

Section 1

Connaître les pratiques pour redessiner les frontières et accroître les points ■ de contact entre Compliance ■ et droits de la défense dans l'enquête interne, la CJIP et la CRPC

Lignes de force de l'ouvrage *Compliance et droits de la défense*

MARIE-ANNE FRISON-ROCHE

*Agrégée des Facultés de Droit,
Professeure de Droit de la Régulation et de Droit de la Compliance
Directrice du Journal of Regulation & Compliance (JoRC)
Directrice de l'École européenne de Droit de la Régulation et de la Compliance*

Comme il est difficile d'avoir une vision d'ensemble, non nécessairement guerrière mais pourtant réaliste, de ce sujet **Compliance et droits de la défense** ! Le choix du titre de l'ouvrage exprime pourtant par lui-même cette ambition : nouer les mécanismes de **compliance**, outils systémiques performants où l'on a l'impression qu'il y a si peu de Droit et si peu de droits, et les **droits de la défense**, qui sont tout à la fois et avant tout des prérogatives dont des personnes sont titulaires, des droits subjectifs constituant l'indice par excellence d'une société construite sur l'État de Droit, des droits subjectifs fondamentaux pour lesquels un compromis serait déjà mauvais signe pour le groupe social dans lequel nous vivons, qui serait comme dévoré par l'hubris d'efficacité de la compliance.

La tâche est donc bien ardue et jalonnée de pièges. Pièges parce qu'on s'y perd dans les *process* qui se déroulent tout d'abord dans les entreprises à

travers des *enquêtes internes*, puis dans les bureaux des procureurs recevant les conseils des entreprises pour rédiger les conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP), puis dans la salle d'audience pour une comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) où les personnes physiques réapparaissent tandis que le juge prend sa place. Pièges parce que pour parvenir à les appréhender d'un seul regard en les unifiant dans leurs pratiques diverses par des principes, comment le faire sans prendre totalement parti, soit en faveur de la compliance, soit en faveur des droits de la défense... C'est d'autant plus difficile lorsqu'un des acteurs qui paraît perdre ou concéder dans l'une des phases de la CJIP ou de la CRPC ne semble le faire que pour préparer son prochain avantage dans le mécanisme qui s'ouvrira bientôt, et pas forcément avec les mêmes interlocuteurs. Il faut donc bien porter un regard global si l'on veut livrer une appréciation globale afin d'arrimer ces façons de faire sur quelques principes.

En effet, parce que ce sont les êtres humains qui sont au cœur des systèmes gardés par les mécanismes toujours plus puissants de la compliance, ce sont des façons de faire que le Droit doit fonder dans les principes essentiels de la vie en société. Le premier objet de l'ouvrage est donc de mieux faire apparaître les pratiques dans les enquêtes internes, les CJIP et les CRPC, ce qui se passe bien et ce qui se passe moins bien ou mal, les distances dans ce qui s'y passe et la description usuelle qui en est souvent faite. Or, la distance est souvent grande, à supposer même qu'on en parle, car l'on trouve beaucoup d'études sur la CJIP alors que peu sont menées, l'on en trouve peu sur l'enquête interne, alors qu'elles sont légion, tandis que l'on trouve moins encore de travaux qui articulent ce qui pourtant est pensé d'un seul tenant en pratique : enquête interne, CJIP et CRPC.

Tant que l'on n'a pas une vision d'ensemble de cela, l'on ne peut remédier aux défauts qui pourraient exister, soit parce qu'on ne sait pas ce qui se passe, soit parce qu'on n'a pas mesuré à quel point les enquêtes internes, les CJIP et les CRPC ne se déroulent en pratique que les unes par rapport aux autres alors que les textes de droit dur ou de droit souple, les décisions et les analyses les segmentent. La première ambition de l'ouvrage est donc de restaurer une vision d'ensemble parce qu'elle est celle de la pratique elle-même. S'il s'avère que des défaillances existent, alors celles-ci peuvent être dénoncées.

Mais l'on observe que certaines situations décrites peuvent être qualifiées par certains de défaillantes, voire de dramatiques, tandis que, visées par d'autres, elles seraient au contraire à approuver en l'état. Il en est ainsi de la question du secret ou non du rapport d'enquête à l'égard de l'autorité de poursuite qui a vocation à proposer une CJIP, de l'extension ou non de celle-ci aux personnes physiques, de la présence ou non d'un avocat dès le stade de l'enquête interne, de l'adhésion ou non de l'avocat aux intérêts de l'entreprise au sein de laquelle il enquête, etc., à la délégation ou non de l'enquête de l'autorité publique entre les mains de l'entreprise, sur le cumul ou non de la qualité de l'avocat-enquêteur puis de l'avocat-défenseur, de la présence ou non des victimes dans la CJIP, etc.

Suivant ce que l'on pense devoir être, l'on porte un jugement plus ou moins approbateur ou sévère sur l'état des textes, la nature de *soft law* de la plupart rendant l'exercice compliqué. Puis s'il y a distance entre ceux-ci et ce que l'on pense devoir être la bonne norme, on affirme qu'en pratique cela se passe autrement que ce qu'en disent les textes ou bien l'on considère qu'il faudrait changer les textes. Point par point, c'est ainsi un véritable kaléidoscope qui se dresse.

Il en résulte un ouvrage dont les contributions se heurtent parfois les unes les autres, le principe du contradictoire se glissant dans la structure même de l'ouvrage, instituant ainsi le lecteur lui-même en tant que juge, ce personnage si absent. Le lecteur pourra élaborer sa propre opinion, puisque l'ouvrage répertorie des textes, décrit les pratiques, donne une illustration de tout ce que l'on peut en penser, dans des visions parfois analytiques et parfois globales, énonçant diverses des propositions.

Oui, l'objet du livre est de mettre celui qui le lit en mesure de se faire sa propre conception et de participer à ce qui fait aujourd'hui assurément débat : la confrontation entre ***Compliance et droits de la défense***.

* * *

Pour ouvrir un tel sujet et en avoir une ***vision d'ensemble***, au-delà de la section 1 que constitue cette présente synthèse, MATTHIEU BOISSAVY prend parti dans une section 2, puisqu'il considère qu'entre ***Compliance et droits de la défense***, il faut être ***toujours pour le respect des droits humains***, ce que sur le principe nul ne conteste mais qu'il considère comme parfois malmené. Il décrit tout d'abord la compliance par laquelle l'entreprise voit sa liberté entravée, afin que sa puissance serve les buts fixés par les autorités publiques et prévienne la réalisation des risques. Ces « buts monumentaux » sont fixés par les pouvoirs publics pour, soit empêcher la réalisation de risques systémiques, soit réaliser des objectifs bénéfiques pour la société, les êtres humains et l'environnement. Pour ce faire, les entreprises devront enquêter sur elles-mêmes et se dénoncer, cette autodénonciation diminuant les sanctions pénales encourues en raison des infractions qu'elles ont elles-mêmes mises à jour. Ces outils de surveillance facilitent le mécanisme de convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Ils fonctionnent « pour le meilleur » si ces buts monumentaux précités sont ainsi atteints. Ils fonctionnent « pour le pire », si cela est au prix du sacrifice des droits de la défense.

Dans un deuxième temps, il est rappelé l'importance des droits de la défense, leur ancrage dans l'histoire, voire dans le droit naturel, leur position tout en haut de la hiérarchie des normes et, selon le contributeur, l'intégration du principe du contradictoire en leur sein, ainsi que le fait qu'ils s'appliquent

y compris en dehors des procès, comme l'a imposé la jurisprudence par exemple en matière de licenciement. C'est pour cela que dans un troisième temps, la contribution affirme que les droits de la défense doivent s'appliquer toujours dans tous les mécanismes de compliance, quand bien même il ne s'agit pas d'un procès ni d'une sanction au sens strict du terme, notamment dans les enquêtes internes, ces procédures sans procès qui sont avant tout des mécanismes probatoires pour la suite, les éléments étant exploités dans les CJIP et les CRPC, dans lesquelles la liberté des consentements est souvent douteuse... En outre, le contributeur exprime ses interrogations sur l'effectivité des consentements exprimés à l'occasion de la CJIP et de la CRPC.

