

12/08/17

Si vous avez des questions concernant les sujets traités dans ce memorandum, vous pouvez contacter l'un des avocats dont les coordonnées sont indiquées ci-dessous ou votre contact Skadden habituel.

Ce memorandum est fourni par Skadden, Arps, Slate, Meagher & Flom LLP et ses affiliés exclusivement à des fins pédagogiques et informatives. Il ne constitue pas un conseil juridique et ne doit pas être interprété comme tel. Ce memorandum est considéré comme de la publicité en vertu des lois applicables.

Four Times Square
New York, NY 10036
212.735.3000

skadden.com

Le 27 novembre 2017,¹ a été publiée la première convention judiciaire d'intérêt public (CJIP), nouvelle forme de transaction pénale introduite en droit français par la loi dite Sapin II en décembre 2016.² Signée entre le Procureur national financier (PNF) et HSBC Private Bank Suisse SA (HSBC PB), cette première CJIP marque concrètement le début d'une nouvelle ère dans le traitement pénal des infractions bancaires et financières en France.

Le mécanisme de la CJIP présente de multiples similitudes avec les *deferred prosecution agreements* (DPA) utilisés aux Etats-Unis et au Royaume-Uni, mais il s'en démarque également à plusieurs égards.³

Ce memorandum propose de présenter la CJIP HSBC PB, de rappeler par cet exemple précis comment fonctionne une CJIP, de comparer cette innovation juridique à des mécanismes étrangers similaires, et enfin d'évoquer la portée de cette toute première CJIP.

Présentation des faits ayant conduit à la CJIP HSBC PB

En 2008, Hervé Falciani, alors salarié de HSBC PB, a dérobé des fichiers informatiques de la banque.⁴ Ces fichiers, auxquels les autorités françaises eurent ensuite accès, contenaient notamment des informations relatives à des clients français de la banque dont les revenus et les avoirs en Suisse n'avaient pas été déclarés à l'administration fiscale française.

En avril 2013, après plusieurs années d'enquête préliminaire, une information judiciaire a été ouverte. En 2014, HSBC PB a été mise en examen pour blanchiment de fraude fiscale et démarchage bancaire et financier illicite.

En avril 2015, HSBC PB aurait décliné l'offre du PNF de mettre un terme aux poursuites dans le cadre d'une procédure de comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) et contre le paiement d'1,4 milliards d'euros. La CRPC était le seul mécanisme « transactionnel » existant à l'époque.

Le 14 novembre 2017, le PNF a annoncé avoir mis fin aux poursuites engagées à l'encontre de HSBC PB par la conclusion d'une CJIP approuvée par le Tribunal de grande instance de Paris. Dans son exposé des faits, la CJIP explique comment HSBC PB et ses employés ont apporté leur concours aux clients de la banque qui souhaitaient dissimuler leurs avoirs au fisc français. HSBC PB a reconnu ces faits et accepté leur qualification pénale. Le groupe HSBC a pour sa part reconnu "*des défauts de contrôle passés vis-à-vis de ses filiales suisses*" et a indiqué avoir renforcé ses procédures de conformité en matière de criminalité financière et de transparence fiscale. HSBC Holding, société mère du groupe, a bénéficié d'un non-lieu.

¹ La CJIP HSBC PB a été signée le 30 octobre 2017 et elle a été annoncée par communiqué de presse le 14 novembre 2017.

² La CJIP est régie par l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale et par le décret n° 2017-660 du 27 avril 2017. Les principaux éléments de la loi Sapin II ont été présentés dans un [précédent memorandum](#).

³ Aux Etats-Unis, les DPA sont issus de la pratique – même s'ils ont été par la suite consacrés par la loi, voir 18 U.S.C. § 3161(h)(2) – alors qu'ils ont été institués par la loi en France et au Royaume-Uni (voir le *Crime and Courts Act* de 2013).

⁴ En novembre 2015, Monsieur Falciani a été condamné en Suisse à cinq ans de prison pour espionnage industriel.

La première convention judiciaire d'intérêt public

Principaux éléments de la loi Sapin II et des CJIP

La loi Sapin II a été votée en réponse d'une part à des rapports de l'OCDE et de certaines ONG invitant la France à renforcer sa lutte contre la corruption, et d'autre part pour tenter d'endiguer le flux des amendes de plus en plus lourdes prononcées par le *Department of Justice* américain (DOJ) à l'encontre d'entreprises françaises.

