alors que, peut-être, certaines nations importantes voire décisives sur le plan international, cultivent encore un peu trop l'hypocrisie.

Et puis, vous collaborez entre vous, et c'est heureux.

A titre d'illustration, la collaboration voulue par le législateur entre la Haute Autorité pour la Transparence de la Vie Publique et l'Agence Française Anticorruption nous apparaît aussi logique qu'indispensable.

La mission de la CNIL est elle-même évidemment totalement transversale.

Comment, par exemple, pourront interagir certaines règles de la loi relatives à la procédure d'évaluation des tiers, et les règles issues de la loi Informatique et Liberté ou du Règlement Général de Protection des Données (RGPD) ?

On aperçoit bien déjà comme les recommandations de vos Autorités seront nécessaires, d'autant plus qu'elles pourraient être communes.

Vous réunir ce jour participe en tout cas non seulement à l'information des entreprises – parfois perplexes - mais encore, souhaitons-le, à celle de tous nos concitoyens que vos statuts concernent et protègent.

Mais nous, juristes d'entreprise et avocats, sommes des acteurs de la mise en œuvre de vos missions, de l'analyse et du déploiement de vos recommandations (parfois fort directives...), et aussi les responsables de la défense de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne dans l'intérêt de nos mandants (et du même ordre public), que nous conseillions l'entreprise en interne ou comme conseil externe.

La mise en place d'un système performant de compliance, de détection d'éventuels faits de corruption, à cet égard tout particulièrement la protection des lanceurs d'alerte, en bref en harmonie avec vos recommandations, est un travail considérable et minutieux.

Et ce travail repose essentiellement sur les juristes d'entreprises, aidés des avocats de ces entreprises.

Et puis ces dispositifs, très exigeants, surtransposés parfois, il faut les mettre à jour, il faut les faire vivre.

Autant que possible sans que les dirigeants y voient trop d'entraves à leur entreprise et un surcoût difficilement acceptable (et nous lisons, un peu inquiets quand même, que vos recommandations sont tout autant destinées à toutes les entreprises, personnes de droit privé ou de droit public « quels que soient leur taille, leur forme sociale, leur secteur d'activité, leur chiffre d'affaires ou l'importance de leur effectif »).

Et puis, pourquoi pas, nous pouvons aider ces dirigeants à y voir, dans ces règles de compliance, un avantage concurrentiel qui ne sera plus vécu comme une pure charge.

Bien entendu, tout ne peut reposer sur la bonne volonté présumée de chacun. La loi vous confère des pouvoirs d'inspection, de perquisition et des prérogatives juridictionnelles en termes de sanction.

La question de la proportionnalité des opérations de saisies et de visites au regard du but légitime poursuivi est cependant posée, et donc celle du respect des droits de la défense.

Dans une actualité récente, j'évoque ici l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris en date du 8 novembre 2017 qui met en relief des abus de pouvoir allant jusqu'à la violation délibérée du secret professionnel dont bénéficient les entreprises pour tout ce qui concerne leurs relations avec leurs avocats et, plus spécialement encore, les relations entre les avocats, les directions juridiques et les dirigeants.

A partir du moment où des violations délibérées du secret professionnel viendraient à se reproduire, par impossible bien entendu, nous serons aux côtés de nos employeurs ou de nos clients, dont la protection des droits de la défense doit être au moins équivalente à celle dont bénéficient les délinquants de droit commun, dealers et autres braqueurs de banques....

Et puisqu'il s'agit du respect du secret professionnel et, par conséquent, des droits de la défense, la France serait bien inspirée de réfléchir à nouveau au statut français des juristes d'entreprises qui, à ce jour et contrairement à ce qui existe dans la plupart des grands pays européens, ne peuvent faire bénéficier leurs employeurs d'aucune protection de leurs écrits.

L'ACE, l'AFJE et le Cercle Montesquieu ont beaucoup travaillé, dans une parfaite harmonie, à l'élaboration d'un statut de « privilège légal de protection » (CA Paris) pour les entreprises françaises.

Ce statut, de l'Avocat en Entreprise ou du Juriste Admis au Barreau, nous l'avons soumis et nous le soumettons encore aux pouvoirs publics qui doivent à notre sens à ce titre également, tirer les conséquences de l'important et nécessaire dispositif de compliance qu'ils ont voulu mettre en œuvre.

Nous n'opposons pas, tel n'était pas mon propos en tout cas, l'effectivité et la mise en place de vos recommandations aux droits fondamentaux.

Il faudrait donc les concilier...

Nous sommes tous réunis sur ce thème de la « compliance, entre coopération et contrôle », pour en débattre.

Merci à tous ceux qui ont œuvré pour que cette conférence soit un succès.

Très bonne réflexion à vous toutes et tous.

**Jean-Yves Trochon (AFJE)**

Mesdames et messieurs,

Les questions dites de régulation sont devenues un enjeu majeur pour les entreprises, avec l'avènement du droit souple, c'est-à-dire ce corpus de normes émises par les autorités de contrôle qui ne sont en principe pas supposées créer de droits ou d'obligations mais donner de la guidance aux entreprises. Pourtant, depuis Mars 2016, tenant compte de son importance croissante, le Conseil d'Etat juge recevable des recours pour excès de pouvoir contre des actes de droit souple de nature à produire des effets notables ou qui ont pour effet d'influer de manière significative sur les comportements des personnes auxquelles il s'adresse.

Ces normes constituent un utile complément aux textes qui régissent ces autorités, et qu'elles ont pour mission d'appliquer, mais au fur et à mesure du temps elles ont fini par poser de nombreuses questions pour les entreprises assujetties.

Ainsi, si elles sont en principe dépourvues de force obligatoire (valeur interprétative) et ne sauraient aller au-delà des règles impératives, elles ne sauraient toutefois se résumer à de simples documents d'interprétation que les entreprises pourraient ou non respecter selon leur bon vouloir.

En effet, ces textes constituent une partie importante de la doctrine des autorités en cas de contrôle et le cas échéant lors des procédures négociées avec les entreprises.

Nous avons souhaité que cette conférence soit l'occasion d'une réflexion holistique autour des enjeux de réglementation et de compliance, en invitant plusieurs autorités à débattre avec les entreprises et leurs conseils.

Nous avons choisi de nous référer à la notion de compliance dans le titre de cette conférence ; nous aurions pu tout aussi bien parler de conformité, mais aussi d'éthique et de réglementation. Disons simplement ici que ces notions se correspondent largement, mais que la compliance va au-delà du seul respect de la réglementation dans la mesure où elle revêt une dimension de prévention et de gestion du risque. De même, nous avons fait le choix de parler d'autorités de contrôle, terme générique qui recouvrera aussi bien les autorités administratives indépendantes que les autorités dites de tutelle ou de régulation.

Afin de poser les contours de cette conférence, interrogeons-nous brièvement sur les enjeux qui seront débattus au cours des différentes tables-rondes.

### **1- Comment expliquer l'essor des recommandations des autorités ?**

La loi devrait en principe se suffire à elle-même, mais force est de constater que c'est de moins en moins le cas. En effet, le législateur doit s'en remettre aux autorités de contrôle pour préciser les contours des obligations des entreprises dans des domaines de plus en plus techniques dont seuls les professionnels maîtrisent tous les enjeux. Qu'il s'agisse de la protection des consommateurs, du respect des règles de concurrence, de la lutte contre la criminalité économique (corruption, blanchiment, financement du terrorisme), du respect des règles de transparence de la vie publique, de la protection des données personnelles, ou encore du contrôle de l'épargne et de l'information financière, le législateur s'appuie sur des organismes dotés de compétences et de moyens propres, ainsi que de pouvoirs de sanctions de plus en plus importants.

Au cours de la première table-ronde, nous essaierons ainsi de comprendre comment ces autorités élaborent ces normes interprétatives, s'assurent le cas échéant de leur cohérence avec les normes émises par d'autres autorités, et organisent (ou pas) des consultations avec les parties prenantes. En

effet, force est de constater que malgré le principe de spécialité qui organise la régulation autour d'organismes propres, de nombreuses questions peuvent entrer dans le champ de compétences de plus d'une seule autorité. Ainsi, pour n'en prendre que quelques exemples, en matière de lutte contre le blanchiment et financement du terrorisme, des lignes directrices conjointes ont été publiées par l'ACPR, TRACFIN et la DG Trésor.

De même, sur les questions de cyber-sécurité, l'ANSII et l'AMF ont également annoncé une coopération renforcée, ainsi qu'avec l'ACPR, pour la cyber-sécurité des marchés financiers. De même, la CNIL insiste particulièrement sur sa mission de contrôle des systèmes d'information afin de favoriser la mise en conformité avec le RGPD. Mentionnons également qu'en matière de lutte contre la corruption, la HATVP, l'AFA et le PNF disposent chacun de pouvoirs propres et doivent travailler de concert, comme ceci a été rappelé par Madame E. Houlette et Messieurs JL Nadal et C. Duchaine lors d'une table-ronde la semaine dernière à l'OCDE, à l'occasion de laquelle l'AFA et le PNF ont annoncé la signature d'un Protocole de Coopération dans l'objectif de renforcer l'efficacité de loi Sapin II.

Au final, la diversité des autorités et la prolifération de normes interprétatives pose le problème de la cohérence d'ensemble et de la lisibilité de ces normes pour les entreprises. Or, ces dernières doivent s'assurer que leurs programmes de compliance reflètent ces textes, sans parler des normes de droit extraterritoriales émises par des autorités étrangères souvent applicables aux entreprises françaises. Je pense ici particulièrement aux règles américaines en matière de lutte contre la corruption et de sanctions/embargos.

La compliance est donc devenue tentaculaire pour les entreprises, elle s'étend potentiellement à toutes les activités de l'entreprise et devient un enjeu considérable pour elles compte tenu des conséquences potentielles très lourdes en cas de défaut de conformité.

## **2- Les pouvoirs de contrôle et de sanctions des autorités**

Au fur et à mesure du temps, ces autorités de contrôle se sont vues dotées de pouvoirs de contrôle et de sanctions de plus en plus importants.

Ces contrôles peuvent prendre la forme de contrôles sur pièces et/ou sur place. Ainsi, à la lecture du questionnaire de l'AFA, on comprend que les thèmes du contrôle suivent les grandes orientations des recommandations. De même, le questionnaire relatif au dispositif LCB/FT renvoie aux lignes directrices de l'ACPR pour guider les entreprises assujetties.