Puisqu'en pratique les stratégies de tous interfèrent, chacun anticipant, chacun se souvenant, car au stade de l'enquête l'on pense déjà à la suite que sont non seulement la CJIP et la CRPC mais peut-être aussi aux condamnations qui viendront, tandis que plus tard dans ces procédures l'on cherche à retrouver ce passé où des investigations apportaient tant de précieuses informations, il faut ***Circuler dans le temps pour mettre en phase Compliance et droits de la défense***. Dans une section 3, MARIE-ANNE FRISON-ROCHE adopte donc cette méthode pour appréhender d'une façon globale ***Compliance et droits de la défense***, soulignant tout d'abord que ce sujet donne souvent lieu à des présentations largement opposées, ce qui traduit la confrontation initiale entre compliance et droits de la défense. Il faut admettre cet affrontement initial, cela étant d'autant plus nécessaire que l'enjeu est d'éviter qu'il ne devienne définitif. Mais dans un État de Droit, les droits de la défense sont au cœur et la hiérarchie des normes impose qu'ils demeurent le privilège de tous ceux qui risquent dans le futur d'être punis. Certes, si l'on regarde le déroulement des événements d'une façon linéaire, les mécanismes de compliance relevant de l'*ex ante*, les droits de la défense ne s'animent que lorsque les procédures répressives se dresseront ultérieurement face à la personne, morale ou physique. La question ne se poserait donc même pas, ou d'une façon non centrale. Il s'agit pourtant là d'une compatibilité fallacieuse entre compliance et droits de la défense.

En effet, c'est la perspective de la possible punition future qui fonde l'attribution des droits de la défense. Cette considération de l'avenir non seulement permet mais oblige ainsi le Droit à « circuler dans le temps », à toujours penser par avance ce qui peut arriver demain : c'est ainsi qu'il faut penser et l'enquête interne et la CJIP et la CRPC. Dès l'instant que dans la pratique même de ces outils de compliance, au moment où ils se déroulent, l'on pense déjà à l'usage qu'on pourra en faire, ce pour quoi ils ont souvent été utilisés car l'enquête interne est une preuve formidable pour obtenir par la suite condamnation et/ou CJIP et/ou CRPC, la part des droits de la défense se déplace dans le temps.

Apparaissent alors plus clairement deux ambiguïtés qui affectent le droit de la compliance lui-même et que les droits de la défense permettent d'éclairer. La première vise la place qu'occupe le consentement de la personne qui aurait pu être protégée par les droits de la défense et qui exerce sa volonté pour

y renoncer. En effet, le consentement, en lien avec la volonté dont il serait l'expression, vise lui aussi l'avenir et permet de nouveau à la compliance de prendre le pas sur les prérogatives de l'individu, qui de lui-même choisit de ne pas en bénéficier. L'omniprésence du « consentement » dans la compliance est ici éclairante. Pour protéger le lien qui doit demeurer entre le consentement et la libre volonté des personnes concernées, il faut néanmoins que la figure du tiers soit réintroduite dans l'enquête interne et la CJIP, les prétendants à incarner ce tiers impartial étant nombreux mais l'organisation demeurant encore faible, notamment du fait de l'absence singulière du juge.

De la même façon qu'un consentement mieux protégé peut servir de lien entre compliance et droits de la défense, la garde des secrets pourrait les réconcilier, d'une part si l'on cerne plus précisément la potentialité de sanction future au moment où l'enquête se déroule, où la CJIP se négocie, d'autre part si l'on mesure mieux l'aptitude du secret à favoriser la transmission de l'information.

* * *

Puisque l'anticipation que chacun fait et la rétroactivité des constats opérés dans des mécanismes avant tout probatoires sont ce qui unit enquêtes internes, CJIP et CRPC, faisant de chacun de fait la condition des autres, il est logique de construire l'ouvrage sur le temps, consacrant tout d'abord un Titre I aux ***enjeux procéduraux de l'enquête interne confrontée aux droits de la défense***, ce qui permet d'avoir les éléments pour appréhender dans un Titre II les ***enjeux procéduraux de la CJIP et de la CRPC confrontés aux droits de la défense***.

* * *

Le Titre I, ainsi consacré aux ***enjeux procéduraux de l'enquête interne confrontée aux droits de la défense***, est composé de **4 chapitres**. Le chapitre I a pour objet de donner une ***Vision générale des droits de la défense dans l'enquête interne***. Cela réalisé, le chapitre II peut adopter une perspective plus analytique en abordant tour à tour ***Les droits de la défense à chaque étape de l'enquête interne***. Ce cheminement d'étape en étape opéré, l'ouvrage choisit de mettre en lumière dans le chapitre III ***La spécificité des enquêtes internes dans les entreprises internationales et la place qu'y occupent les droits de la défense***. Apparaît ainsi ***Le rôle singulier de l'avocat dans l'enquête interne***, auquel est consacré le chapitre IV.

* * *

Dans la *Vision générale des droits de la défense dans l'enquête interne* à laquelle est consacré le chapitre I, la section 1 propose une *Approche doctrinale de l'enquête interne et de l'enquête pénale privée*. BENJAMIN FIORINI expose les deux cultures profondément distinctes, voire opposées, entre les systèmes procéduraux répressifs inquisitoires et accusatoires. Les premiers donnent confiance et pouvoir aux officiers publics pour trouver la vérité, les seconds donnent confiance et pouvoir aux parties qui s'opposent dans le litige. Les enquêtes menées à titre privé se développent naturellement dans le second système et pas dans le premier.

Ce second système de pensée est ancré aux États-Unis, qui accueillent donc naturellement les enquêtes internes menées par les entreprises et y associent les principes procéduraux comme les droits de la défense, le contradictoire et le droit à un avocat. Le premier système, caractéristique des systèmes de droit continental, est rétif à l'idée même d'enquête pénale privée. C'est pourquoi lorsque le mécanisme d'enquête interne se développe dans l'entreprise, les mécanismes procéduraux précités y sont moins naturellement associés.

Cela mène à une section 2 qui jette un *Regard critique* sur *La place des droits de la défense dans l'enquête interne selon le guide AFA/PNF*. MARGAUX DURAND-POINCLoux, DAVID APELBAUM et PAOLA SARDI-ANTASAN y présentent le guide publié en 2023 par l'Agence française anticorruption (AFA) et le Parquet national financier (PNF), *Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique*, et estiment que les droits de la défense n'y ont pas la place qui devrait être celle impliquée par les principes généraux. Ils estiment que les garanties procédurales sont insuffisantes pour la personne poursuivie.

Plus encore, parce que l'avocat n'aurait pas les moyens dont il serait légitime qu'il dispose, les droits de l'entreprise au sein de laquelle l'enquête interne se déroule sont méconnus. Les contributeurs en concluent que ce guide opère ainsi une sorte de « retour en arrière » par rapport aux principes qui gouvernent la répression, notamment en ce que le rapport qui résulte de l'enquête n'est protégé par aucun secret.

Mais l'ouvrage constituant une sorte de dialogue ou à tout le moins permet au lecteur d'avoir les éléments pour se forger une opinion, dans la section 3, JEAN-FRANÇOIS BOHNERT développe *Les conditions de réussite de l'enquête interne dans les rapports entre le Parquet national financier et l'entreprise mise en cause*. Dans sa contribution, le procureur national financier rappelle qu'il s'est exprimé sur sa conception des enquêtes internes dans des lignes directrices et guides, documents qui ne feraient que décrire « une pratique et

répondent à des objectifs de transparence et de prévisibilité pour le public et les acteurs économiques ». Il estime qu'une entreprise confrontée à une suspicion d'infraction doit arbitrer sur l'opportunité de lancer une enquête interne, afin notamment de se réorganiser. Si cette démarche contribue à la manifestation de la vérité, elle sera valorisée dans les éventuelles procédures ultérieures.