Pour ce faire, la loi Sapin II a institué l'Agence française anti-corruption (AFA) placée auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget, protégé les lanceurs d'alerte contre les représailles, et imposé aux entreprises des obligations en matière de prévention de la corruption, telle que la mise en œuvre de programmes de conformité. La loi Sapin II a également créé la CJIP, un nouvel instrument juridique permettant aux entreprises et au ministère public de transiger en matière de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale.

La CJIP est une transaction que le ministère public peut proposer à une entreprise⁵ en vue d'éteindre l'action publique si les conditions de l'accord sont remplies. Toutes les CJIP ont les caractéristiques suivantes:

- Une CJIP n'emporte jamais reconnaissance de culpabilité ni inscription au casier judiciaire; si un juge d'instruction est saisi, l'entreprise signataire doit néanmoins reconnaître les faits et leur qualification pénale.
- Une CJIP n'est applicable qu'aux infractions de corruption, trafic d'influence et blanchiment de fraude fiscale (et non à la fraude fiscale).
- Une CJIP met à la charge de l'entreprise signataire une ou plusieurs obligations, telles que le versement d'une amende, la mise en place d'un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA, ainsi que la réparation du préjudice d'éventuelles victimes.
- Une CJIP doit être validée par un juge qui contrôle aussi bien sa substance que la procédure qui a conduit à sa conclusion.
- L'entreprise signataire dispose d'un droit de rétractation qu'elle peut exercer dans un délai de dix jours à compter de la validation de la CJIP par le juge.⁶

⁵ Une CJIP ne peut être proposée aux personnes physiques. Les personnes physiques impliquées par des faits de corruption, de trafic d'influence ou de blanchiment de fraude fiscale peuvent ainsi rester poursuivies alors que les poursuites contre les personnes morales impliquées auraient été éteintes par une CJIP. Par exemple, dans l'affaire HSBC PB, deux anciens dirigeants de la banque continuent à faire l'objet d'une procédure pénale.

⁶ Si l'entreprise exerce son droit de rétractation, la CJIP devient caduque, les poursuites reprennent mais le procureur de la République ne peut pas faire état des déclarations faites ou des documents remis par l'entreprise.

- L'ordonnance de validation, le montant de l'amende et la CJIP elle-même sont publiés sur le site internet de l'AFA.
- Si l'entreprise signataire n'exécute pas intégralement les obligations prévues par la CJIP, l'action publique reprend.⁷

Principaux éléments de la CJIP conclue par HSBC PB

Reconnaissance des faits et acceptation de leur qualification pénale

La reconnaissance dans la CJIP des faits et de leur qualification pénale peut soulever pour l'entreprise signataire d'importantes difficultés car ces éléments peuvent être invoqués contre elle dans le cadre d'autres procédures, notamment civiles.

La loi Sapin II impose qu'une CJIP présente un exposé précis des faits ainsi que leur qualification juridique. Selon le stade procédural auquel la CJIP est proposée, ces faits et ces qualifications devront ou non être reconnus par l'entreprise signataire: aucune reconnaissance n'est exigée lorsque la CJIP est signée au stade de l'enquête préliminaire (*i.e.* avant l'ouverture d'une information judiciaire confiée à un juge d'instruction), mais après désignation d'un juge d'instruction, cette reconnaissance est obligatoire pour les entreprises mises en examen.

HSBC PB ayant été mise en examen en 2014, c'est-à-dire avant l'instauration de la CJIP par la loi Sapin II, la banque n'a pu que reconnaître les faits en cause et leur qualification pénale dans la CJIP qui lui a été proposée et à nouveau lors de l'audience de validation.

Aux Etats-Unis, quel que soit le stade de la procédure, la signature d'un DPA suppose la mise en accusation et la reconnaissance par l'entreprise d'un ensemble de faits suffisants à établir sa culpabilité.⁸ En outre, les DPA américains interdisent généralement à l'entreprise de contredire publiquement les éléments factuels de la transaction. En France, la loi Sapin II ne prévoit pas d'obligation de ne pas se dédire. La CJIP HSBC PB est d'ailleurs silencieuse sur ce point. On voit cependant mal comment le signataire d'une CJIP pourrait revenir sur ce qu'il aurait admis dans la convention et devant le juge qui l'a validée.