En matière de protection économique du consommateur, on peut mentionner une récente lettre du Président de la Cour des Comptes aux Ministres de la Justice et de l'Economie le 18 décembre 2017, qui rappelle l'importance de la coopération de la DGCCRF avec l'AMF, l'ACPR ou encore l'ARCEP en matière de contrôles dévolus à la protection économique du consommateur.

Les autorités disposent de pouvoirs de sanctions de plus en plus importants, souvent exprimés en pourcentages de chiffre d'affaires. Ainsi, les sanctions de l'Autorité de Concurrence peuvent atteindre 10% du chiffre d'affaires, celles la CNIL à compter de l'entrée en vigueur du RGPD 4% du chiffre d'affaires, l'AMF 100 M€ pour les personnes morales et 15 M€ pour les personnes physiques. En ce qui concerne la DGCCRF, la lettre du Premier Président de la Cour des Comptes précitée recommande de renforcer le pouvoir de sanction de la DGCCRF et l'effectivité des sanctions administratives en les fixant en pourcentage du chiffre d'affaires, en ouvrant la possibilité d'une indemnisation des consommateurs à l'occasion d'une transaction conclue avec la DGCCRF, et en instituant la possibilité d'une publicité systématique des sanctions pendant une certaine durée, comme c'est le cas d'autres autorités, comme l'AMF.

Les contrôles des autorités se fondent de plus en plus sur la réalité et l'effectivité des dispositifs de compliance mis en place au sein des entreprises pour se conformer aux recommandations des autorités, en application de la loi. Ainsi l'ACPR examine lors de ses contrôles la robustesse des dispositifs LCB/FT des établissements assujettis et du contrôle interne afférent à ce dispositif à travers l'analyse des dossiers clients. Elle sanctionne régulièrement des établissements pour manquements à ces obligations essentielles, notamment en matière de déclarations de soupçons à TRACFIN. De même, la toute nouvelle agence française anti-corruption procède actuellement à des vagues de contrôles destinées à évaluer la mise en conformité avec le dispositif de lutte contre la corruption issue de la loi Sapin II. Les résultats de ces premiers contrôles devraient être connus prochainement. D'une manière générale, certaines autorités considèrent que les programmes de compliance sont un vecteur nécessaire au respect de la réglementation, mais qu'au-delà du programme de compliance leur mission est de s'assurer du respect de la réglementation.

Outre les sanctions administratives, souvent qualifiées de « quasi-pénales » compte tenu de leur importance, des sanctions pénales peuvent aussi résulter des contrôles : ainsi, avec la nouvelle peine dite de mise en conformité, prononcée par le juge pénal, avec l'obligation de se soumettre à un programme de mise en conformité, sous le contrôle de l'AFA.

Ces sanctions peuvent le cas échéant se cumuler avec celles prévues pour l'infraction de corruption ou trafic d'influence si elles sont poursuivies parallèlement.

Ces pouvoirs de sanctions de plus en plus lourds nécessitent de la part des entreprises une adaptation de leurs dispositifs de compliance afin d'intégrer les recommandations des autorités dans leurs programmes. Cette adaptation implique la mise en place de mesures d'organisation (prévention), de détection et de suivi de leur effectivité, de formation, et de remédiation en cas de non-respect.

Ces programmes doivent intégrer l'ensemble des risques pertinents de l'entreprise en assurant une communication effective entre les fonctions et les processus-clés. De même, ces programmes doivent former un tout cohérent malgré l'ampleur et la variété des risques sous-jacents. C'est pourquoi la fonction de compliance se développe de plus en plus, sur la base des guidelines des différentes autorités. Il s'agit bien d'une question centrale de gouvernance et d'organisation. Les directions juridiques et leurs conseils ont à cet égard un rôle essentiel à jouer, dans une partition où la direction générale et le Board donnent le ton et où les autres acteurs de l'entreprise, management, audit, contrôle interne ou encore RH occupent une place centrale. Est-il nécessaire de rappeler à cet égard que la loi Sapin II a institué une obligation préventive à la charge de certains dirigeants limitativement énumérés, en les incitant à s'impliquer personnellement en matière de politique préventive anti-corruption.

### **3- L'essor des transactions**

Fort du constat que le temps judiciaire n'est pas le temps de l'entreprise, les entreprises sont de plus en plus incitées à devoir conclure des transactions avec les autorités de contrôle, selon les circonstances. Les textes législatifs incitent d'ailleurs à de telles transactions. Bien connues depuis longtemps dans les procédures devant l'AMF (composition administrative) et l'Autorité de la Concurrence (non-contestation de griefs et transaction), elles sont appelées à se développer devant les autres autorités.

L'on se réfère souvent aux « deals de justice » conclus avec le DOJ américain par nombre d'entreprises dans le cadre de « Deferred Prosecution Agreements », qui ont fortement inspiré la CJIP. A ce jour 3 CJIP ont été conclus et il est probable que le mouvement ne s'essouffera pas de sitôt.

De même, la transaction en droit de la concurrence a pris son essor voici quelques années sous l'effet conjugué du développement de cet instrument en droit communautaire et des effets de la clémence, dont la philosophie est très proche du DPA.

Rentrent ainsi de plein pied dans notre système juridique et dans les entreprises des pratiques souvent inspirées du monde anglo-saxon. C'est un véritable changement de paradigme auxquels les acteurs devront s'habituer. Désormais, comme indiqué dans la Circulaire Pénale du 31 janvier dernier concernant l'application de la Loi Sapin II, il est attendu des entreprises en cas de violation grave de leurs programmes de compliance anti-corruption qu'elles en réfèrent aux autorités (voluntary disclosure), coopèrent pleinement avec ces dernières, conduisent une enquête indépendante et exhaustive aux moyens d'outils de forensic, identifient les causes de la violation des programmes et adoptent des mesures de remédiation appropriées, y compris des sanctions à l'encontre de dirigeants si nécessaire. C'est à ce prix que l'autorité de contrôle, ou le PNF, pourra accepter de ne pas poursuivre, moyennant une amende proportionnée en fonction des circonstances atténuantes et aggravantes. La transaction doit ensuite, comme vous le savez, être homologuée par un juge.

Pour débattre de ces sujets essentiels, l'AFJE et l'ACE ont réuni plusieurs autorités de contrôle, qui ont accepté d'échanger sur leur vision et leur pratique de l'élaboration des lignes directrices (quel que soit le terme qu'elles utilisent), des modalités de leurs contrôles et le cas échéant des sanctions en cas de manquement, y compris au moyen de transactions.

Avant de laisser leur laisser la parole, je voudrais insister sur le fait que la compliance doit être avant tout au service de la raison d'être de l'entreprise, y compris de ses parties constituantes et parties prenantes. Elle ne doit surtout pas être à son propre service, au détriment de la compétitivité des entreprises françaises. Plus la coopération entre les autorités et les entreprises sera fructueuse, plus ces dernières internaliseront les exigences des premières, moins nécessaire sera le recours aux sanctions, souvent mal vécues au sein des entreprises, voire traumatisantes. Cette coopération doit avoir pour visée de guider les entreprises dans un cercle vertueux de compliance, car la plupart des manquements ne révèlent pas d'élément intentionnel mais relèvent plus de lacunes dans la gouvernance, l'organisation, le contrôle et l'audit des programmes de compliance. A cet égard, il ne fait guère de doute que si la compliance a un coût de plus en plus important, et ne parait pas créer de valeur à court terme, elle est pourtant devenue fondamentale dans une optique de développement pérenne et éthique de l'entreprise.

Compliance : au service de l'entreprise et de la compétitivité des entreprises.

La compliance est donc bien l'affaire de tous.

Sans plus tarder, j'invite maintenant Maria Lancri et les intervenants à la première table ronde.



**Intervenants :**

**Renaud Jaune**, Sous-directeur du Conseil, de l'analyse stratégique et des affaires internationales, AFA

**Sophie Nerbonne**, Directrice de la conformité, CNIL

**David Ginocchi**, Chef du pôle juridique et études, HATVP

**Laëtitia Ménasé**, Directeur juridique groupe, Canal +

Modérateur : **Maria Lancri**, Avocat, Of counsel, GGV

---

**ML :** Les textes de loi restent assez théoriques et ne peuvent pas être adaptés en permanence. Donc depuis de longues années, s'est développée la pratique des lignes directrices. On connaît déjà les interprétations de la DGCCRF, de la Commission européenne, sur lesquelles il est écrit qu'elles n'ont pas de valeur légale. De ce fait, nous nous sommes dit qu'il était temps de voir tout cela avec les autorités qui les rédigent, ainsi qu'avec les entreprises qui les appliquent. De fait, beaucoup de nouveaux textes sont tombés en même temps en France. Il faut tout analyser, ce qui demande des moyens etc. Ces textes de droit économique, nécessitent d'être plus en prise avec le monde économique et les entreprises pour guider au mieux l'application de la loi, d'où la nécessité de lignes directrices. **Comment avez-vous mis en place ces lignes directrices ? Avez-vous consulté des autorités étrangères ? Des entreprises ?**

**RJ :**

Nous avons opté pour une consultation publique, alors qu'un arbitrage était possible entre une consultation limitée et une consultation publique. Finalement le gain de temps d'une consultation limitée aurait été minime. Trois raisons nous ont poussés à opter pour la consultation publique des recommandations qui a débuté en octobre / novembre 2017 : privilégier l'aspect transparent de la consultation publique ; bénéficier du retour large de tous les sachants et ainsi accélérer notre génération de force ; affirmer le caractère universel du standard anticorruption (d'ailleurs l'article 17 dans sa protoversion est issu d'un programme imposé à une grande entreprise française).

450 contributions ont été reçues. A ce stade, nous n'avons pas reçu de contributions émanant d'autorités étrangères, avec lesquelles des relations de travail ont néanmoins débuté depuis deux mois et demi.

**ML :** **Avez-vous eu des retours sur les guidelines publiées en anglais ?**

**RJ (AFA) :**

Pas vraiment. Nous sommes en contact avec des autorités étrangères depuis début automne 2017. Le dialogue étant à présent plus important, notamment en matière de coopération sur les dossiers, il est possible que des retours nous soient adressés.