Il faut que les conditions et procédures de l'enquête soient satisfaisantes, notamment dans le recueil des informations, les garanties procédurales offertes aux personnes, la rédaction du rapport d'enquête. Si celui-ci révèle des « comportements non conformes aux procédures établies en interne », l'entreprise pourra en tirer les conséquences judiciaires et/ou disciplinaires. Le contributeur souligne que l'analyse doit être menée indépendamment de l'écriture du rapport pour ne pas biaiser la présentation des faits.

Il est rappelé que les lignes directrices invitent l'entreprise à informer spontanément le PNF des faits révélés par l'enquête, ce qui permet ainsi à l'entreprise de prétendre à une « réponse pénale négociée et adoucie » en raison de cette « attitude de coopération et de bonne foi » et du « sérieux » des investigations menées, tandis que le PNF mène une enquête pénale. Le PNF pourra d'ailleurs demander la communication des rapports d'exécution, lettres de mission, etc., de l'enquête interne. En revanche, une enquête interne « défensive », par exemple ouverte après l'ouverture de l'enquête pénale, pourrait être contreproductive. Une collaboration peut à l'inverse s'instaurer, le PNF pouvant proposer un document de cadrage d'une enquête interne, un calendrier, etc., ce qui peut se traduire par des liens continus entre le PNF et l'entreprise au cours de l'enquête interne. Le PNF considère que si des avocats interviennent dans ce cadre, ils devront être différents de ceux qui interviennent dans l'instance pénale, parallèle ou ultérieure.

De cette vision générale, il se dégage d'une part les enjeux considérables de l'enquête internationale, car c'est bien à travers elle que le plus souvent tout se joue, et d'autre part les positions souvent très opposées des uns et des autres. Il est possible que les opinions et les attitudes se rapprochent si l'on prend une perspective moins générale, des cas précis, des segments particuliers de la menée de ces enquêtes qui sont souvent longues et compliquées.

* * *

C'est l'objet du chapitre II qui porte sur ***Les droits de la défense à chaque étape de l'enquête interne***. Logiquement, il débute dans sa section 1 par ***La réception des alertes par l'avocat***. MARIA LANCRI rappelle tout d'abord toute l'évolution législative, aussi bien française qu'européenne, sur le mécanisme de l'alerte qui est lié au processus des enquêtes, les droits qui en découlent et les dispositifs techniques que les entreprises ont établis en conséquence.

Puis l'article met en valeur l'intérêt que chacun a à confier à un avocat le résultat des alertes, résultat sur la base duquel des enquêtes seront déclenchées par les entreprises. La contributrice démontre que la procédure de réception des alertes ne doit pas se limiter à une réception mécanique mais doit intégrer les secrets et anticiper l'enquête qui va s'ouvrir, ce que par nature fait un avocat. En effet, elle insiste sur le fait que l'avocat va accroître les garanties sur le respect de la confidentialité, sur le traitement effectif de l'alerte et sur la limitation du risque de représailles. D'une façon plus générale, elle développe l'idée que l'avocat aide à rassurer les différentes personnes impliquées.

Viennent ensuite, exposés dans une section 2, la **Collecte et traitement des informations dans les enquêtes internes à l'ère numérique**, dont les **processus et enjeux** sont décrits par URIEL GOLDBERG. Centrés sur la technologie, ces développements englobent moins les droits de la défense, qui ne sont pas abordés en tant que tels, mais plutôt la méthodologie requise par l'objet recherché, le traitement des informations exigé pour l'atteindre et les contraintes engendrées par les outils utilisés. Il s'agit en effet d'obtenir la fiabilité et l'efficacité les plus grandes possibles dans la collecte des données et le maniement de celles-ci.

Sont exposées les méthodes pour obtenir les données. Cela est rendu difficile par la variété des systèmes juridiques simultanément applicables, par les obligations de confidentialité et le caractère personnel de certaines données, ce qui les rend juridiquement inexploitable. Il convient ensuite d'extraire dans la masse des données celles qui seront pertinentes.

La méthodologie utilisée par le professionnel consiste à indiquer clairement au départ le périmètre de la recherche d'informations et les spécificités de l'enquête, cadre à communiquer aux personnes et organisations impliquées. Dès lors, il faut préciser l'étendue géographique de la recherche, la période couverte, les personnes engagées dans l'enquête interne, le type de données recherchées, les systèmes informatiques impliqués, le niveau de confidentialité imposé, les procédures internes liées à la conservation des données et à leur accès. Les informations collectées sont soit structurées, soit non structurées, les deux types s'articulant tandis que la technologie évolue sans cesse, tandis que les principes de l'enquête doivent demeurer stables.

La pluridisciplinarité requise pour mener une enquête interne apparaît plus nettement encore dans la section 3, puisqu'elle est consacrée à **L'apport de la psychologie pour l'effectivité des droits de la défense dans l'enquête interne pour harcèlement au travail**. NATHALIE LEROY et DANIELE ZUCKER, l'une avocate et l'autre psychologue clinicienne, soulignent tout d'abord les spécificités, et notamment les difficultés propres aux enquêtes internes requises dans les entreprises lorsqu'il s'agit de faits de harcèlement sexuel ou moral. Il s'agit ici de montrer le fruit d'une collaboration étroite entre le juriste et le psychologue dans un tel cas, pour que s'établisse un dialogue où chacun peut s'exprimer et être protégé, ce qui est une façon de faire vivre les droits de la défense. Ce

qu'elles qualifient de « regards croisés », requis par le fait que le harcèlement est un « concept psychologique » auquel le Droit attache des conséquences juridiques, justifie de ne pas se limiter à une approche strictement factuelle et organisationnelle.

La maîtrise de la psychologie permet de donner de la pertinence à des attitudes qui ne sont pas juridiquement répréhensibles. Il convient donc de développer une méthodologie adéquate par une analyse complémentaire à l'analyse factuelle et juridique, intégrant des indices de personnalité, considérant le stress post-traumatique, décodant ce qui peut être un système de harcèlement. En outre, la méthode adoptée doit renforcer la fiabilité des entretiens pour que la parole de chacun puisse y prendre sa place (technique d'audition, renforcement des compétences personnelles).

C'est justement ce moment crucial des auditions vers lequel se dirige alors l'ouvrage, pour montrer tout d'abord que **Le respect des droits de la défense lors des auditions des enquêtes internes** est **un gage d'efficacité**. Pour le montrer dans une section 4, GHITA KHALID ROUISSI et EMMANUEL DAOUD reprennent chronologiquement le mécanisme de l'enquête interne, qui suit souvent une alerte, et plus particulièrement les auditions qui sont alors menées. Ce sont le plus souvent les pratiques qui en fournissent les règles, encadrées par un peu de jurisprudence et ce qu'ont publié le barreau de Paris et le Conseil national des barreaux (CNB) lorsque ces auditions font place à un avocat.

La contribution rappelle les textes décrivant les méthodes prévues, recommandées ou conseillées en la matière, qu'il s'agisse de préparer l'audition, de la mener ou d'en tirer les conséquences, pour que cela soit rapproché de la procédure pénale, la formalisation étant un gage de respect des droits de la défense.

Mais là encore les oppositions reprennent vie, ce qui montre que notre système juridique n'est pas encore mature. En effet, dans une section 5, procédant à l'**analyse de la position de l'AFA et du PNF**, à propos de **L'enquête interne au cœur des enjeux de conformité et de justice négociée**, ÉRIC RUSSO souligne à la fois le continuum entre l'enquête interne et la justice négociée, la volonté de collaboration des autorités et des entreprises, dans un contexte international et sur un modèle anglo-saxon, mais les droits de la défense n'y auraient pas leur pleine place. Concernant ceux-ci, aussi bien ceux des personnes auditionnées que ceux de l'entreprise, laquelle ne devant pas rester passive, il souligne que le législateur pourrait encadrer davantage l'enquête interne et estime que lorsque l'enquête prend une certaine proportion, l'entreprise a intérêt à en confier la conduite à un avocat. Plus encore, il prend nettement parti pour le cumul souhaitable par l'avocat de la fonction d'enquêteur et de la fonction de défenseur de l'entreprise, contrairement à la recommandation de l'AFA et du PNF, qui y voient une incompatibilité.

