SOMMAIRE

Editorial – p. 1
Travail illégal - Etendue du devoir de vigilance
Publication - Droit pénal du travail – p. 2
Vers une évolution de la protection du secret professionnel
Veille – CJIP environnementale – p. 3
Cumul de poursuites pour un même fait
Formations – p. 4
Corruption – Mécanismes de répression des infractions– p. 5
Tableau - Loi pour la confiance dans l'institution judiciaire – p. 6

PBA LEGAL NEWSLETTER

PENAL

N°1

Société d'avocats I 8, Place Vendôme I 75001 Paris I www.pba.legal
Contact : Emmanuel Gouesse I egouesse@pba.legal

EDITORIAL

Le changement de nom du Cabinet intervenu en septembre dernier marque notre évolution, dans la continuité. Maintenant notre participation à la production d'analyses pour les revues juridiques, nous avons également renforcé l'accompagnement de nos clients dans la prévention des risques pénaux en élaborant des formations, pour des organisations professionnelles ou un public plus large, mais également personnalisée, toujours en privilégiant les analyses croisées entre nos différents domaines d'expertise. Restait à reprendre notre Newsletter Pénal dont ce premier numéro pour 2022 paraît enfin.

L'actualité récente a en effet été riche avec la consécration du droit au silence des personnes suspectées (issu de plusieurs décisions du Constitutionnel et inséré depuis à l'article préliminaire du code de procédure pénale), l'évolution de la prévention des doubles poursuites (**page 3**), sans oublier la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire qui vient affecter – du moins en apparence - les enquêtes préliminaires (**page 6**) et amène à une modification de la protection du secret professionnel (**page 4**), rendant plus pertinente l'attente de la confidentialité des avis des juristes d'entreprise. On relèvera, par ailleurs, la publication du bilan du dernier Plan national de lutte contre le travail illégal, lequel laisse enfin entrevoir une accalmie des modifications réglementaires et législatives en ce domaine, l'accent étant mis sur les mesures préventives en saluant, par exemple, les efforts de développement de compétences sur le territoire national. Il attire l'attention sur l'émergence de situations pathogènes notamment par la conjonction de situations pouvant s'apparenter à de la fausse sous-traitance, menée par des entrepreneurs individuels censés intervenir au surplus dans le cadre de prestations internationales : la matière reste complexe (**page 2**).

En dehors du droit pénal du travail, la lutte contre les atteintes à la probité demeure prégnante avec la publication de guides ou projets de l'Agence française anticorruption, une décision de la Chambre criminelle du 13 octobre 2021 (**page 5**) rappelant combien les règles de compétence permettent de réprimer la corruption accomplie à l'étranger, en attendant les suites qui seront ou non données à la proposition de loi Gauvain, laquelle pourrait affecter profondément la responsabilité pénale des personnes morales. Il est en effet envisagé que celle-ci soit engagée « *lorsque le défaut de surveillance de leur part a conduit à la commission d'une ou plusieurs infractions par l'un de leurs salariés* », situation qui jusqu'alors conduisait une société à voir amoindrir, le cas échéant, la réparation civile à laquelle elle pouvait prétendre au cas d'une fraude commise à son détriment par l'un de ses salariés mais qui pourrait donc l'amener à devenir coprévenue. Le devenir du texte sera à surveiller.

Travail illégal - Etendue du devoir de vigilance

A l'issue d'une vérification de comptabilité, une société sous-traitante avait fait l'objet de rappels de taxes sur la valeur ajoutée et de cotisations supplémentaires au titre de l'impôt sur les sociétés, amenant l'administration fiscale à réclamer à son donneur d'ordre - à proportion du chiffre d'affaires réalisé entre sociétés - le paiement solidaire des impositions et pénalités mises à sa charge. Devant le Conseil d'Etat, l'entreprise soumise au devoir de vigilance entendait mettre en avant le fait qu'elle avait, certes de façon incomplète, respecté les obligations mises à sa charge par le Code du travail (art.L.8222-1), auquel fait écho le code du général des impôts (art. 1724 quater) : seule l'attestation de vigilance émise par l'URSSAF faisait défaut et il n'était pas établi que celle-ci n'aurait pas été valide.