**ML :** Les guidelines sont émises au niveau du G29. Néanmoins la consultation a été réalisée au niveau de la CNIL. Le thème de la protection des données à caractère personnel n'est pas nouveau, **qu'est-ce qu'a apporté la consultation ?**

## **SN (CNIL) :**

La loi sur la protection des données personnelles a eu 40 ans cette année et la nouvelle loi informatique et libertés est en voie d'adoption. La commission mixte paritaire se tient d'ailleurs aujourd'hui et tant cette loi que son décret d'application devront être prêts pour le 25 mai prochain, date d'application du RGPD, dont le caractère fondamental doit être relevé à plusieurs titres.

La protection des DCP est en effet au cœur de nos valeurs européennes. Le RGPD reprend les mêmes principes que nous connaissons depuis longtemps, en les rénovant et en complétant les droits des personnes (droit à la portabilité, à l'effacement...). Le RGPD est conçu pour constituer le cadre unique applicable en Europe et également pour permettre aux ressortissants, entreprises et Etats européens, de recouvrer leur souveraineté vis-à-vis des grands acteurs économiques internationaux. Il s'applique à tous les traitements dès lors qu'ils ciblent les ressortissants européens (dimension extraterritoriale).

L'objectif des 28 autorités de protection des données en Europe est de réussir le nouveau modèle de gouvernance en concertation avec les acteurs. Sous l'impulsion de la présidente de la Cnil, alors présidente du G29, des concertations ont été organisées avec les acteurs privés (entreprises, société civile...) sur tous les travaux engagés en vue d'explicitier et de préciser certains principes clés du RGPD : consentement, transparence, PIA, DPO, droits des personnes concernées, portabilité, profilage... Ainsi il existe des guidelines sur tous ces thèmes et restent à venir les questions de la certification, des codes de conduite professionnels...

Les consultations ont été complétées par des « fablab », ateliers de travail à Bruxelles impliquant fédérations professionnelles européennes, universitaires, société civile au niveau européen pour amender les lignes directrices européennes. Mais les lignes directrices européennes ne peuvent pas non plus tout régler, le travail de la CNIL est complémentaire. Ces consultations étaient voulues par la CNIL pour permettre des remontées d'interrogation des acteurs. Plus de 500 réponses émanant tant du grand public que des entreprises privées ont été reçues et analysées pour amender les projets. La CNIL avait elle-même initié au niveau français sur son site qui a permis d'enrichir les réflexions menés au niveau européen.

Les consultations se poursuivent pour ce qui est de la construction de référentiels sur des traitements propres à certains secteurs d'activité. Si la loi I&L s'est avérée aussi robuste dans le temps, c'est grâce à la généralité des principes, qu'il est nécessaire de décliner de façon opérationnelle dans les différents métiers et secteurs d'activité, d'où l'importance de la construction de ces référentiels sur des thématiques précises (gestion RH, lutte blanchiment...). Cela fait plusieurs années que la Cnil mène ce travail de fond dans une approche tout à la fois d'inter-régulation (entre les autorités de régulation concernées) et de corégulation (avec les acteurs économiques).

Dès 2014 a été créée au sein de la CNIL une direction de la conformité intégrant la direction juridique afin de toujours davantage être en mesure de produire un droit appliqué, opérationnel, ce qui rejoint la philosophie du RGPD qui met l'« accountability », la responsabilisation des acteurs au premier plan, qui doivent être en mesure de démontrer qu'ils ont mis en place les mesures techniques et organisationnelles nécessaires pour assurer la conformité au RGPD.

**ML :** La coopération entre les autorités sur la mise en œuvre de points de l'article 17 est un sujet (notamment l'articulation avec le RGPD, DD de tiers, la loi DV, et la remontée d'infractions pénales).

Pr exemple l'AU-004 a été adaptée à l'article 17 mais pas à la loi sur le devoir de vigilance. Cette loi pose d'ailleurs une difficulté : elle n'a pas d'autorité de contrôle. **Avez-vous avancé sur la coopération entre autorités ?**

**SN (CNIL) :**

Oui, sur la thématique des alertes professionnelles, l'AFA et la CNIL ont entamé un dialogue afin de déboucher sur des prises de position communes. Ce processus de coopération est engagé depuis le début de l'année. L'AU-004 va être transformée à l'occasion de l'entrée en application du règlement puisque celui-ci supprime largement le dispositif d'autorisations préalables des traitements par la Cnil. Nous allons en faire un référentiel permettant aux acteurs de savoir qu'en l'utilisant, ils sont conformes au RGPD et à l'occasion de cette mutation, nous prendrons en compte les éléments remontés tant par l'AFA, Transparency International que par les entreprises. Le référentiel est en cours de mise à jour comme le sont de nombreux autres outils de conformité et une priorisation doit être opérée par la commission car tous les dossiers ne peuvent être traités en même temps.

**RJ (AFA)**

La coopération doit se faire à trois : les deux autorités de contrôle, mais aussi l'entité vérifiée. Ces trois acteurs ont tous un intérêt à des solutions coopératives. Par exemple, même les autorités de contrôle ou de poursuite les mieux armées ont un gain à un travail coopératif, ne serait-ce que parce qu'il diminue le volume de leurs efforts d'investigation pour un résultat donné. Cela vaut a fortiori pour les autres autorités de contrôle. Quant aux entreprises, elles ont intérêt à faciliter une coopération, qui peut leur donner l'espoir d'éviter des doubles sanctions.

Au passage, je signale à l'assistance que le déploiement de programmes anticorruption peut conduire à mettre au jour des questions sur des faits passés. Il ne faut pas hésiter à nous signaler ces questions pour nous permettre d'examiner les meilleures voies de sortie.

**ML à DG : Pouvez-vous présenter la HATVP ? Concernant le registre des représentants d'intérêts combien avez-vous d'inscrits ? Quelles étaient les spécificités de la consultation HATVP ?**

**DG (HATVP)**

Nous avons un peu plus de 1300 inscrits sur le répertoire des représentants d'intérêts. Ce chiffre est en augmentation mais le dispositif n'est pas d'appropriation facile pour les acteurs.

Lors du lancement du registre l'an dernier, nous devions faire face à trois contraintes principales :

- La définition du lobbyiste au sens de la loi Sapin 2 ne correspond pas toujours à la notion de lobbyiste au sens commun. Il y a donc un grand besoin de pédagogie et d'explications auprès des acteurs, d'autant plus que le cadre législatif et réglementaire est complexe.
- Une autre contrainte était l'absence de standards internationaux pouvant servir de modèle de référence et le fait que ce sujet ne soit pas le cœur de métier initial de la HATVP, plus centré sur la vie publique, qui a dû s'adapter.
- Enfin, le calendrier était très serré. Le décret d'application est paru en mai 2017, pour une entrée en vigueur de la loi au 1<sup>er</sup> juillet 2017.

Afin d'élaborer des lignes directrices rapidement, nous avons traité l'urgence d'abord : il s'agissait en premier lieu d'expliquer ce qu'est un représentant d'intérêts au sens de la loi Sapin II et les informations à déclarer au moment de l'inscription sur le répertoire. Après cette première phase, nous avons traité le sujet des déclarations annuelles d'activité. Dès la publication du décret, la Haute Autorité a lancé une consultation publique en ligne sous forme d'un questionnaire d'une trentaine de questions. La consultation, ouverte pendant un mois, a permis d'obtenir 249 contributions, qui ont été synthétisées et prises en compte pour la première version des lignes directrices.

Dans une seconde phase, des lignes directrices pré-rédigées ont été soumises et discutées en groupes de travail, organisés par type de structure de représentants d'intérêts, afin de traiter de manière approfondie les problématiques spécifiques à chaque catégorie d'organisme (entreprises, fédérations et associations professionnelles, cabinets d'avocats et de conseil, associations). Ces groupes se sont réunis deux fois chacun à la fin de l'année 2017, et ont permis d'aboutir en janvier 2018 à la version actuellement en vigueur des lignes directrices.

**ML : Donc sait-on aujourd'hui ce qu'est un représentant d'intérêts? Pouvez-vous nous donner 2 exemples ?**

**DG (HATVP) :**

Sont concernées les personnes morales qui ont en leur sein un membre, un salarié ou un dirigeant qui a pour activité principale ou régulière de représenter les intérêts de l'organisation auprès des responsables publics visés par la loi. Cela peut également être une personne physique qui exerce une activité professionnelle à titre individuel, par exemple un consultant ou un avocat indépendant.

Il y a cinq critères pour qualifier une action de représentation d'intérêts :

- Entrer en communication avec un responsable public ;
- Ce responsable public doit être visé par la loi ;
- L'interaction doit porter sur une décision publique ;
- L'interaction doit être à l'initiative du représentant d'intérêts ;
- L'interaction doit avoir pour but d'influer sur une décision publique.

Si on prend le cas typique d'une visite d'usine par un ministre, il ne s'agit pas nécessairement d'une action de représentation d'intérêts car on n'influe pas nécessairement sur une décision publique. Il peut s'agir simplement de présenter l'entreprise, ce qui n'est pas de la représentation d'intérêts au sens de la loi Sapin II. De même un avocat en droit de la concurrence qui entre en contact avec l'autorité de la concurrence pour défendre les intérêts de son client n'est pas nécessairement un représentant d'intérêts car il n'a pas forcément pour objectif d'influer sur une décision publique. Il faut donc distinguer, parmi les interactions avec les décideurs publics, celles qui répondent aux critères qui viennent d'être rappelés.

**SN :**

Qu'en est-il d'une réponse faite par une entreprise à une consultation publique par une autorité ?

**DG (HATVP) :**

Il ne s'agit pas d'une action de représentation d'intérêts car en ce cas l'initiative est prise par le responsable public, pas par le représentant d'intérêts.

**ML à LM : Alors êtes-vous toujours perplexe sur la qualification de représentant d'intérêt ?**

**LM (CANAL) :**

Chez CANAL nous avons eu une vision très extensive du représentant d'intérêts.

**ML : Lorsque des lignes directrices sont émises, cela permet-il d'aller voir la direction et de faire avancer les choses ?**

**LM (CANAL) :**

Oui parce que cela permet de donner des exemples de comportements qui pourront être sanctionnés, et malheureusement c'est souvent la perspective de sanctions qui fait bouger. La compliance peut être très lourde et les lignes directrices permettent de revenir au réel. Mais la mise en œuvre est plus problématique dans les petites structures sans direction conformité/juridique...