Continuant son cheminement, l'ouvrage arrive au rapport d'enquête, ce trésor d'informations si convoité. Dans une section 6, SAMUEL SAUPHANOR décrit

Le rapport d'enquête interne à l'épreuve des droits de la défense. En effet, l'enquête interne constitue encore un « immense angle mort ». C'est pourtant un sujet essentiel en ce que, pour le contributeur, l'enquête interne constitue une procédure parapénale et peut avoir pour effet de déboucher sur une sanction pénale. Les principes de la procédure pénale devraient donc y être pleinement appliqués. Cela n'est pas le cas.

Cette contribution pose tout d'abord que l'enquête suscite un déséquilibre, qui ne peut que se sédimenter par la suite, entre ceux qui mènent l'enquête et ceux qui doivent collaborer, constituant donc un dysfonctionnement intrinsèque, les droits de la défense étant peu présents au cours des investigations, ce qui se cristallise dans le rapport, entravant la défense des personnes mises en cause.

Parce que le rapport d'enquête n'est pas le recueil de la vérité mais constitue plutôt la pièce probatoire majeure d'un mécanisme plus vaste, par exemple la pré-organisation d'une CJIP, les personnes mises en cause, morales mais aussi physiques, doivent le penser comme un élément de défense devant avoir été constitué loyalement, une annulation devant être possible dans le cas contraire, pouvant prouver les diligences des uns et des autres, dans une stratégie anticipée de défense pensée notamment par la personne morale exposée par la suite à des sanctions, avec le risque qu'elle sacrifie l'intérêt propre de collaborateurs.

Il en résulte un rôle difficile pour l'avocat du commanditaire du rapport d'enquête, l'avocat devant discerner quels intérêts défendre et comment le faire. De la même façon, la défense du secret des communications avec son client est difficile à revendiquer à propos du rapport d'enquête, puisque celui-ci doit être conçu comme une pièce probatoire destinée à être produite, le contributeur estimant au contraire qu'il doit être dès le départ conçu comme ne devant pas être secret mais avoir vocation à être communiqué aux autorités et dans des procédures ultérieures.

Une fois que la perspective d'ensemble a été menée par le chapitre I, que le cheminement étape par étape a été suivi par le chapitre II, le chapitre III peut aborder le thème essentiel constitué par ***La spécificité des enquêtes internes dans les entreprises internationales.***

* * *

Dans ce chapitre III, consacré à ***La spécificité des enquêtes internes dans les entreprises internationales et la place*** qu'y occupent ***les droits de la défense***, la section 1 permet à OLIVIER CATHERINE de développer ***La spécificité des enquêtes internes pratiquées par les groupes internationaux.*** Il décrit le déroulement d'une enquête interne lorsqu'elle est diligentée dans une

entreprise de dimension internationale. Les juristes d'entreprise sont particulièrement rompus à le faire, ayant suivi les évolutions des grandes entreprises, mutations qui impliquent la dynamique d'enquêtes internes globales.

Pour y procéder, le juriste d'entreprise doit non seulement se muer en « enquêteur » mais encore établir préalablement un programme de conformité légitime et robuste, global et intégrant les particularités locales. Ce référentiel ainsi constitué dans un corpus commun de normes vise notamment le système d'alerte et la conduite des enquêtes internes. Ce dispositif, transparent, doit produire de la confiance dans l'ensemble du groupe.

Les enquêtes sont souvent internationales ou se déroulent fréquemment à l'étranger, le particularisme français tenant à la fragilité du secret des correspondances avec l'avocat et à l'absence de confidentialité des avis juridiques pouvant mettre en difficulté l'entreprise dans la bonne menée du dispositif, alors même que les règles d'imputabilité de la responsabilité pénale s'assouplissent à l'égard des groupes. Le contributeur décrit ensuite la conduite opérationnelle des enquêtes internes menées par un groupe international.

D'une façon plus ciblée, la section 2 aborde les manières de **Garantir la valeur probatoire d'un rapport dans le cadre d'une enquête interne opérée dans une entreprise internationale**. MONIQUE FIGUEIREDO explique en quoi la réalisation d'un rapport d'enquête interne est un grand enjeu pour une entreprise, d'autant plus si celle-ci est de dimension internationale. En le réalisant, l'entreprise doit dès le départ le concevoir pour ce qui constitue sa valeur : un instrument probatoire. En effet, par ce rapport l'entreprise établit qu'elle fait ses meilleurs efforts pour se conformer aux lois locales et internationales, qu'elle observe dans ses recherches les droits de la défense et le principe du contradictoire et qu'elle développe en son sein une culture d'impartialité pour mener ces enquêtes. Pour cela, le rapport doit garder la trace de la méthodologie d'enquête rigoureuse qui a été suivie, la conformité aux diverses législations sur les données, la traçabilité en matière probatoire étant assurée par le rapport.

En outre, parce que le cas ici considéré est celui d'une entreprise internationale, la constitution d'un rapport d'enquête interne se heurte à de nombreuses difficultés spécifiques, auxquelles il est proposé des solutions. Ces difficultés sont de plusieurs ordres. Il peut s'agir de la diversité des systèmes juridiques impliqués, de la diversité des langues et des modes de communication, de la diversité des cultures d'entreprise reflétées dans les normes locales applicables, de l'impératif d'une coordination globale de l'enquête et de l'impératif de respecter des droits de la défense pouvant être rejetés dans leur principe même dans certaines zones du monde. À chacune de ces difficultés, des solutions sont proposées.

C'est en effet à l'entreprise, confrontée à des difficultés, d'y apporter des remèdes. C'est pourquoi dans une section 3, LYDIA MEZIANI traite de **La**

responsabilité de l'entreprise dans la conception et la menée de l'enquête interne. Elle développe sa conception de ce qu'est la « responsabilité de l'entreprise » dans les enquêtes internes. Elle estime qu'il s'agit d'un outil de pilotage de la gestion des risques et que, la législation et la jurisprudence étant peu claires dans la formulation des multiples exigences et la précision des modalités, l'entreprise doit agir pour éviter d'engager sa responsabilité, préserver sa réputation et gérer ses risques. Elle le fait d'une façon unifiée et en s'organisant librement, dès l'instant que les méthodes d'investigation ne sont pas illicites, la contributrice considérant que les droits de la défense ne s'y appliquent pas en tant que principes. L'entreprise y reprend son système « vertical », appliquant une méthode unifiée dans l'ensemble du groupe.

Sont soulignées les « vertus » de l'enquête interne pour l'entreprise, en ce que celle-ci constitue un ordre juridique en soi, portant ainsi les valeurs des lois françaises dans le monde, *via* les enquêtes internes à la méthodologie unifiée et à travers une collaboration active avec les autorités publiques. La contributrice estime néanmoins que sa pratique peut être « inconséquente », estimant que le droit de l'enquête interne est encore « immature ».

Dans cette organisation difficile et encore à parfaire, il est toujours utile de se reporter aux États-Unis, où entreprises, régulateurs et juges ont développé plus précocement et amplement un corpus. C'est pourquoi dans une section 4, VICTOIRE CHATELIN reprend le thème des **Enquêtes internes, enquêtes pénales et droits de la défense** pour nous instruire sur ce **que nous disent les jurisprudences américaine et anglaise (l'affaire Connolly et l'affaire ENRC)**.

Elle justifie l'exposé de *case law* américaine et britannique en ce que les enquêtes internes y sont une pratique plus ancienne et pouvant donc être instructives en ce qu'elles sont plus matures. Or, des cas montrent que lorsqu'elles sont menées en lien avec les autorités, aux États-Unis le *DoJ*, au Royaume-Uni le *SFO*, elles peuvent mettre en danger les droits de la défense de ceux qui y sont entendus, puis les liens entre l'entreprise qui collabore à tort et le cabinet d'avocat qui y a aidé. Pour appuyer cela, sont décrits en détail les cas américains *Gavin*, *Coburn & Schwart*, *Tournant*, puis le cas britannique *ENRC*, qui a donné lieu à plusieurs décisions au Royaume-Uni, qui illustrent les dangers que fait courir le non-respect du secret professionnel par des avocats chargés de l'enquête interne.