⁷ L'amende versée par l'entreprise lui est alors restituée. En revanche, les autres sommes éventuellement payées ne sont pas remboursées (indemnisation des victimes, paiement des frais de tiers engagés par l'AFA pour l'assister dans la supervision du plan de remédiation de l'entreprise).

⁸ Dans un DPA classique, le DOJ accepte de ne pas poursuivre l'entreprise si celle-ci respecte certaines conditions convenues avec le DOJ.

La première convention judiciaire d'intérêt public

Calcul de l'amende et des dommages-intérêts versés à la victime

La loi Sapin II limite le montant maximal de l'amende pouvant être imposée à l'entreprise signataire d'une CJIP à 30% de son chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers exercices. Un tel plafond n'existe pas aux Etats-Unis. Le DOJ tient cependant compte des ressources de l'entreprise dans la négociation d'un DPA.

S'il existe des victimes, l'offre de CJIP par le procureur peut également prévoir la réparation de leur préjudice par l'entreprise. Le montant de cette réparation n'est cependant pas pris en compte dans le plafonnement à 30% du montant de l'amende.

Au titre de sa CJIP, HSBC PB s'est acquittée d'un montant total de 300 millions d'euros, réparti comme suit : réparation du dommage subi par le Trésor public français en tant que victime de l'infraction (142 millions d'euros), restitution des profits (86 millions d'euros) et pénalité (72 millions d'euros). La somme de ces deux derniers montants (158 millions d'euros) équivaut à 30% du chiffre d'affaires moyen annuel de HSBC PB calculé sur ses trois dernières exercices, soit la sanction maximale prévue par la loi. Par ce calcul, le PNF semble envoyer le signal qu'il n'hésitera pas, lorsque les circonstances le justifient, à imposer le montant d'amende maximal prévu par la loi.

Coopération

La loi Sapin II est silencieuse sur la coopération attendue des entreprises dans le cadre d'une procédure de CJIP. Le ministère public n'est donc pas contraint juridiquement de prendre en compte si et dans quelle mesure l'entreprise a coopéré à l'enquête. Il n'existe pas non plus en France de circulaire ou de ligne directrice du Parquet sur ce sujet. Par contraste, aux Etats-Unis, les recommandations officielles du DOJ prévoient le principe et les critères de prise en compte de la coopération de l'entreprise à l'enquête.⁹

Même si la loi est silencieuse, le PNF a indiqué dans le dossier HSBC PB avoir pris en compte dans le calcul de l'amende la faible coopération de la banque. Précisément, la CJIP indique que HSBC PB "*n'a pas révélé les faits aux autorités judiciaires françaises ni reconnu sa responsabilité pénale durant l'information judiciaire, [et] a apporté une coopération minimale aux investigations.*" La CJIP précise cependant qu'il n'existait pas, à la date d'ouverture de l'enquête et jusqu'en décembre 2016, de "*dispositif légal encourageant une pleine coopération.*" On

peut donc s'attendre à ce que le PNF continue à prendre en compte le degré de coopération des entreprises pour établir une proposition de CJIP.

Programmes de conformité, remédiation et moniteurs

En plus du paiement d'une amende, de la restitution des profits et de la réparation des dommages causés à d'éventuelles victimes, une CJIP peut prévoir que l'entreprise signataire sera astreinte à un programme de conformité, pendant une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'AFA. Dans sa mission de "monitor," l'AFA peut être assistée par des tiers-experts, dont les frais seront supportés par l'entreprise. La loi précise que la CJIP devra plafonner le montant de ces frais, mais la loi ne précise pas les modalités de calcul de ce plafond.

La CJIP HSBC PB ne prévoit pas que la banque se soumettra à un programme de mise en conformité. Elle n'offre donc pas d'éclairage particulier sur le rôle de l'AFA dans le contrôle des programmes de mise en conformité, sur les critères de désignation des tiers-experts (ni dans quelle mesure l'entreprise pourra participer à leur sélection), sur le périmètre de leur mission, ni enfin sur les modalités de fixation et de plafonnement de leurs frais.