**ML : Allez-vous publier des lignes directrices à l'attention des PME ?**

**SN (CNIL) :**

La publication d'un « guide de survie pour la gestion des DCP » est prévue par la CNIL le 17 avril 2018<sup>1</sup> : il s'agit de sensibiliser les PME et TPE sur leurs obligations. L'objectif est de permettre de diffuser simplement et de manière opérationnelle les obligations incombant à tous responsable de traitement ou sous traitant. Il s'agit de démystifier ce qui peut sembler angoissant, aux dires de certains chefs d'entreprise, tel que le registre de traitements, les PIA, le droit à la portabilité. La CNIL y a travaillé pour co éditer ce guide avec la BPI, de même qu'elle a apporté son concours au guide réalisé par la CPME.

Les TPE PME sont souvent des sous-traitants et les contrats de sous-traitance doivent être modifiés pour intégrer les nouvelles contraintes imposées aux sous traitants. Les PME/TPE doivent donc les respecter afin de pouvoir se développer et conserver leurs clients actuels. Tous les secteurs d'activité sont concernés et des fédérations professionnelles qui n'avaient pas de contact avec nous jusqu'à présent se tournent maintenant vers la CNIL pour pouvoir aider au mieux leurs adhérents.

**RJ (AFA) :**

Les PME, même si elles ne sont pas assujetties à l'article 17 de la loi Sapin II, peuvent être concernées. Par exemple, les contrats qu'elles concluent avec des firmes plus grandes

---

<sup>1</sup> La publication de ce guide est maintenant effective : La CNIL et Bpifrance s'associent pour accompagner les TPE et PME dans leur appropriation du Règlement européen sur la protection des données (RGPD) <https://www.cnil.fr/fr/la-cnil-et-bpifrance-sassocient-pour-accompagner-les-tpe-et-pme-dans-leur-appropriation-du-reglement>

contiennent régulièrement des clauses d'obligation de conformité. Nous avons commencé un premier travail en direction des PME en proposant une recommandation destinée aux acteurs de faible ressource. Par ailleurs, nous avons mis en ligne une grille d'autoévaluation ciblée sur les petites entreprises et les collectivités locales de proximité.

### **ML : Qu'en est-il des certifications ? Où en sont les travaux ? Y a-t-il des coopérations avec les fédérations professionnelles ?**

#### **SN (CNIL) :**

Dans le RGPD, deux outils de conformité sont mis en avant pour permettre de justifier de sa mise en œuvre : les codes de bonnes pratiques professionnelles ainsi que les mécanismes de certification. La CNIL exerce un pouvoir de labellisation depuis 2012 et a ainsi élaboré et adopté quatre référentiels, et délivré plus de 120 labels à des organismes concernant soit la formation dispensée sur la protection des DCP, soit les modèles de gouvernance dont les entreprises ou collectivités se prévalent, ou encore des audits de traitement. Elle va mettre fin à cette activité pour recourir aux tiers certificateurs, dont c'est le métier et qui pourront régulièrement contrôler la valeur des certificats délivrés, outre les contrôles pouvant être menés par la Cnil. La Cnil se concentrera sur son cœur de métier, à savoir l'élaboration des référentiels et envisage le mois prochain de consulter les acteurs sur la question des compétences du DPO : qui a les compétences pour ce nouveau métier ?

#### **RJ (AFA) :**

Sur la question des PME, nous avons clairement écrit dans les recommandations de l'AFA qu'elles n'avaient pas de valeur contraignante. Mais elles ont la prétention d'être un référentiel commun utilisable par tous.

La maîtrise du risque nécessite une approche proactive de la gestion, une mise en interaction des fonctions juridiques (code de conduite) et de la gestion (cartographie des risques). Cette mobilisation des ressources de gestion et du droit peut se faire dans n'importe quelle structure.

Nous avons collectivement une question méthodologique redoutable devant nous : à quel seuil/plancher doit-on passer d'un contrôle interne à un contrôle externe ? La loi Sapin II propose un seuil de 500 salariés et 100 millions de chiffre d'affaires, qui garantit que les structures disposent de moyens d'action anticorruption. En-dessous des seuils de la loi, les acteurs qui souhaitent mettre en œuvre un programme et qui n'auraient pas les moyens peuvent se soumettre à des contrôles externes par exemple en prenant des engagements de publication de leurs décisions.

Sur les certifications, la norme ISO 37001 converge à peu près avec le référentiel défini par nos recommandations, mais il reste une question : comment une entreprise peut-elle se racheter une bonne conduite lorsqu'elle est marquée par un risque de corruption ? Dans ce cas, les entreprises peuvent être exclues de contrats par des logiciels de due diligence trop automatisés, et on n'est pas certain que le fait de se soumettre à la norme 37001 les prémunisse contre ce risque. Dans ce cas, faudra-t-il prévoir un référentiel plus exigeant qui permette aux entreprises de donner des garanties renforcées ? Faudra-t-il faire une norme 37001 bis ?

### **Q à LM : les lignes directrices sont-elles plus que des documents d'aide ?**

**LM (CANAL) :**

Nous les appliquons à la lettre. Il apparaît qu'elles s'imposent, sans marge de manœuvre quand bien même elles sont du droit souple.

**ML : Cela n'est-il pas trop compliqué d'appliquer les différentes lignes directrices des différents pays ?**

**LM (CANAL) :**

L'articulation à l'international est un peu compliquée : il s'agit de mettre en place une organisation permettant une remontée d'informations. Par exemple la nomination de DPO dans les différents pays permet aussi d'éclater les responsabilités.

**ML : Dans le registre des représentants, les avocats inscrits devront indiquer leurs activités de lobbying et donc le nom de leurs clients. Ainsi on pourra savoir qui a besoin d'une assistance lobbying. Cela soulève la question du secret de la relation avocat/client. Les avocats devront-ils indiquer le nom des clients qu'ils représentent ?**

**DG (HATVP) :**

Il s'agit là d'un des sujets sensibles dans la relation régulateur/régulé : la déclaration des clients (particulièrement pour les avocats représentants d'intérêts). Ce sujet du secret des relations des avocats a été un gros point de discussion entre la HATVP et le CNB. Il n'y a au final pas d'autre solution que de séparer les deux activités d'avocat et de représentation d'intérêts, et notamment de facturer séparément.

Nous avons un peu plus de 1300 inscrits sur le répertoire des représentants d'intérêts. Ce chiffre est en augmentation mais le dispositif n'est pas d'appropriation facile pour les acteurs.

Lors du lancement du registre l'an dernier, nous devons faire face à trois contraintes principales :

- La définition du lobbyiste au sens de la loi Sapin 2 ne correspond pas toujours à la notion de lobbyiste au sens commun. Il y a donc un grand besoin de pédagogie et d'explications auprès des acteurs, d'autant plus que le cadre législatif et réglementaire est complexe.
- Une autre contrainte était l'absence de standards internationaux pouvant servir de modèle de référence et le fait que ce sujet ne soit pas le cœur de métier initial de la HATVP, plus centré sur la vie publique, qui a dû s'adapter.
- Enfin, le calendrier était très serré. Le décret d'application est paru en mai 2017, pour une entrée en vigueur de la loi au 1<sup>er</sup> juillet 2017.

Afin d'élaborer des lignes directrices rapidement, nous avons traité l'urgence d'abord : il s'agissait en premier lieu d'expliquer ce qu'est un représentant d'intérêts au sens de la loi Sapin II et les informations à déclarer au moment de l'inscription sur le répertoire. Après cette première phase, nous avons traité le sujet des déclarations annuelles d'activité. Dès la publication du décret, la Haute Autorité a lancé une consultation publique en ligne sous forme d'un questionnaire d'une trentaine de questions. La consultation, ouverte pendant un mois, a permis d'obtenir 249 contributions, qui ont été synthétisées et prises en compte pour la première version des lignes directrices.

Dans une seconde phase, des lignes directrices pré-rédigées ont été soumises et discutées en groupes de travail, organisés par type de structure de représentants d'intérêts, afin de traiter de manière approfondie les problématiques spécifiques à chaque catégorie d'organisme (entreprises, fédérations et associations professionnelles, cabinets d'avocats et de conseil, associations). Ces groupes se sont réunis deux fois chacun à la fin de l'année 2017, et ont permis d'aboutir en janvier 2018 à la version actuellement en vigueur des lignes directrices.

## **Table Ronde 2 - LES CONTRÔLES DES AUTORITÉS**

---

Thèmes : Les contrôles ou saisies sont souvent inopinés et mal perçus par les entreprises : comment mieux les appréhender et engager un dialogue avec l'autorité de contrôle ?

Quelles suites aux contrôles : observations, recommandations, suivi et éventuellement sanctions.

---

### **Intervenants :**

**Sophie Schiller**, Professeure des Universités, membre de la Commission des Sanctions, AMF

**Astrid Mariaux**, Chef du Service des Contrôles – Affaires Économiques, CNIL

**Astrid Astrid Peyrard** - Chef du Services des contrôles de la CNIL - secteur affaires publiques, RH et santé

**Henri Génin**, Chef du Service Juridique, AdLC

**Henri de Ganay**, Directeur des Affaires Juridiques, Secrétariat Général, ACPR

**Salvator Erba**, Sous-Directeur du Contrôle, AFA

**Modérateur : Dominique Dedieu**, Avocat, Fondatrice du cabinet 3DTIC

---

**DD** : Nous allons voir comment, dans l'intérêt des autorités comme dans celui des entreprises, se préparer et vivre au mieux un contrôle des Autorités. Nous allons aborder la question de la coopération en cours de contrôle et celle de l'issue des contrôles. Nous commencerons donc par une présentation générale de chaque autorité. **Pouvez-vous décrire la nature et la conception de la coopération attendue des entreprises en cas de contrôle, et quels sont les bons interlocuteurs à cet effet au sein des entreprises ? Quelles sont les spécificités de votre autorité sur l'étendue et le pouvoir de contrôle, et les relations avec les entreprises ? Comment choisissez-vous les sociétés que vous contrôlez ?** Toutes les autorités ont indiqué, lors de la préparation de cette table ronde, ne pas tant être intéressées par les sanctions pécuniaires, que par les mesures d'accompagnement qu'elles veulent mettre en œuvre pour permettre aux entreprises de se mettre en conformité. **Pouvez-vous décrire ces mesures d'accompagnement ?**

**HG (ADLC) :**

L'ADLC a pour mission de veiller au libre jeu de la concurrence dans tous les secteurs de l'économie. Elle n'exerce aucun pouvoir réglementaire. En revanche, elle a une activité consultative très riche et peut même, depuis 2008, prendre l'initiative de donner son avis sur toute question concernant la concurrence. Pour diffuser et promouvoir la culture de concurrence, l'ADLC encourage les entreprises à adopter des programmes de conformité comme instruments de prévention.