L'argument avait du sens en ce que dans le cadre du devoir de vigilance, deux documents doivent être recueillis auprès des sociétés établies sur le territoire national, l'un évoquant la prévention du travail dissimulé par dissimulation d'activité, permettant de s'assurer de l'immatriculation de l'entreprise au Registre du Commerce et des sociétés, l'autre la dissimulation de salariés amenant à veiller à ce que la masse salariale et le nombre de salariés déclarés auprès des services des URSSAF soient cohérents avec le travail confié (art.D.8222-5). De fait, il se conçoit difficilement en quoi la remise de l'attestation URSSAF au donneur d'ordres lui aurait permis de s'assurer qu'il n'y avait pas eu de sous-déclaration par son cocontractant affectant ses obligations fiscales, ce qui relève de la dissimulation d'activité, *a fortiori* dès lors qu'il n'était pas établi que les informations transmises à l'URSSAF auraient été incohérentes.

Le raisonnement n'est cependant pas suivi par le Conseil d'Etat qui souligne, en renvoyant aux travaux parlementaires, que « *la circonstance que le donneur d'ordres aurait procédé à une partie des vérifications qui lui incombaient est, à cet égard, sans incidence* » : soit l'exigence prévue par le code du travail est entièrement respectée, soit elle reste sans effet, peu importe la pertinence de la pièce manquante.

Certaines bonnes pratiques visant par exemple à soumettre ses cocontractants à une veille infogreffe ne doit pas faire passer outre la remise tous les six mois d'un extrait k-bis. On rappellera à cet égard que l'enjeu peut être de taille en matière de solidarité dans le domaine fiscal, s'il apparaît que le cocontractant n'a tenu aucune comptabilité : en ce cas, pour les calculs d'impôts sur les sociétés ou de TVA, aucune charge ne pourra être déduite des sommes servant d'assiette dues à l'administration fiscale.

Si la décision du Conseil d'Etat amène à un respect particulièrement formel du devoir de vigilance, il est par ailleurs rappelé que celui-ci ne joue au surplus qu'afin de prévenir la solidarité financière et reste sans effet s'agissant d'une éventuelle responsabilité pénale : la remise des documents prévus aux articles D.8222-5 et D.8222-7 du code du travail n'a pas pour objet de réduire le champ de l'incrimination du délit de recours aux services d'un travailleur dissimulé, aux seules hypothèses où est méconnue l'obligation de vérification. Ainsi, dès lors qu'il est établi que le donneur d'ordre a « *connaissance de l'irrégularité de la situation de son cocontractant, il importe peu qu'aucun manquement à son obligation légale de vérification ne puisse par ailleurs lui être reproché* » (voir Cass., crim., 7 décembre 2020, n°20-86.055 et notre commentaire à la Revue Lexbase pénale de Février 2022).

C.E., 9ème chambre, Décision n° 448421 du 3 mars 2022

Publication – Droit pénal du travail

Notre revue d'une année de jurisprudence de la Chambre criminelle a été publiée à la Revue Lexbase pénale de février 2022.Plusieurs décisions figurant au le Bulletin montrent l'importances des décisions rendues, notamment en matière de travail illégal.

Vers une évolution de la protection du secret professionnel ?

Le secret professionnel est apprécié de manière particulièrement restrictive dans le cadre pénal : la Chambre criminelle juge que les droits de la défense ne protègent pleinement que les échanges se rapportant à des poursuites engagées (Crim., 22 mars 2016, n°15-83.205), permettant la saisie de documents se rapportant au conseil (Crim., 7 mars 1994, n°93-84.931).

Deux évolutions majeures paraissent étendre cette protection. La Chambre criminelle, dans une affaire relevant d'une procédure initiée par l'Autorité de la concurrence pour des faits d'entente, a suivi le Premier président de la Cour d'appel de Paris en accordant les bénéfices de la protection du secret professionnel aux échanges internes à une société dès lors que ceux-ci ont eu pour « *objet essentiel* » de reprendre les données issues des échanges avec l'avocat : il s'agissait de pouvoir apprécier l'opportunité aussi sensible et stratégique que d'être demandeur à une procédure de clémence. Cette décision permet ainsi d'avancer que le contenu de l'information, et non la seule qualité de la personne l'ayant formalisée, permet d'évoquer utilement le secret professionnel.