Contrôle du juge et publication

Les tribunaux fédéraux américains ont une compétence limitée pour apprécier le bien-fondé d'un éventuel recours au DPA. L'opportunité des poursuites relève en effet du seul pouvoir exécutif, dont les procureurs fédéraux font partie.¹⁰ Par contraste, les juridictions anglaises jouent un rôle important dans la validation des DPA. Elles s'assurent ainsi que la signature d'un DPA est effectivement préférable, dans l'intérêt de la justice, à la mise en œuvre de l'action publique, et que les conditions de l'accord sont équitables, raisonnables et appropriées. Après la validation d'un DPA, elles gardent un rôle de supervision en pouvant notamment modifier les conditions du DPA si les circonstances l'imposent, ou en y mettant fin en cas d'inexécution. Quand les conditions du DPA sont remplies, ce sont les juridictions anglaises qui éteignent l'action publique.

En France, le ministère public décide évidemment de l'opportunité des poursuites et lui seul peut proposer la conclusion d'une CJIP. Mais la CJIP doit nécessairement être validée par le juge judiciaire pour produire ses effets. Le juge vérifie (i) le bien-fondé du recours à cette procédure, (ii) la régularité de son déroulement, (iii) la conformité du montant de l'amende aux limites posées

⁹ *United States Attorneys' Manual*, 9-28.700.

¹⁰ Le contrôle des DPA par le juge aux Etats-Unis, au Royaume-Uni et en France a été analysé dans un [précédent memorandum](#).

La première convention judiciaire d'intérêt public

par loi et (iv) la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. Au terme de son contrôle, il valide ou rejette la proposition de CJIP. En revanche, il ne peut pas en modifier les conditions ni en contrôler l'exécution. C'est à l'AFA qu'il incombe de rendre compte au procureur de la République, au moins une fois par an, de la mise en œuvre de la CJIP par l'entreprise signataire. Le procureur détermine ensuite si l'entreprise a exécuté ses obligations de façon satisfaisante.

Dans le dossier HSBC PB, le juge a validé la CJIP après avoir relevé qu'elle "*faisait clairement apparaître la synthèse des investigations, les montants des avoirs français sous gestion de la banque en Suisse et que les modalités du calcul de l'amende étaient conformes à la loi.*" Comme le prévoit la loi Sapin II, l'ordonnance de validation, le montant de l'amende et l'accord de CJIP ont été publiés sur le site internet de l'AFA 10 jours après sa validation par le juge.¹¹

¹¹ Ce délai correspond au délai de 10 jours pendant lesquels une entreprise peut rétracter son accord à la CJIP.

Contacts

Keith Krakaur

Partner / London
44.20.7519.7100
kkrakaur@skadden.com

Jamie Boucher

Partner / Washington, D.C.
1.202.371.7369
jamie.boucher@skadden.com

Ryan Junck

Partner / London
44.20.7519.7006
ryan.junck@skadden.com

Khalil Maalouf

Counsel / Washington, D.C.
1.202.371.7711
khalil.maalouf@skadden.com

Valentin Autret

Counsel / Paris
33.1.55.27.11.00
valentin.autret@skadden.com

Daniel Weinstein, Margot Sève et George Akhobadze ont collaboré à la rédaction de ce memorandum.

Portée de la CJIP HSBC PB

La CJIP HSBC PB est une première mais elle n'est pas un modèle immuable pour l'avenir. Les futures CJIP varieront nécessairement en raison de la nature des infractions en cause, du stade de la procédure auquel les CJIP seront signées, et selon que les entreprises signataires auront déjà mis en œuvre des mesures de remédiation ou devront mettre en œuvre un programme de conformité. La CJIP HSBC PB indique néanmoins déjà que le PNF attachera un intérêt certain au degré de coopération des entreprises.

HSBC PB est une entreprise suisse qui était poursuivie en France pour des faits commis en France. Il convient donc de souligner en conclusion que les autorités de poursuite françaises sont également compétentes pour poursuivre les actes de corruption et de trafic d'influence commis à l'étranger dès lors notamment que leurs auteurs, qu'ils soient français ou étranger, exercent une partie de leurs activités en France. Une CJIP peut donc bénéficier aussi bien aux entreprises françaises qu'étrangères qui feraient l'objet d'une procédure pénale en France.