Dans un communiqué du 19 octobre 2017, l'Autorité a réaffirmé l'importance qu'elle attache aux programmes de conformité et elle continuera à encourager les entreprises à y recourir. L'élaboration et la mise en œuvre de ces programmes ont aujourd'hui vocation à s'insérer dans la gestion courante des entreprises, tout particulièrement lorsque celles-ci sont de taille conséquente.

Les programmes adoptés par les entreprises, en dehors de toute procédure contentieuse, ne sont pas contrôlés par l'Autorité. Si l'entreprise qui a adopté un programme de conformité enfreint néanmoins les règles de la concurrence, cette circonstance ne sera pas retenue pour aggraver la sanction encourue.

**DD :** C'est là une différence essentielle avec d'autres autorités : il n'y a pas de vérification a priori des programmes de compliance.

#### **HG (ADLC) :**

C'est exact, sauf dans le cas des programmes de conformité mis en œuvre par les entreprises au titre des engagements acceptés par l'Autorité à l'occasion de l'ancienne procédure de non contestation des griefs. Dans ce cas, l'engagement pris par l'entreprise de modifier son comportement pour l'avenir et d'adopter un programme de conformité pouvait être pris en compte dans la fixation du montant de la sanction. L'Autorité continue à contrôler la mise en œuvre des programmes adoptés dans ce cadre juridique.

L'Autorité de la concurrence estime désormais que les engagements portant sur la mise en œuvre de tels programmes, susceptibles d'être pris par les entreprises qui se sont vu notifier des griefs et qui demandent à bénéficier de la nouvelle procédure de transaction, n'ont plus vocation à justifier automatiquement une atténuation des sanctions encourues au titre des infractions au droit de la concurrence, tout spécialement s'agissant d'infractions d'une particulière gravité telles que les ententes et échanges d'informations sur les prix futurs et la politique commerciale.

L'ADLC sanctionne les infractions aux dispositions des articles 101 et 102 TFUE et 420-1 et 420-2 du code de commerce. Le plafond maximal de l'amende est fixé à 10 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe.

Ces sanctions sont prononcées après une enquête et une instruction destinées à établir les pratiques anticoncurrentielles prohibées et à en identifier les auteurs.

Les enquêtes sont décidées au vu d'indices portées à la connaissance du rapporteur général, notamment par la DGCCRF. En 2017, 7 enquêtes ont été ouvertes par les services d'instruction de l'Autorité au vu de rapports transmis par le ministère de l'économie.

Les instructions supposent une saisine préalable de l'Autorité de la concurrence. Ce sont majoritairement les entreprises qui saisissent l'Autorité des pratiques anticoncurrentielles dont elles s'estiment victimes. En 2017 sur les 24 saisines enregistrées, 20 émanaient d'entreprises, 2 de fédérations professionnelles et 2 du ministre de l'économie.

La procédure de clémence, introduite par loi NRE en 2001, permet à une entreprise qui révèle l'entente à laquelle elle a participé, de bénéficier d'une exonération totale de sanction si elle est la première à la révéler, si elle met un terme aux pratiques et si elle apporte des éléments d'informations suffisants pour établir une infraction. Il s'agit d'un moyen efficace de détection

des infractions dissimulées, notamment des cartels. Une seule demande de clémence a été présentée en 2017, 7 l'ont été en 2016. Au total, 12 décisions de sanctions ont été prononcées à la suite de procédures de clémence depuis 2001.

En tout état de cause, toute entreprise doit répondre, de façon active et loyale, aux questions et aux demandes de communication de documents que lui adressent les rapporteurs dans le cadre de leur instruction. Cette année, et pour la première fois, une entreprise a été sanctionnée pour obstruction. Cette décision qui fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris n'est pas définitive.

Instructions et enquêtes confondues, l'Autorité a été saisie en 2017 de 32 affaires nouvelles pouvant conduire à des investigations auprès des entreprises. 9 décisions de sanctions seulement ont été prononcées pour un montant global de 500 millions. Mais la sanction n'est pas une fin en soi. Elle constitue l'un des outils dont dispose l'Autorité pour faire respecter le droit de la concurrence et est utilisée pour les infractions les plus graves. Effectives et dissuasives, les sanctions doivent être proportionnées. L'injonction de publication de la décision de sanction concourt efficacement à la dissuasion.

S'agissant de coopération entre autorités, les autorités nationales de concurrence (ANC) et la Commission coopèrent activement au sein du Réseau européen de concurrence (REC). Les ANC peuvent ainsi mener des inspections communes, s'échanger des indices et des preuves ou encore réallouer une affaire à l'autorité la mieux placée.

Des passerelles existent également avec les juridictions pénales qui peuvent communiquer leurs procédures à l'Autorité. Les agents de l'Autorité sont tenus d'aviser le procureur de la République des infractions qu'ils constatent dans l'exercice de leurs fonctions. Enfin, l'article L. 83 du livre des procédures fiscales permet à l'administration fiscale de se faire communiquer des informations détenues par l'Autorité.

**DD (à SS) :** L'AMF quant à elle se distingue par son antériorité en matière de contrôle et son nouvel outil sur les « priorités de supervision de 2018 »

**SS (AMF) :**

En réalité je suis mal placée pour parler de l'AMF, puisque je ne suis que très marginalement membre de l'AMF, et surtout professeur de droit privé. J'exerce des fonctions dans le cadre de la commission des sanctions, qui est très isolée des services de l'AMF. L'organisation de l'AMF garantit une étanchéité entre la commission des sanctions et les enquêtes, les contrôles et le collège déclenchant les poursuites.

L'antériorité de l'AMF peut permettre de donner des conseils aux jeunes autorités.

L'AMF a une démarche de coopération et de contrôle : il y a un suivi tout au long du travail de l'AMF et une coopération régulière avec tous les acteurs, qui parfois déclenche des contrôles.

Les contrôles peuvent faire suite à des propositions par les services de l'AMF. Les contrôles restent une démarche relativement marginale (une quarantaine de contrôles par an).

A partir de 2018, l'AMF définit en effet des « priorités de supervision » qui ont été rendues publiques. La compliance de l'AMF est différente (de celle présentée précédemment par

d'autres intervenants). Il n'y a pas de plan ou de programme de compliance : il s'agit simplement du respect de la réglementation, ce qui reste une tâche difficile à cause des textes très nombreux. Les priorités de supervision reviennent à « donner aux acteurs les sujets d'examens ». Voici quelques exemples de priorités pour 2018 :

- La gestion ISR, les fonds qui se déclarent ISR. Quels sont les moyens pour pouvoir au mieux comprendre le caractère ISR ?
- Le niveau de fonds propres des sociétés de gestion.
- Les abus de marché : déclarations d'opérations suspectes.

Ces priorités de supervision illustrent bien le rapport entre coopération et contrôle. La réaction des acteurs du marché a d'ailleurs été très positive.

**DD** : le document prévoit que 60 acteurs feront l'objet de « supervision » cette année.

**SS (AMF)** :

Oui, ce qui va entraîner le doublement des contrôles, 40 contrôles environ seront effectués cette année. Les thématiques sont certes plus limitées plus ponctuelles, mais il s'agit tout de même d'une augmentation.

**DD** : Même question à la CNIL : **Quels sont les droits et devoirs des entreprises ? Comment se déroule la coopération avec les autres autorités ? Notamment sur la question de la conservation et de la destruction des données ?**

**AM (CNIL)** :

La CNIL marche sur 2 jambes :

- Le conseil / la conformité
- La répression et le contrôle. La CNIL a compétence pour des missions de vérification dès lors que des opérations de traitements sur des données à caractère personnel sont réalisées. Bientôt ces missions seront menées dans le cadre du RGPD.

Les contrôles ont 4 origines principales :

- les plaintes en ligne ou par courrier, soit plus de 8000 instruites par le service des plaintes en 2017 (par ex : caméra de surveillance, listes de prospection alors que demande de retrait...);
- les contrôles de secteurs déterminés dans le cadre du programme annuel ;
- les initiatives des agents de la commission (sur la base de signalements dans la presse, à cause d'un grand nombre de DCP collectées, etc.)
- les contrôles post-mise en demeure (ou post-clôture) d'entreprises ayant déjà fait l'objet de contrôles (réponses insuffisantes, déclenchant un nouveau contrôle, en général sur place).

Il existe 4 modalités de contrôle :

- sur pièces : les pièces sont envoyées par l'entreprise dans un délai déterminé ;
- contrôle en ligne des données librement accessibles depuis internet

- auditions dans les locaux de la CNIL : typiquement sur des startups ne disposant pas de locaux qui viennent alors avec leur matériel informatique ;
- sur place : contrôles inopinés (possibles de 6h à 21h). L'équipe de contrôles est composée de juristes et auditeurs des systèmes d'information. L'organisme contrôlé peut se faire assister d'un avocat. Il peut s'opposer au contrôle. Dans cette hypothèse, la Commission demande au juge des libertés et de la détention de l'autoriser par voie d'ordonnance à procéder au contrôle. La Commission peut, le cas échéant, se faire assister par les forces de l'ordre lors des missions de vérification.

Les entreprises disposent d'un certain nombre de droits : elles se voient notifier la décision de contrôle, l'ordre de mission et la possibilité de s'opposer au contrôle.

**DD :** Nous observons que le champ d'intervention de la CNIL est très large puisqu'à la différence des autres autorités, la CNIL peut contrôler tout professionnel et tout individu comme toute entité de toute taille et tous ne disposent pas des mêmes moyens pour leur défense.

**AM (CNIL):**

La CNIL coopère avec d'autres autorités, pour bénéficier de leur expertise, comme par exemple la DGCCRF, l'inspection du travail... Dans les contrôles en commun avec des experts, chacun agit néanmoins dans le cadre de sa propre procédure.

Le RGPD laisse une grande place à la coopération européenne avec les autres autorités puisque, en cas de traitements transfrontaliers, une réponse unique sera apportée par les autorités de protection européennes.

Le but de la mission de contrôle n'est pas nécessairement de sanctionner mais avant tout la conformité.