Ce tour d'horizon des enquêtes internes montre le rôle singulier que l'avocat peut y jouer, perspective à laquelle est consacré le chapitre suivant de l'ouvrage.

* * *

En effet, le chapitre IV mettant en valeur **Le rôle singulier de l'avocat dans l'enquête interne** s'ouvre sur une section 1 qui porte sur **La méthodologie propre à l'avocat enquêteur**. WILLIAM FEUGÈRE y développe l'idée que l'avocat est bien placé pour mener une enquête interne, étant à la fois le spécialiste du droit impliqué, qu'il travaille notamment dans son activité de consultation, et de la défense. Dans cette perspective, le contributeur développe tout d'abord la méthodologie propre à l'avocat-enquêteur, expert en droit et en défense. À ce titre, l'avocat est particulièrement soucieux des droits de la personne interrogée, notamment ses droits de la défense, auxquels le contributeur estime que le droit souple émis par l'AFA et le PNF fait assez peu de place, alors que la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation les a développés.

Dans un second temps, le contributeur insiste sur le fait que cette méthodologie propre est liée à la déontologie qui caractérise l'enquêteur en tant qu'avocat. Cela conduit celui-ci à être une sorte d'enquêteur idéal, ce qui paraît contre-intuitif, mais tient notamment à son indépendance, qui est sa définition même, et son interdiction de « faire pression ».

La section 2 prend la perspective de **L'enquête interne façonnée par la déontologie de l'avocat**. STÉPHANE DE NAVACELLE, JULIE ZORRILLA et LAURA RAGAZZI démontrent que l'avocat auquel l'entreprise décide de confier une enquête interne devient ainsi « avocat-enquêteur », cette double qualité façonnant l'enquête puisque tant qu'il demeure avocat celle-ci est imprégnée de sa déontologie. S'appuyant principalement sur les textes émis par la profession d'avocat, par exemple le *vade-mecum de l'enquête interne*, textes dont des extraits sont reproduits, ils soulignent que les valeurs de l'avocat sont donc importées dans l'enquête interne mais protestent contre le fait que le secret professionnel, qui est un principe cardinal de la profession, y soit contesté par le Parquet national financier et l'Agence française anticorruption, alors même que la foi du Palais pourrait ajuster les intérêts.

Reprenant de manière chronologique l'enquête interne, la contribution décrit la façon dont l'avocat accepte sa mission. La force de sa déontologie est telle que cela ne devrait pas l'empêcher par la suite de défendre l'entreprise si celle-ci se trouve poursuivie, notamment sur la base de cette même enquête interne. Est décrite la façon dont l'avocat définit le cadre de l'enquête, en particulier les parties prenantes qui y sont impliquées, puis mène les investigations, notamment les entretiens avec des personnes susceptibles d'être mises en cause, jusqu'à l'élaboration du rapport d'enquête qui doit en tirer les conséquences. Les contributeurs regrettent que la confidentialité de ce rapport soit contestée alors que, parce que l'enquêteur qui l'a rédigé est un avocat, elle ne devrait pas l'être.

La section 3 centre l'analyse sur l'impératif de **Préserver le secret professionnel de l'avocat dans l'enquête interne et son résultat**. BÉNÉDICTE GRAULLE et YANIS RAHIM présentent tout d'abord le secret professionnel de l'avocat

comme étant un secret inviolable sur lequel l'organisation de la justice repose dans un État de Droit, est d'ordre public et absolu, constitue un droit fondamental pour tout justiciable. Ils soulignent l'intérêt que l'entreprise a, lorsqu'elle décide de la menée d'une enquête interne, de la confier à un avocat, bénéficiant ainsi par transitivité des garanties liées au secret professionnel. En effet, ils estiment que si par la suite l'entreprise entre dans les mécanismes de CJIP ou de CRPC, elle doit pouvoir continuer à bénéficier de la protection de cette défense ainsi engendrée. Or, le PNF et l'AFA le récuse, ce contre quoi les contributeurs protestent, estimant que cette position est *contra legem*.

De façon très détaillée et en s'appuyant sur la circulaire d'application de la loi dite « Confiance » et le Code de procédure pénale, les contributeurs regrettent que le secret professionnel de l'avocat soit aujourd'hui « à géométrie variable » dans l'enquête interne, n'étant acquis d'une façon incontestable que lorsqu'une infraction est constatée, par la dissociation, estimée regrettable, faite entre l'activité de conseil et l'activité de défense. La contribution présente donc une « trinité » pour guider l'interprète dans un Droit devenu incertain : le « conseil-conseil » qui ne serait plus protégé par le secret, le « conseil-défense » qui devrait l'être tout autant que le « défense-défense », devant se déclencher, selon la lettre même de la circulaire d'application de la loi dite « Confiance » dès que la personne en cause pense avoir commis une infraction. Or, l'enquête interne ne touche pas le premier type d'activité mais engendre pleinement les deux autres, qui sont donc indissociables de la défense, ce que récuse d'une façon illégitime les autorités de poursuite, qui ne sont pas en droit d'ignorer la circulaire d'application de la loi. C'est d'ailleurs l'ensemble des activités de l'avocat qui appelle la protection du secret, tant il y a un continuum entre le conseil et la défense, à la fois pendant la menée de l'enquête et à l'issue de celle-ci, notamment pour que le rapport qui en résulte demeure protégé, ce pour quoi les contributeurs appellent à la formulation d'un principe général qui devrait s'imposer par sa seule force mais qui doit être exprimé pour briser la prise de position illégitime des autorités.

Choisissant de l'illustrer d'une manière concrète et imagée, la section 4 se saisit de *L'avocat-enquêteur en droit du travail*, considéré comme *un janséniste au milieu du Far West*. RICHARD DOUDET décrit plus particulièrement les enquêtes internes diligentées par une entreprise en raison de difficultés advenues dans les relations sociales à l'intérieur de celle-ci. Les entreprises y recourent désormais beaucoup, d'une part parce que les phénomènes de harcèlement sont très nombreux, d'autre part parce que le Droit, notamment la jurisprudence de la Chambre sociale de la Cour de cassation, les y oblige. Or, le contributeur souligne que l'enquête interne est une pratique très peu encadrée par la jurisprudence, aucune compétence ou aucun diplôme n'étant d'ailleurs requis pour la mener, ni aucun organe de l'entreprise n'en étant informé, ni même les principes de procédure respectés, alors qu'elle présente de nombreux risques.

Ces risques menacent tout d'abord l'employeur. En effet, si une annulation survient ultérieurement, par exemple par manque d'impartialité, ce qui constitue une faute de l'employeur, tous les actes subséquents le seront également, comme le licenciement. Plus encore, l'employeur qui n'instruit pas correctement se prive du regard extérieur de l'enquêteur indépendant et manque ainsi une occasion de faire évoluer son organisation. Le contributeur souligne que confier l'enquête à une personne de l'entreprise risque bien d'accroître les tensions, voire les traumatismes psychosociaux, dans l'entreprise. Il estime donc que l'avocat, en tant que figure extérieure à l'entreprise, et tenu par sa déontologie, est au contraire idoine pour mener ce type d'enquête, d'une façon indépendante et impartiale.

En effet, dans un second temps le contributeur décrit cet « avocat-enquêteur » comme un « professionnel réglementé », qui doit appliquer sa déontologie à cette pratique de l'enquête interne « avec une rigueur janséniste ». De fait, il reste pleinement avocat et tenu à l'ensemble de ses obligations, n'étant en rien subordonné, ce qui est essentiel pour mener une enquête impartiale. Pour bien orchestrer une enquête interne, il doit donc l'aborder en « janséniste », en faisant un « usage intensif de son serment », notamment du secret dû, ce qui ne pourra qu'accroître sa crédibilité en tant qu'avocat-enquêteur.