La loi pour la confiance dans l'institution judiciaire du 22 décembre 2021 a quant à elle modifié les articles 56-1, 56-1-1 et 56-1-2 du code de procédure pénale relatifs aux perquisitions. Leur évolution vise à inclure expressément la protection du secret professionnel non seulement dans le cadre de la défense mais également du conseil, la circulaire d'application du 28 février 2002, indiquant cependant, sous réserve de l'interprétation qu'en auront les juridictions, que le secret professionnel protégé reste uniquement celui qui se rapporte à l'exercice des droits de la défense, estimant que « *cette protection s'appliquera lorsqu'une personne a commis ou pense avoir commis une infraction, mais non lorsque des conseils sont demandés à un avocat avant toute commission d'une infraction, et qu'il s'agit donc de conseils qui auraient pu être sollicités auprès de toutes autres personnes exerçant des missions de conseil juridique* ». L'avancée serait donc limitée au seul fait que les droits de la défense ne sont plus censés être inexistants avant une garde à vue ! Restent que ces nouvelles dispositions permettent d'évoquer le secret professionnel lors d'une perquisition intervenant non seulement dans le cabinet d'un avocat mais également dans les locaux de son client.

Quelques bonnes pratiques peuvent être conseillées : identifier dans des dossiers séparés les échanges tenus avec un avocat et leurs suites, afin de faciliter la contestation de leur éventuelle saisie. Les échanges internes faisant suite à des conseils émanant d'un avocat ont tout intérêt à montrer qu'ils en découlent et à y faire référence. De même, n'oubliant pas qu'un principe n'est rien si les conditions de son application ne peuvent être prouvées, les documents préparés et échangés avec un avocat, doivent être conçus afin de montrer les interventions de celui-ci : dans sa décision, la Cour de cassation a insisté sur l'analyse *in concreto* menée par le juge du fond pour écarter des pièces saisies. Le tout en ayant conscience que de tels échanges et documents pourront être saisis s'ils ne sont pas liés à la prévention d'un risque pénal identifié (et à condition qu'ils n'aient pas permis la commission d'une infraction).

Crim., 26 janvier 2022, n°17-87.359

Veille – CJIP environnementale

Deux conventions judiciaires d'intérêt public en matière environnementale ont été homologuées et publiées, montrant l'intérêt de cette mesure de justice pénale négociée et l'importance, en cette matière, de ne pas s'attacher tant au montant des amendes qu'aux mesures de remise en état et de conformité. Nous avions présenté la nouvelle CJIP environnementale dans notre Newsletter de février 2021.

Cumul de poursuites pour un même fait

Une évolution a été formalisée par un arrêt rendu en formation plénière de la Chambre criminelle, afin d'encadrer le recours au principe ne bis in idem. Cette règle s'est imposée sous l'aspiration de la Cour européenne des droits de l'Homme en permettant d'éviter un cumul de poursuites. La Chambre criminelle avait notamment jugé que « *les faits qui procèdent de manière indissociable d'une action unique caractérisée par une seule intention coupable ne peuvent donner lieu, contre le même prévenu, à deux déclarations de culpabilité de nature pénale* » (Crim., 26 octobre 2016, n°15-84.552). Dorénavant, les conditions d'application sont particulièrement limitées : « *l'interdiction de cumuler les qualifications lors de la déclaration de culpabilité doit être réservée aux cas où un fait ou des faits identiques sont en cause et dans certaines hypothèses seulement, à savoir : dans la première, l'une des qualifications, telles qu'elles résultent des textes d'incrimination, correspond à un élément constitutif ou une circonstance aggravante de l'autre, qui seule doit alors être retenue* ; *dans la seconde, l'une des qualifications retenues, dite spéciale, incrimine une modalité particulière de l'action répréhensible sanctionnée par l'autre infraction, dite générale* ».