Le contrôle peut déboucher sur une clôture avec observations simples, quand il n'y a pas de manquement. En cas de manquements, la voie privilégiée est la mise en demeure, qui n'est pas une sanction, et donne l'opportunité de se mettre en conformité dans un délai imparti en prenant des mesures correctives. S'ouvre alors une phase de conseil.

Des sanctions sont prononcées en cas de manquements graves. La Présidente de la Commission désigne un rapporteur qui rédige un rapport et saisit la formation restreinte de la CNIL. Actuellement les sanctions pécuniaires peuvent s'élever à 3 millions d'euros, ce plafond sera augmenté par le RGPD.

En 2017, sur 8300 plaintes et 350 contrôles environ, seules 14 sanctions ont été prononcées.

**DD :** Mêmes questions pour l'ACPR. **Quelles sont les spécificités des contrôles ACPR ?**

**HdG (ACPR) :**

Le champ d'application des contrôles porte sur les organismes des secteurs de la banque et de l'assurance.

Il y a plusieurs domaines de contrôle :

- le contrôle prudentiel (la solidité financière des organismes, le respect de réglementations spécifiques : directives Solvabilité 2, CRD 4)

- le respect des règles destinées à assurer la protection de la clientèle ;
- laLABLAT.

Dans le secteur des assurances cela représente environ 750 entités agréées, et 740 dans le secteur de la banque. Nous contrôlons aussi la population des intermédiaires en opérations de banques et d'assurance (soit plusieurs dizaines de milliers d'acteurs pouvant aussi faire l'objet de contrôles).

Depuis la mise en place du mécanisme de supervision unique en 2014, cette mission est exécutée en assistance de la BCE pour le contrôle prudentiel dans le secteur de la banque.

L'ACPR combine contrôles sur pièces et sur place. Le contrôle sur pièces se fait au moyen de reporting, de questionnaires, des rapports de contrôle internes annuels... Il passe également par des contacts réguliers avec les organismes sous forme de réunions, d'échanges écrits...

Il est évidemment tenu compte d'un principe de proportionnalité dans l'allocation des moyens de contrôle (selon la taille, la complexité des entités)

Comment sont déterminés les contrôles sur place ? Le collège de l'ACPR détermine chaque année les priorités de contrôle (comme prévu dans la loi), soit des thématiques générales et non une liste d'organismes, en fonction des analyses de risques faites dans chaque domaine ; par exemple en 2017 : le gel des avoirs en matière de lutte contre le terrorisme, la commercialisation des contrats de santé individuels dans le domaine de la protection de la clientèle.

Ensuite le secrétaire général décline ces priorités pour déterminer une liste d'entités à contrôler, en fonction notamment des activités des établissements, de leur profil de risques.

L'ACPR a adopté une charte de conduite des missions de contrôle sur place disponible sur le site de l'ACPR.

**DD (à l'AFA) : Comment sont opérés les choix de contrôle ? Quels sont les objectifs des contrôles ? S'agit-il uniquement d'examiner la robustesse du programme de conformité ? En effet à l'examen du questionnaire, on pourrait penser que ce sont les délits eux-mêmes qui sont recherchés.**

**SE (AFA) :**

Je ne vais parler que du contrôle dit « d'initiative » de l'article 17 (les autres contrôles étant le contrôle des dispositifs anticorruption déployés « sous contrainte » et le contrôle des acteurs publics et associatifs sur le fondement de l'article 3 de la loi).

Pour les acteurs économiques (sociétés et EPIC au-delà des seuils fixés), l'article est applicable dans toutes ses composantes depuis le 1<sup>er</sup> juin 2017. La décision du contrôle est prise par le directeur de l'Agence, qui ne reçoit aucune instruction de qui que ce soit. Néanmoins, la loi précise que les contrôles peuvent être faits sur demande de certaines autorités (Premier ministre, ministres, etc).

Comment le directeur choisit-il ? Le choix des entités contrôlées est guidé par les secteurs les plus exposés, l'impact du contrôle en termes d'exemplarité sur la filière en question, etc.

Que contrôlons-nous ? Il ne s'agit pas d'une enquête judiciaire sur des faits mais d'un audit externe. Nous sommes là pour apprécier l'existence mais aussi la qualité et l'efficacité réelle des mesures et procédures. En effet, il ne s'agit pas d'un contrôle formel. Cela explique, notamment, que le questionnaire soit très complet.

Nous procédons d'abord à un contrôle sur pièces, puis à un contrôle sur place, qui ne concerne pas seulement les parties prenantes internes mais peut aussi concerner les tiers, fournisseurs etc.

S'ouvre ensuite la phase du contradictoire : l'entreprise peut déposer des observations écrites et solliciter des entretiens.

A l'issue de cette phase, l'AFA rend un rapport de contrôle définitif. Si des manquements aux 8 mesures et procédures de l'article 17 ont été constatés, l'entreprise peut recevoir un avertissement, c'est-à-dire une invitation à se mettre en conformité, qui indique la possibilité d'un nouveau contrôle. La commission des sanctions de l'AFA peut également être saisie par le directeur.

La commission des sanctions est composée de 6 magistrats (deux conseillers d'Etat, deux conseillers à la Cour de cassation, deux conseillers maîtres à la Cour des comptes).

3 types de sanctions (cumulables) peuvent être prononcés : une injonction de mise en conformité, une sanction pécuniaire (proportionnelle et plafonnée), la sanction de publicité.

La procédure de contrôle est consultable en ligne, dans la charte des droits et devoirs des parties prenantes au contrôle.

#### **DD : Quels sont les bilans des premiers contrôles ?**

**SE (AFA) :**

L'AFA a lancé une première vague de six contrôles en automne 2017. Ces contrôles sont en phase d'achèvement maintenant. Ils n'ont pas révélé d'entraves (l'entrave étant par exemple constituée par le fait de ne pas répondre au questionnaire, ne pas autoriser l'accès de l'AFA aux documents etc.). On peut dire que les entreprises en question se situent à des niveaux différents sur une courbe de maturité.

#### **DD : Et quel a été le sort des entreprises en retard dans la mise en place du plan ?**

**SE (AFA) :**

Les contrôles démarrés à l'automne sont actuellement en phase finale. Dans un contexte marqué par le caractère récent de la législation, le directeur appréciera donc au cas par cas les suites à donner aux contrôles, en prenant en compte le degré de coopération notamment.

#### **DD (à l'ACPR): Comment l'ACPR coopère-t-elle avec les autres autorités ?**

**HdG (ACPR) :**

L'ACPR coopère naturellement et historiquement avec l'AMF car les populations concernées se recoupent, notamment les prestataires de services d'investissement. Nous avons par ailleurs un pôle commun ACPR/AMF en matière de pratiques commerciales : cela permet des échanges réguliers, des travaux communs, des contrôles coordonnés...

Dans le domaine de la lutte antiblanchiment, l'ACPR coopère avec Tracfin, qui traite les déclarations de soupçons. Il y a une forte complémentarité entre les deux institutions. La loi a prévu des transmissions obligatoires d'informations dans certains cas. Ainsi si un manquement potentiel à l'obligation de réaliser une déclaration de soupçons est relevé par l'ACPR, le dossier sera transmis à Tracfin (auprès duquel la déclaration aurait dû être effectuée par l'organisme) pour exploitation. L'ACPR et TRACFIN ont émis à cet égard des Lignes directrices conjointes qui viennent d'être mises à jour.

Avec l'AFA il y a eu des contacts il y a quelques semaines pour un partage d'expérience, une présentation des méthodes de l'ACPR etc. L'AFA a une mission bien précise sur les dispositifs de lutte anticorruption, qui doivent notamment être mis en place par certaines grandes banques ou compagnies d'assurance, mais il s'agit d'un domaine de compétence bien distinct de celui de l'ACPR.

**DD (à l'ADLC) : Sur la question des saisies de boîtes mail et des boîtes « insécables », où en est l'ADLC et quel est l'état du droit sur la question ?**

**HG (ADLC) :**

Les services d'instruction de l'Autorité peuvent procéder, sur autorisation du juge de la liberté et de la détention (JLD), à des opérations de visite et de saisie dans les entreprises. Ces opérations, qui s'apparentent à des perquisitions, ne sont autorisées qu'au vu d'indices permettant de présumer l'existence de pratiques dont la preuve est recherchée. L'ordonnance du juge est susceptible de recours.

A l'occasion de ces opérations, les rapporteurs sont habilités à saisir tous documents et toutes informations quel qu'en soit le support. Ils peuvent ainsi appréhender les fichiers informatiques qui contiennent les boîtes de messageries.

Il se peut que ces fichiers contiennent des messages protégés par le secret des correspondances avocat-client. Dans ce cas, et en raison du caractère insécable de ces fichiers, il n'est pas possible d'identifier, au stade de l'opération de visite et de saisie, les données confidentielles qu'ils recèlent. Néanmoins, pour préserver la confidentialité de ces messages avant que le fichier saisi n'en soit expurgé, les rapporteurs procèdent dorénavant à la technique du scellé fermé provisoire (SFP). Ce procédé permet à l'entreprise, qui s'est vu remettre l'inventaire des fichiers provisoirement placés sous scellé, d'identifier les messages protégés. Au moment de l'ouverture du scellé par le rapporteur et en présence de l'entreprise, les messages confidentiels lui seront restitués.

Ce procédé évite ainsi l'annulation par le juge de la saisie des documents couverts par le secret des correspondances entre l'avocat et son client.

**DD (à la CNIL) : Qu'en est-il des contrôles CNIL de l'application du RGPD ? Doit-on s'attendre à des changements ?**

**AP (CNIL) :**

Avec le RGPD, s'agissant des contrôles, il n'y aura pas de révolution. Les sources de contrôle et les types de contrôles resteront les mêmes, avec sans doute des contrôles plus longs et plus approfondis. A partir du 25 mai 2018, la CNIL demeurera intransigeante quant aux principes fondamentaux issus de la loi « Informatique et Libertés » et repris dans le RGPD .

En revanche, s'agissant des nouveaux droits et des nouvelles obligations créées par le RGPD, la CNIL sera dans une posture d'accompagnement au moins pour l'année 2018, étant donné qu'il y a une courbe d'apprentissage pour les organismes : il s'agit de sujets tels que la portabilité, le DPO, les études d'impact... La CNIL fera ainsi preuve d'une certaine tolérance sur ces aspects, à moins qu'elle n'ait reçu de nombreuses plaintes sur l'un de ces nouveaux thèmes.