La section 5 développe la question de ***La défense des personnes physiques dans les enquêtes internes***, dont l'avocat se soucie. DOROTHÉE HEVER estime en effet que la pratique des enquêtes n'est actuellement pas assez encadrée et qu'il faudrait que la loi le fasse davantage pour que les droits des personnes physiques impliquées, notamment leurs droits de la défense, soient mieux protégés.

Elle estime en effet qu'au-delà des questions de conformité, les enquêtes internes exposent les personnes physiques à des risques sérieux de procédure pénale. Elles doivent donc immédiatement bénéficier de droits à ce titre. Or, les pratiques et la jurisprudence sont encore trop faibles. Parmi les pistes d'amélioration proposées, la contributrice donne sa préférence à une loi nouvelle, attribuant une série de nouveaux droits aux personnes physiques dont les intérêts sont concernés par une enquête interne au regard d'une possible procédure pénale.

* * *

Le second Titre de l'ouvrage porte sur les ***enjeux procéduraux de la CJIP et de la CRPC confrontés aux droits de la défense***. En symétrie de la construction du Titre I, le chapitre I est consacré à une ***Vision générale des droits de la défense dans la CJIP et la CRPC***. Puis le chapitre II repère ***les dialogues à***

l'œuvre ou à parfaire dans la CJIP et la CRPC, formes actives des droits de la défense. Pour cela, le chapitre III, également en symétrie avec le premier Titre de l'ouvrage, dégage *Le rôle singulier de l'avocat dans la CJIP et la CRPC.*

* * *

Pour donner une *Vision générale des droits de la défense dans la CJIP et la CRPC*, le chapitre I ouvre sur une section 1 relative à la *Théorie et pratique de la négociation dans la justice pénale*. SARAH-MARIE CABON y définit la technique de « négociation » comme celle par laquelle des prétentions s'affrontent que « chaque interlocuteur va tenter de rendre compatibles par un jeu de coopération et de concessions mutuelles », ce qui va donc être utilisé dans la justice pénale française non pas tant par attraction du modèle américain, mais pour tenter de résoudre les difficultés engendrées par le flux des contentieux, le procédé s'étant élargi au contentieux répressif, notamment devant les autorités administratives de régulation. Le principe est donc la coopération du délinquant. Elle souligne les satisfactions « pratiques » revendiquées, puisque les cas sont résolus, les sanctions sont acceptées et les inquiétudes sont « théoriques », puisque des principes fondamentaux semblent écartés, comme les droits de la défense. Est réaffirmé le fait que les avantages pratiques et le fait que rien n'oblige les entreprises à accepter les CJIP et les CRPC justifient que l'on ne s'arrête pas à ces considérations « théoriques ».

La contribution est donc construite sur la confrontation de « l'utile » et du « juste », parce que c'est ainsi que le système est présenté, l'utilité et le consentement étant notamment mis en valeur dans les lignes directrices des autorités publiques. Face à cela, la contributrice examine la façon dont les textes continuent, ou non, de protéger la personne qui risque d'être *in fine* sanctionnée, notamment dans les enquêtes et investigations, le fait qu'elle consente à renoncer à cette protection, notamment qu'elle apporte elle-même les éléments probatoires de ce qui sera la base de sa déclaration de culpabilité, tandis que l'autorité publique ne renonce pas encore à ce moment-là à la poursuite, qui est problématique au regard du « juste ». La suite de la contribution est donc consacrée à « l'utile contraint à être juste ». À ce titre, la contributrice pense que l'indépendance du ministère public devrait être plus forte, à l'image de ce qu'est le Parquet européen, et le contrôle du juge judiciaire plus profond, car la procédure actuelle de validation des CJIP semble régie par le principe dispositif, principe qui ne sied pas à la justice pénale.

La section 2 évoque *l'emprunt au modèle américain et à ses récentes évolutions*, en prenant comme illustration *la lutte anticorruption*. STEPHEN L. DREYFUSS s'appuie sur la pertinence de cette attention toute particulière portée sur les mécanismes américains, puisqu'ils inspirent tant les législateurs

européen et français, par exemple entre le *DPA* et la CJIP. Le contributeur décrit donc les caractéristiques du nouveau dispositif mis en place en 2022 et 2023 par le *DoJ* : la *declination* et la *presumption of declination*.

Sans plus requérir l'autorisation ou l'homologation d'un juge, le *DoJ* accorde le bénéfice de la garantie de ne pas poursuivre, garantie apportée à l'entreprise par ce que les textes présentent désormais comme un « contrat », en échange de quoi l'entreprise apporte sa pleine collaboration, notamment toutes les preuves dont elle dispose, en premier lieu contre elle-même. Contrairement à la France, où l'enquête est menée par l'entreprise elle-même, il s'agit pour le *DoJ* d'alimenter ainsi l'enquête que le *DoJ* dirige et dont il conserve la pleine maîtrise, ayant par ailleurs les moyens matériels et humains de la mener.

Dans cette même perspective d'ensemble portant sur la **Justice pénale négociée**, en sont analysés les **avantages présents** et **risques à venir** dans la section 3. ALEXIS BAVITOT estime que la justice pénale négociée n'a pas été en France le fruit d'une décision politique assumée, mais l'intégration successive de solutions pratiques pour gérer le flux de contentieux répressifs, la doctrine cherchant dans un second temps à rendre compte de la CRPC et de la CJIP, mécanismes qui reposent sur un vocabulaire et des techniques qui n'appartiennent pas au droit pénal. Les avantages retenus sont avant tout ceux liés à l'efficacité, le contributeur soulignant que cela peut conduire à des résultats injustes, notamment parce que les droits de la défense sont le plus souvent exclus, en particulier le droit de se taire et de se prévaloir de la présomption d'innocence. Le risque principal tient à la disparition du juge, qui s'efface progressivement de la justice négociée.

Le contributeur s'en alarme d'autant plus que la justice pénale négociée, illustrée par la CJIP et la CRPC, bénéficie d'une très grande extension, à la fois dans son domaine et dans les personnes qui en sont l'objet, lesquelles sont incitées à faire des « autorévélations ». Cela devrait être mis en perspective avec la « consolidation » de cette justice pénale négociée, c'est-à-dire un renforcement des droits de la défense. Or, cela n'est pas le cas, malgré les propositions, notamment de réforme législative, en ce sens.

* * *

Cela justifie que le chapitre II soit consacré aux **dialogues à l'œuvre ou à paraître dans la CJIP et la CRPC, formes actives des droits de la défense**. Le premier exemple en est pris dans la section 1, où est choisi **le cas particulier des affaires de fraudes fiscales** dans la **combinaison des CRPC et des CJIP**. MARION DAVID rappelle que le recours à la CJIP ou à la CRPC n'est possible en cas de faits de fraude fiscale que depuis une loi de 2018, et que l'une et l'autre

sont très utilisées, recours encouragé par les pouvoirs publics. La CRPC est plutôt utilisée pour les cas simples de fraudes commises par des personnes physiques, tandis que la CJIP concerne davantage des cas complexes renvoyant à des schémas mis au point par des entreprises, soit pour elles-mêmes, soit pour des tiers (les banques et les gestionnaires de fonds étant ici directement concernés). Cette complexité justifie d'ailleurs souvent que l'enquête pénale soit menée parallèlement à la négociation de la CJIP.

Les procédures y sont caractéristiques en ce que l'administration fiscale mène elle aussi une procédure, la personne physique ou morale se voyant appliquer des qualifications qui peuvent être différentes dans deux procédures qui n'ont pas la même temporalité. Si l'administration a déjà rassemblé des éléments d'enquête, voire a déjà réalisé un contrôle et éventuellement opéré un redressement avant la transmission du dossier au parquet, cela a un effet sur l'enquête pénale au regard des « éléments déjà établis par l'administration fiscale ». Réciproquement, lorsque l'enquête préliminaire ou l'information judiciaire s'achèvent, si la procédure fiscale n'est pas achevée, fait l'objet d'un recours ou a donné lieu à une transaction, la même influence s'opère. La dualité des ordres de juridictions complique les mécanismes.

Les enjeux concernent tout d'abord la qualification, puisque la fraude fiscale peut être qualifiée de la même façon par l'administration fiscale et par l'autorité pénale, comme le montre le cas Google, entreprise qui a dans le même temps contesté en 2015 devant le juge administratif le redressement fiscal opéré par l'administration fiscale, soutenant devant le juge le caractère bien-fondé de son comportement, et conclu en 2019 avec le Parquet national financier une CJIP pour des faits susceptibles d'être pénalement qualifiés de fraude fiscale. La contributrice en conclut que, face à cette différence de raisonnement de l'administration fiscale et des autorités pénales, il convient que celles-ci discutent entre elles, aidées par des avocats maîtrisant et le droit fiscal et le droit pénal. Les enjeux concernent ensuite le montant et la durée des amendes, notamment l'amende d'intérêt public qui tient compte des « avantages tirés des manquements », ici les impôts éludés. La circulaire du 4 octobre 2021 préconise que la CJIP donne lieu à un règlement global et coordonné des procédures fiscales et pénales.

Est soulignée l'efficacité de la CRPC et de la CJIP en matière de fraude fiscale, notamment parce qu'actuellement le recours à ces deux techniques suppose que le contribuable ait payé ses impôts et les redressements dont il a pu être l'objet. En outre, la proportionnalité de l'amende est respectée, puisque le montant global des sanctions éventuellement prononcées ne dépasse pas le montant le plus élevé de l'une des sanctions encourues. C'est pourquoi l'amende proposée en cas de CRPC tient compte des pénalités encourues au niveau fiscal, généralement 80 % des impôts redressés. De la même façon, en matière de CJIP, le plafond d'amende d'intérêt public est déterminé par le montant le plus élevé, entre 30 % du chiffre d'affaires annuel moyen des

trois dernières années et les pénalités de 80 %, plafond duquel seront retranchées les pénalités réellement acquittées par l'entreprise. La contributrice remarque qu'en matière de fraude fiscale la CRPC reste moins favorable que la CJIP, en ce que la CRPC demeure une procédure longue durant laquelle le contribuable n'est pas fixé sur son sort et au terme de laquelle il peut subir des peines complémentaires. La CJIP peut être une bonne solution pour l'entreprise, qui peut parallèlement contester la procédure administrative de redressement ou inciter celle-ci à transiger, l'autorité judiciaire jouant ainsi comme le ferait un arbitre entre les deux, poussant l'entreprise à négocier avec l'administration et poussant l'administration à transiger. La diminution de l'amende de la CJIP pour autodénonciation et en cas de régularisation spontanée auprès de l'administration fiscale favorise l'efficacité du système. La technique fiscale du rescrit rejoint d'ailleurs celle du programme de mise en conformité, l'entreprise s'engageant pour des comportements futurs, dont l'administration fiscale pourrait lui donner acte et lui garantir l'absence de sanction.

Mais ce dialogue est parfois difficile. C'est pourquoi la section 2 a pour objet de rassembler des éléments ***Pour une justice pénale négociée plus équitable***. ASTRID MIGNON COLOMBET y souligne à la fois les critiques articulées contre la CJIP et la CRPC au nom des droits de la défense et les avantages que présentent ces nouveaux outils, qui ont été validés par les juridictions, gardiennes des droits fondamentaux, et dont l'adoption se propage. Il convient donc plutôt d'en améliorer le fonctionnement. En effet, elle estime que le risque d'une méconnaissance du droit à un procès équitable surgit davantage de l'utilisation dévoyée de cette procédure à d'autres fins que celles pour lesquelles elle existe. Ce qu'il faut empêcher ce n'est pas l'échange d'une absence de poursuite ou la négociation d'une peine contre des révélations, mais ce qui est un dévoiement, un préjugement sur une personne qui n'a pas participé à l'élaboration de l'accord. Or, cela arrive souvent, notamment concernant les personnes physiques, et c'est une atteinte aux droits de la défense, à la présomption d'innocence, qui constitue une iniquité. Pour y remédier, il faudrait davantage lier le sort de la personne morale et des personnes physiques et emprunter au droit britannique, qui fait participer précocement le juge aux mécanismes de l'accord pour que son contrôle soit effectif.

L'unicité vantée ou souhaitée est d'autant plus difficile en droit et en pratique que les systèmes juridiques sont divergents, y compris en Europe. La section 3 mesure ***Les impacts, sur les droits de la défense, des disparités de la justice pénale négociée dans l'Union européenne***. EMMANUEL MOYNE examine tout d'abord, dans l'espace européen, l'usage que le droit français fait de ces techniques de justice négociée. Il constate leur extension continue, notamment de la CJIP qui, de réforme en réforme, s'étend désormais à la fraude fiscale et aux délits environnementaux, estimant qu'il faudrait que cela puisse s'entendre à tout et à tous, c'est-à-dire d'une part à toutes les

infractions, notamment en droit de la concurrence et à toutes les infractions financières, et d'autre part non seulement aux personnes morales mais encore aux personnes physiques.

L'espace européen est pour l'instant plutôt occupé par le Parquet européen, dont l'action pourrait être efficace pour mener à une transaction pénale ou à une CJIP, notamment en matière environnementale. Pour l'instant, l'hétérogénéité des procédures simplifiées à la disposition des différents procureurs européens délégués en matière de poursuite engendre un risque de *forum shopping*. En outre, l'absence d'harmonisation européenne des mécanismes de transaction pénale ou de CJIP rend difficile leur mise en œuvre, car non seulement de nombreux États membres ne les ont pas même institués, mais lorsque cela est le cas, les procédures sont très diverses, notamment concernant les droits de la défense, ce qui est problématique.

La pratique peut cependant suffire dans certains cas pour aplanir ces difficultés liées aux textes. La section 4 montre que cela dépend avant tout des **rappports entre avocats et autorités de poursuites depuis l'introduction de la CJIP**. THOMAS BAUDESSON montre que la CJIP, évolution la plus marquante de la procédure pénale, fait dialoguer le barreau et les autorités de poursuite, qui passent d'une logique de confrontation à la coopération. Il s'agit d'une relation d'un type nouveau. Le procureur concerné est avant tout le PNF, qui bénéficie d'une expertise en la matière, qu'il diffuse par sa *soft law* et apporte plus de sécurité aux entreprises. Il illustre ses propos notamment par la CJIP dite « *Airbus* », dans laquelle il y eut confrontation avec les pratiques anglaises et américaines dans des « enquêtes de coopération », qui requièrent une confiance réciproque. Mais il reconnaît les progrès qui restent à faire, aussi bien du côté des avocats qui, en France, semblent demeurer comme par principe en opposition aux magistrats et peu sensibles à ce que pourrait être leur rôle dans la recherche de la vérité, que du côté des magistrats qui semblent percevoir les avocats comme des sortes de « mercenaires » dont il faudrait par principe se méfier. C'est pour cela que, dans leur guide sur les enquêtes internes, l'AFA et le PNF demandent que l'avocat qui mène l'enquête et celui qui assure la défense pénale de l'entreprise ne puisse pas être le même, ce que le contributeur explique par cette défiance, présumant des enquêtes de complaisance, suspicion de principe que l'auteur regrette. De la même façon, le refus des magistrats de reconnaître le secret professionnel couvrant le rapport d'enquête paraît à l'auteur archaïque par rapport aux conceptions anglo-saxonnes, car le *DoJ* comme le *SFO* admettent aisément le *legal privilege* attaché à ce rapport. De ce fait, la France ne serait pas au même niveau d'État de Droit que les États-Unis et le Royaume-Uni. L'auteur en conclut que des progrès restent donc à faire pour que la France achève son évolution pour devenir pleinement attractive afin que des entreprises, confrontées à des pratiques répréhensibles, soient effectivement menées à entreprendre une démarche d'autorévélation.