S'agissant de la coopération avec les autres autorités européennes, celle-ci préexistait au règlement européen, mais avec le RGPD, elle sera renforcée, plus intégrée. La compétence des autorités a été élargie : désormais, indépendamment du lieu de l'établissement principal de l'organisme concerné, si des Français sont concernés par un traitement, la CNIL sera compétente et coopérera avec les autres autorités, à la fois pour effectuer des contrôles et pour prendre une décision unique, éventuellement de sanction, à l'encontre de l'organisme concerné.

En outre le montant des sanctions a été considérablement augmenté et des mesures correctives et punitives peuvent être imposées.

#### **DD (à l'AMF) : Qu'en est-il de la coopération internationale de l'AMF ?**

##### **SS (AMF) :**

80% des dossiers de l'AMF ont un aspect international. L'AMF mène environ 70 enquêtes par an, dont 49 résultent d'autorités étrangères.

A l'inverse, l'AMF sollicite aussi les autorités étrangères.

Fin 2016 début 2017 deux décisions de sanctions en lien avec les problèmes de coopération internationale ont été prononcées. Des auditions ont été faites sous le régime de la comparution obligatoire. Des personnes avaient comparu à l'étranger, sous la contrainte de répondre tout en se voyant garantir que les interrogatoires ne seraient pas utilisés dans la procédure. Puis le dossier avait été transmis à l'AMF, qui a évidemment utilisé lesdits interrogatoires dans la procédure.

Dans le premier cas, la pièce a été retirée des débats, dans l'autre les PV d'interrogatoire ont été annulés sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme.

#### **Table ronde 3 : la transaction administrative ou pénale**

---

*La clémence, la convention judiciaire d'intérêt public, les settlements, deferred prosecution agreement... : comment ces procédures font-elles évoluer les relations entre les entreprises et ses avocats et les autorités ?*

Intervenants :

**Henri Génin**, Chef du Service Juridique, ADLC

**Anne Maréchal**, Directrice des affaires juridiques, AMF

**Xavier Hubert**, Directeur Ethique et Compliance Groupe, ENGIE

Modérateur : Antoine Winckler, Associé, Cleary Gottlieb

**Antoine Winckler** : L'aboutissement de la coopération entre entreprises et autorités prend souvent une forme transactionnelle. Elle est plus ou moins inspirée du *plea bargain* américain avec, néanmoins, une coloration française très forte. En effet, il s'agit plus de décisions administratives que d'arrangements de type contractuel. Cela pose des questions fondamentales comme celle de l'égalité devant la loi. En effet, ces décisions revêtent un caractère très spécifique, propre au cas de l'espèce et de l'entité concernée. Cela pose aussi la question de la cohérence de l'action publique et des politiques de sanctions sachant que les différentes autorités jouissent d'un grand pouvoir d'appréciation, et que ces décisions s'inscrivent dans une politique générale de prévention et de répression. Apparaissent enfin des questions de transparence : comment les avocats, par exemple, peuvent-ils savoir qu'il s'est passé précisément par le passé, dans des conditions semblables, alors que les décisions, quand elles sont publiques, sont souvent laconiques. Ces questions apparaissent d'autant plus que les autorités administratives disposent d'un grand pouvoir d'appréciation.

**Pour débiter, pouvez-vous faire une comparaison des systèmes de transaction existants ?  
Commençons par la composition administrative proposée par l'AMF.**

**Anne Maréchal (AMF) :**

L'AMF présente une certaine antériorité en matière de transaction, et nous sommes très satisfaits de ce système. Pourtant lors des débats sur la loi du 22 octobre 2010 qui a créé la transaction (ou composition administrative) en matière boursière, les débats aux parlements étaient très vifs, car l'on avait peur que les transactions soient des « petits arrangements entre amis », qui plus est dans le milieu de la finance... Alors l'AMF s'est inspirée des Etats-Unis et a proposé un gage de transparence : la publication des accords transactionnels dans leur intégralité.

Depuis 2011, un peu moins de 10 accords par an sont conclus en moyenne, pour un total de 65 depuis le début. Aujourd'hui la transaction est acceptée dans 100% des cas. La proposition est faite par le collège des poursuites de l'AMF et, si l'entreprise ne l'accepte pas, la commission des sanctions est saisie. L'entreprise mise en cause ne peut proposer la transaction mais simplement l'accepter.

Peu de gens refusent l'issue de la transaction pour retourner devant la commission des sanctions de l'AMF (seulement 7 échecs, la plupart motivée par le montant qui avait été jugé excessif.) ; mais dans ces cas-là, il s'agit généralement d'un mauvais calcul de la part des entreprises, puisque les montants des sanctions sont plus élevés au définitive.

La transaction, qui ne concernait que les manquements professionnels des sociétés régulées par l'AMF, a été étendue par la loi Baert du 22 juin 2016 aux abus de marché (délits d'initiés, manipulations de cours, diffusions de fausses informations). Ces infractions sont également réprimés sur le plan pénal, mais sont désormais couverts par le champ de la transaction de l'AMF. Depuis la promulgation de la loi, nous avons eu 7 accords publiés dans ces domaines. Ces décisions sont publiques et peuvent être consultées.

Plusieurs questions peuvent se poser vis-à-vis de la transaction telle que proposée par l'AMF. Par exemple, quels en sont les avantages pour les personnes mises en cause ?

- C'est une procédure très rapide, le délai est de quatre mois maximum, sans recours possible ensuite.
- Il ne s'agit pas juridiquement d'une sanction. Il n'y a pas de reconnaissance formelle de culpabilité de la part du mis en cause.
- Cette procédure est moins coûteuse en frais d'avocats.
- Elle est aussi moins gênante en termes de publicité qu'une audience publique de la commission des sanctions.

Comment le collège des poursuites décide-t-il de proposer ou non une transaction ?

La loi ne prévoit pas de critères, mais le collège a les siens : il ne retient généralement pas les dossiers qui posent des questions de droit nouvelles, et essaie d'orienter vers la composition administrative les dossiers les moins graves.

Comment est fixé le montant de la sanction ?

Le collège s'oriente en fonction de la sanction probable qu'aurait décidée la commission des sanctions et propose une fourchette constituant une marge de manœuvre de négociation. Cette fourchette sera utilisée en fonction des engagements de remédiation proposés par le mis en cause. Il aura alors en général 4 à 6 mois pour mettre en œuvre cette remédiation, puis l'AMF effectuera une vérification. Cette possibilité n'existe pas devant la commission des sanctions.

Enfin, notons que la transaction a pu permettre l'indemnisation des victimes dans quelques cas. Ce fut le cas, par exemple, d'une société de gestion qui dût indemniser ses clients. C'est un point important au regard de la difficulté d'obtenir l'indemnisation de préjudices financiers en justice.

**AW : Merci. Portons notre regard sur l'Autorité de la concurrence. L'organisation de la transaction sous forme de lignes directrices est actuellement en consultation...**

**Henri Génin (ADLC) :**

En effet les lignes directrices sont actuellement soumises à consultation. La transaction devant l'Autorité de la concurrence introduite par la loi dite « Macron » du 6 août 2015 vient d'une transformation de la procédure existant depuis 2001 devant le Conseil de la concurrence puis l'Autorité de la concurrence et qui s'appelait la non-contestation des griefs. La transaction est toujours une non-contestation des griefs. Il s'agit de la faculté reconnue à l'entreprise de ne pas contester la matérialité des faits griefs et la matérialité des faits, leur qualification, et l'imputabilité. Dès lors que l'entreprise s'engageait dans cette voie, elle voyait s'appliquer un abattement de 10% sur le montant de la sanction.

La loi Macron a perfectionné cette procédure en introduisant la transaction. Cette procédure n'est en réalité pas une transaction. Elle part d'une démarche volontaire : l'entreprise renonce à contester les griefs qui lui sont notifiés. Il s'agit là d'une différence fondamentale avec la procédure qui a cours avec la Commission européenne, qui négocie la sanction en dehors de toute notification de griefs. En France, l'entreprise connaît les faits qui lui sont reprochés par l'Autorité. Si l'entreprise s'engage dans cette voie, le rapporteur général peut constater cette renonciation et proposer une fourchette de sanction dont l'entreprise a connaissance. Un procès-verbal de transaction est ensuite signé, et la

longue phase du rapport est évitée. On présente enfin ce procès-verbal au collège qui rend une décision de sanction, et non une homologation, en respectant la fourchette fixée par le rapporteur. Il s'agit bien d'une décision de sanction, publiée et motivée. La situation ne s'est pas encore posée, mais en cas de désaccord du collège avec le montant de la sanction, celui-ci renverrait probablement l'affaire à l'instruction.

Les gains procéduraux de ce mécanisme sont évidents et partagés entre l'Autorité et les parties à la procédure : la rapidité de la procédure notamment, et la plus grande prévisibilité de la sanction dès la notification des griefs, alors qu'avant l'entreprise avait seulement la garantie d'un pourcentage déterminé.

Un projet de communiqué est actuellement en ligne sur le site de l'Autorité : le public peut présenter des observations jusqu'au 29 avril 2018.

Deux questions intéressantes se posent vis-à-vis de la transaction. Tout d'abord, comment la fourchette de sanction est-elle fixée par le rapporteur général ? L'autorité s'était doté d'un communiqué relatif aux sanctions, qui lui était opposable, et qui exposait le mode de fixation des sanctions pour respecter les principes de proportionnalité et d'individualisation. Les principes du communiqué sanction continueront à servir de référence. Néanmoins, le projet de communiqué transaction expose que la décision du collège sera désormais fondée sur les dispositions législatives relatives aux sanctions et non plus sur le communiqué sanction.

Se pose ensuite la question de la prise en compte des engagements de conformité. Ces derniers étaient pris en considérations auparavant, mais cela a été revu par l'Autorité en octobre 2017. Désormais, l'Autorité considère que les engagements de conformité doivent entrer dans la gestion courante de l'entreprise. Il n'est donc plus justifié d'accorder un rabais aux entreprises lorsqu'elles ont mis en place un tel programme. Cette position se comprend : la conformité doit être une démarche de long terme, elle ne peut être un calcul opportuniste.