* * *

En effet, le chapitre III développe des réflexions sur *Le rôle singulier de l'avocat dans la CJIP et la CRPC*. Dès le départ, celui-ci pose difficulté et c'est sous forme de question que la section 1 présente, *à propos de la CJIP*, son approche : *Quand se justifie et quand s'arrête la collaboration ?* PHILIPPE GOOSSENS expose que dans le système juridique classique l'avocat est dans une « défense d'opposition ». À cela, la loi dite « Sapin 2 » ajoute une « défense de collaboration » qui s'articule plus ou moins bien avec la défense classique d'opposition. Sont répertoriés aussi bien les avantages que les inconvénients de la logique de collaboration que l'avocat doit prendre en charge. L'avocat doit manier les deux avec pragmatisme, notamment pour que les droits de la défense de l'entreprise et ses intérêts trouvent leur place dans le mécanisme de la CJIP.

C'est en raison de ces difficultés que, comme cela est souligné dans la section 2, le premier dialogue requis est *Le dialogue de l'avocat et de son client, chef d'entreprise, face à la proposition d'une CRPC et d'une CJIP*. FRANÇOIS SAINT-PIERRE décrit les nouveaux problèmes que la CRPC et la CJIP ont engendrés pour les chefs d'entreprise et l'aide que l'avocat peut leur apporter dans le dialogue qu'il a avec eux. Pour cela, il expose les éléments à prendre en considération pour faire des choix stratégiques à l'égard du ministère public, éléments non seulement « rationnels » mais encore psychologiques.

En effet, si la négociation et l'obtention d'une CRPC ou d'une CJIP lui procurent de nombreux avantages, comme la soustraction à l'aléa judiciaire, à la délimitation des personnes susceptibles d'être poursuivies, à l'économie de temps et d'argent, l'évitement du procès pénal et la diminution de la stigmatisation médiatique, le dirigeant est aussi privé du besoin psychologique de se justifier et d'être jugé. En outre, ce choix d'accepter la logique d'une justice négociée doit ensuite être justifié par le dirigeant au sein de l'entreprise, auprès de ses collaborateurs, et à l'extérieur, notamment auprès des banquiers.

Cette situation entraîne un *dilemme de l'avocat pénaliste face à la CRPC*, décrit par la section 3. JEAN BOUDOT exprime une vision personnelle et tranchée des mécanismes de la CRPC et plus largement de la justice négociée, dont il regrette qu'elle ait réussi à envahir le pénal pour des motifs de management. À partir de sa pratique d'avocat, le contributeur estime en premier lieu que la personne mise en cause est placée dans une situation où elle ne peut pas refuser la proposition qui lui est faite par le procureur, même si elle n'a pas commis les faits de la façon dont ceux-ci seront conservés dans la mémoire et la transcription qui en sera faite. Dans un second temps, il assure que cela met l'avocat dans une position intenable à l'égard de celui qu'il devait défendre, car il doit le « conseiller », mais cela le conduit à faire un « pari » au

lieu de résister, et d'entrer dans ce nouveau système, soit de défaite par le consentement, soit de pari et non plus d'affrontement, système où l'avocat peut mener son client à sa perte.

La section 4 souligne que l'avocat demeure attaché à sa vocation première, notamment lorsqu'une personne physique est en jeu : ***Défendre les intérêts de la personne physique confrontée à la justice négociée : préserver l'effectivité des droits de la défense et le respect de la présomption d'innocence.*** CAPUCINE LANTA DE BÉRARD et PAULINE DUFOURQ estiment que les personnes physiques, notamment les mandataires sociaux des personnes morales, sont les « parents pauvres » de la justice négociée, alors même que celle-ci présente de nombreux risques pour ces personnes physiques. Cela tiendrait tout d'abord au fait que la CRPC est inadéquate pour elles, notamment parce qu'elle n'est pas l'équivalent de la CJIP et qu'elle implique une reconnaissance de responsabilité alors que la CJIP précisément l'exclut, mais que celle-ci vise, comme l'enquête interne qui la précède souvent, des personnes physiques, des faits directement imputables à des mandataires sociaux qui n'ont plus aucune marge lorsque le temps de leur propre procès arrive. Le cas dit « Bolloré » l'a bien montré. L'enquête interne est ainsi support tout à la fois de coopération, mais est aussi support de l'accusation de la personne physique. En outre, l'entreprise peut négocier contre ses collaborateurs, personnes physiques, sans que celles-ci le sachent même, la présomption d'innocence ne fonctionnant guère dans ce qui est pourtant une enquête pénale déléguée.

Des solutions sont répertoriées par les contributrices pour remédier à cette situation défavorable. Il pourrait s'agir d'une réforme législative pour que le règlement négocié vise globalement et la personne morale et les personnes physiques impliquées, d'un encadrement plus ferme de l'enquête interne pour un meilleur respect des principes de la procédure pénale au profit des personnes interrogées et impliquées, d'un respect plus effectif de la présomption d'innocence lors de l'entrée en négociation dans une CJIP et, empruntant au droit britannique, de l'édiction de l'interdiction d'utiliser devant un juge toute information issue d'une CJIP.

Plus encore, la section 5 a pour objet de se demander comment faire pour ***Défendre les intérêts des victimes dans la justice pénale économique négociée.*** JÉRÔME KARSENTI rattache la naissance de la justice négociée avant tout à une volonté d'efficacité, alors que la justice ne devrait pas se négocier et que la culpabilité se prouve et ne se transige pas. Mais le flux du contentieux et sa gestion en ont décidé autrement, avec la révolution de la CRPC, puis de la CJIP. Celle-ci met aussi la France aux standards internationaux qui pèsent et bénéficient aux entreprises, personnes morales, l'ensemble mettant au cœur de la procédure pénale ces modes alternatifs de poursuite.

La nature de plus en plus économique de ces procédures propres aux grands acteurs économiques internes fait qu'ils sont seuls face aux procureurs dont

la seule autorité règne de fait, l'article posant que ni le juge ni les victimes ne sont véritablement présents. Ce jugement sévère du contributeur se radicalise concernant la CJIP. Ce peu de place est reproché aussi bien concernant les personnes physiques, notamment les mandataires sociaux des personnes morales, que les victimes des agissements de ceux-ci, les personnes morales susceptibles de défendre les intérêts des victimes ayant peu d'accès et peu de droits. Il en résulte une indemnisation aléatoire des victimes. Cette justice négociée serait donc à front renversé avec la procédure pénale ordinaire qui, elle, s'ouvre de plus en plus aux victimes.

* * *

En conclusion de tant de contributions remarquables ainsi articulées, ayant permis de prêter attention à des expériences diverses et des demandes parfois opposées, des contentements et des protestations, il ressort de cet ouvrage que les mécanismes de compliance d'enquête interne, de CJIP et de CRPC, sont insécables et utiles mais que leur maturité suppose une intégration plus forte des droits de la défense. Elle est d'autant plus requise que ces trois mécanismes vont monter en puissance. Cette intégration sera difficile parce que des cultures différentes y sont à l'œuvre, mais le mouvement plus général de *juridictionnalisation de la Compliance*¹ va y aider, en intégrant un juge qui est pour l'instant très peu présent.

Il faudra aussi que l'on pense dans un même trait ces trois outils, comme cet ouvrage s'emploie à le faire. L'on ne le fait pourtant guère parce que le Droit de la Compliance en est encore à ses débuts, que l'enquête interne semble relever du droit social, voire du management, la CRPC de la procédure pénale générale, la CJIP de « réglementations » spécifiques.

La constitution d'un Droit substantiel de la Compliance conduit à sortir de cette vision réglementaire, car ce n'est pas la pratique qui étouffe les principes, mais la vision réglementaire d'une conformité mécanique qui le pourrait et contre laquelle entreprises, juges, procureurs et avocats doivent lutter pour que le Droit de la Compliance renforce l'État de Droit dans son ajustement aux droits de la défense. Quand on aura fini de confondre « conformité » et Droit de la Compliance, l'on pourra le faire plus aisément.

1. M.-A. Frison-Roche (dir.), *La juridictionnalisation de la Compliance*, *Journal of Regulation & Compliance (JoRC)* et Dalloz, coll. « Régulations & Compliance », 2023.