Il ne s'agit donc pas d'une circonstance atténuante. A l'inverse, la mise en place d'un programme de conformité n'est pas non plus une circonstance aggravante, comme c'est le cas en Angleterre car considéré comme de la mauvaise foi.

**AW (à Xavier Hubert): Merci. Pouvez-vous nous parler de la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)?**

**Xavier Hubert (Engie) :**

Si je peux vous parler de la CJIP ce n'est pas parce qu'Engie aurait des procédures en cours, mais parce que j'ai participé aux travaux de préparation de la CJIP avec le ministre Macron.

Ce mécanisme innovant concerne 3 types d'infractions : la corruption, le trafic d'influence et le blanchiment en matière de fraude fiscale. La future loi sur la fraude fiscale intègrera probablement la fraude fiscale et élargira le champ de cette convention. Cette convention peut aboutir à deux types de sanctions : une amende d'intérêt public, d'un maximum de 30% du chiffre d'affaires moyen de l'entreprise, ou une procédure de mise en conformité (comparable au *monitoring* anglo-saxon).

La CJIP est un accord tripartite : le procureur, avec l'accord du juge d'instruction signe la CJIP avec l'entreprise, puis la convention est validée par une juridiction. Une injonction de mise en conformité peut également être intégrée dans la convention.

Il s'agit d'une convention tripartite émanant du procureur – pas uniquement le parquet national financier, signée par une personne morale, et homologuée par un juge du siège. Cette convention peut intervenir dans le cadre d'une enquête diligentée par le parquet, ou dans le cadre d'une instruction. Dans ce dernier cas, l'accord devient quadripartite.

A l'origine la CJIP était voulue par le ministère de l'économie, et non par le ministère de la justice, plutôt réticent. Cela explique notamment le temps pris par celui-ci pour publier la circulaire. Les raisons de cette opposition sont notamment l'absence de culpabilité de la personne morale, et donc l'absence d'inscription au casier judiciaire. Cela exclut toute récidive éventuelle. La CJIP est donc très exogène pour un système français qui est construit sur les notions de culpabilité et de réparation.

Ensuite, bien qu'elle émane du procureur, la CJIP est bien une négociation. C'est un instrument fondamentalement anglo-saxon, surtout américain, qui est connu par les allemands aussi.

La première difficulté posée par la CJIP est la remise en cause d'un principe juridique fondamental. Si une peine de mise en conformité est prononcée, cette peine n'interrompt pas l'action publique. On a donc une décision définitive, mais que le procureur peut décider de reprendre les poursuites ultérieurement, pendant le temps de la mise en conformité, c'est-à-dire trois ans au plus. Mais ce constat a une conséquence encore plus importante. S'il y a une constitution de partie civile durant cette période, l'enquête reprend. L'entreprise est donc en train d'exécuter une peine, mais pourrait faire l'objet de nouvelles investigations devant un magistrat instructeur et, partant, d'une nouvelle sanction.

#### **AW : Mais comment est-ce possible avec le principe non bis in idem ?**

#### **XH (Engie) :**

C'est tout le fond du problème. On veut prendre des instruments de certains droits mais sans en tirer toutes les conséquences au regard de notre droit. Par exemples, les instruments existants aux Etats-Unis sont de trois types : le *cooperation agreement*, le *deffered prosecution agreement*, le *non-prosecution agreement* (dans lequel les poursuites sont abandonnées).

Il y a également une différence importante sur le droit de mentir devant une juridiction (qui existe en France mais pas aux Etats-Unis). Rien ne garantit la confidentialité des négociations avec le procureur dans le cadre de cette convention. Le procureur est tenu au secret professionnel qui n'est pas opposable à l'autorité judiciaire, y compris dans le cadre d'une enquête internationale. Les documents utilisés dans le cadre de cette procédure sont transmissibles à toute autorité judiciaire étrangère. On peut donc se retrouver en face du DOJ américain, ou d'un juge d'instruction français qui utilisera des courriers échangés entre l'entreprise et le parquet dans le cadre de la négociation de la convention. Les courriers échangés avec les avocats sont protégés, mais pas ceux des juristes de l'entreprise. Les entreprises vont alors placer leur service contentieux à l'étranger pour bénéficier du *legal privilege*. Néanmoins, les informations détenues par la procureur ne seront toujours pas protégées. Si l'on ajoute à cela une procédure d'instruction, les parties civiles et le juge d'instruction peuvent tout à fait saisir ces communications, y compris les courriers échangés entre l'avocat et le procureur.

La gestion de la confidentialité dans le cadre de la négociation pose donc problème. En droit américain, si on découvre un fait de corruption en interne, l'entreprise a une obligation de dénonciation. En contrepartie, la dénonciation pourra donner lieu à un *non-prosecution agreement*. Si, en France l'entreprise va spontanément voir le parquet pour lui rapporter des faits de corruption en son sein, elle n'aura pas de possibilité d'échapper à une condamnation pour recel, voire coaction.

Fondamentalement les entreprises n'ont aucune envie de se dénoncer. En France on s'est donc en quelque sorte arrêté au milieu du gué.

Je suis donc très sceptique sur le fait que les entreprises puissent aller voir le parquet pour s'auto-incriminer.

#### **AM (AMF) :**

En matière boursière il était possible d'avoir un cumul des sanctions AMF et pénales pour les abus de marché uniquement. Cette situation a donné lieu à l'arrêt Grande Stevens de la CEDH de 2014 interdisant le cumul et à une décision Conseil constitutionnel dans l'affaire EADS. Nous avons donc dû changer la loi, et mis en place une procédure d'aiguillage pour garantir le principe de *non bis in idem*. Désormais, quand une des deux autorités décide de poursuivre (notification des griefs pour l'AMF, et mise en mouvement de l'action publique pour le parquet), elle doit demander à l'autre si elle décide de poursuivre également. En pratique, la connaissance profonde qu'à l'AMF des marchés fait que c'est toujours l'AMF qui prend le dossier. La loi prévoit qu'en cas de désaccord, le procureur général tranche.

**AW : En 2018 la CJUE a rendu un arrêt en matière fiscale en lien avec le principe *non bis in idem* en matière fiscale. La CJUE a décidé qu'un Etat pouvait autoriser qu'il y ait deux procédures parallèles sur les mêmes faits. Pensez-vous que ces sujets appellent un changement législatif prochain ?**

#### **XH (Engie) :**

Le changement nécessaire est culturel. La confidentialité n'est pas du tout au point en France et ne fait pas suffisamment partie de la culture. La confidentialité est vraiment un point faible en France, à tel point que des entreprises externalisent leur conseil en contentieux sensible à l'étranger, où elles bénéficieront de vraies garanties procédurales. Il faudrait instaurer un vrai *legal privilege*.

**AW : Merci à tous les trois pour ce bel échange.**

#### **Conclusion**

---

**William Feugere**, Avocat, président d'honneur ACE, président de la commission compliance et éthique des affaires du Barreau de Paris

**Marc Mossé**, Vice président de l'AFJE

---

MM :

Remerciements :

J'avais pensé, mais en amont des différents échanges et sans tenir compte de la teneur des débats à venir vendredi, à articuler mon bref propos conclusif autour, d'une part, du nécessaire dialogue et apprentissage conjoint entre régulateurs et entreprises et, d'autre part, du rôle des juristes/avocats dans cette montée en gamme.

Ce qui ressort de ces discussions, c'est qu'il y a un vrai travail d'acculturation à faire. Aussi bien pour les *policies* à mettre en place que lors des contrôles... Mais il y a aussi un temps d'apprentissage passant beaucoup par le dialogue entre régulateurs et entreprises pour leur permettre de comprendre les attentes réciproques. C'est là la clé du succès.

L'acculturation est aussi nécessaire au sein des entreprises, passant par une mobilisation des acteurs, par un travail interne de pédagogie des DG et des équipes, mais aussi par un travail de formation constante. C'est un élément nécessaire de la culture de conformité, qui concerne aussi bien les grandes que les petites entreprises.

Les juristes au sens large, c'est-à-dire aussi bien avocats que juristes d'entreprises, ont un rôle clé dans ce processus. Ils sont les chefs d'orchestre, y compris pour la réalisation des cartographies des risques, car ceux sont eux qui sont en situation d'identifier les risques, de les révéler en interne et d'y apporter remède. Il y a donc une extension du champ d'action des juristes.

Cela révèle une nécessité de se placer sur un pied d'égalité avec les autres juridictions, la France doit se doter des moyens nécessaires : la confidentialité est essentielle ! En effet une prévention plus efficace passe par la capacité des entreprises à faire un travail de conformité en interne. Or sans les outils nécessaires et notamment le *legal privilege* les entreprises n'auront pas le système leur permettant d'arriver à la conformité. Avec le Brexit, il faut saisir l'opportunité d'être attractifs et d'attirer les sièges sociaux en France.

WF :

Nous avons parlé de contrôles et de sanctions. La compliance est vécue par les entreprises comme une contrainte, une norme de plus à mettre en œuvre, avec des conséquences budgétaires. Mais il faut aussi redire que la compliance est un atout, une chance pour l'entreprise ! La compliance permet d'éviter des litiges, des atteintes à l'image et la réputation, des démobilisations des équipes, et donc de faire en réalité des économies. La compliance est un investissement qui peut être vite rentable.

Encore faut-il que les réglementations soient effectivement applicables. Il faudrait faire une deuxième conférence qui serait le miroir de celle-ci, et qui donnerait la parole aux entreprises et à leurs conseils internes et externes, pour que les autorités comprennent l'étendue de leurs contraintes. Il ne s'agit pas d'espérer une forme d'exonération des entreprises de leurs responsabilités, mais de s'assurer au contraire que les textes puissent être effectivement mis en œuvre.

L'éthique, la lutte contre la corruption, la protection des données personnelles sont au cœur des préoccupations et engagements des entreprises. Ce qui leur est nécessaire, c'est que les normes soient adaptées à leur vie réelle.

Parler le même langage, se connaître mutuellement, pour que cela fonctionne réellement bien, c'est le travail quotidien des conseils externes et internes que sont les juristes et les avocats, et c'est tout l'enjeu de ces rencontres, que nous devons renouveler.

### **Lexique :**

*AU : autorisation unique*

*DGP : données à caractère personnel*

*DD : due diligence*

*DV : devoir de vigilance*

*ISR : Investissement socialement responsable*

*LABLAT : lutte anti-blanchiment et anti-terrorisme*

*RGPD : règlement général sur la protection des données*