On pourrait considérer que cette modification entrainera des conséquences limitées pour le justiciable : les règles propres au cumul de peines perdurent et notamment il est prévu qu'en cas de cumul d'infractions lors d'une même poursuite, les peines de même nature ne s'additionnent pas (C.pén. art.132-3). On peut toutefois douter qu'une juridiction entrant en voie de condamnation sous trois qualifications distinctes ne réprimera pas de manière plus sévère que si une seule infraction était retenue. En outre, le cumul d'infractions ouvre la possibilité d'appliquer les peines de nature différentes notamment parmi les peines complémentaires propres à chacune d'entre elles. Enfin, s'agissant de la réparation, ainsi que l'a revendiqué la Chambre criminelle, les nouvelles conditions d'application ont pour but d'éviter qu'une partie civile soit irrecevable là où précédemment le principe ne bis in idem pouvait amener à ne retenir qu'une qualification pour laquelle elle ne subissait pas de préjudice direct.

Restent toutefois certaines questions à trancher, notamment les conditions dans lesquelles une infraction spéciale devra être retenue de préférence à une infraction générale. Par ailleurs, en matière du classique cumul des infractions de travail illégal, la Chambre criminelle a choisi de ne pas encore répondre (Crim. 15 décembre2021, n°20-85.924), avançant que ne bis in idem doit avoir été soulevé au fond, là où pour plusieurs infractions de blessures involontaires, elle a, dans la même situation, néanmoins choisi de clarifier dès à présent sa position pour exclure la pertinence du principe (Crim. 15 févr. 2022, n° 20-81.450).

Cass. Crim., 15 décembre 2021, n°21-81.864

Formations - Contact : Emmanuel Gouesse egouesse@pba.legal

Le Cabinet propose plusieurs formations, afin de sensibiliser aux risques pénaux et participer à la mise en place de bonnes pratiques. Parmi celles-ci :

- Prévention des risques liés à la prestation de services internationale et au détachement de salariés étrangers : identification des obligations, encadrement et suivi des prestataires ;
- Prestation de services vs Mise à disposition de main d'œuvre : compréhension des risques et bonnes pratiques ;
- Réagir en cas d'accidents du travail : enjeux pénaux, sociaux et assurantiels.

Corruption – Mécanismes de répression des infractions

La chambre criminelle a facilité l'engagement de la responsabilité d'une société holding pour corruption d'agents publics étrangers, en raison de la combinaison résultant de (i) l'accomplissement d'actes par des salariés de sa filiale – dépourvus de délégations de pouvoirs mais considérés comme étant ses représentants de fait – et (ii) de l'intervention d'un organe de ladite société composé de dirigeants du groupe dont la mission l'amenait à valider, pour le compte de ce groupe, le recours à des paiements illicites sous couvert de contrats de consultants (Cass. crim., 16 juin 2021, n° 20-83.09). La volonté répressive ne fait aucun doute, soulignant le pragmatisme auquel la matière fait écho.

A cet égard, l'application extraterritoriale du droit pénal français peut paraître exiger des conditions restrictives. Si les faits poursuivis n'ont pas été commis sur le territoire de la République, une juridiction française ne peut être saisie pour un délit réalisé par ou à l'encontre d'un ressortissant français qu'à une triple condition tenant (i) à ce que les poursuites soient réalisées à l'initiative du Ministère Public, (ii) faisant elle-même suite à une plainte de la victime ou à une dénonciation officielle de l'état concerné et sous réserve (iii) de l'existence d'un texte incriminant les agissements reprochés dans la législation dudit Etat (C.Pén. art. 113-6 et 113-8). La possibilité d'être poursuivi devant les juridictions nationales pour un délit commis à l'étranger peut paraître mince, même si, de longue date, le Parquet a reçu pour instruction de faciliter la poursuite sur plainte simple des victimes des infractions de corruption d'agents publics étrangers notamment (Circulaire criminelle, 2004-06 du 21 juin 2004), rappel étant fait qu'en outre une extension du principe de territorialité découle de l'article 113-2, alinéa 2,du code pénal, selon lequel une infraction est « *réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur le territoire* ». La Cour de cassation a, à ce titre, par exemple jugé que « *les juridictions françaises sont compétentes pour connaître du délit de corruption d'agents publics étrangers lorsque celui-ci a été décidé et organisé sur le territoire national où a également été versé le montant de la rémunération due à ce titre* » (Crim. 14 mars 2018, n° 16-82.117).

Un prévenu avait néanmoins tenté de limiter une partie des poursuites à son encontre : une société française s'était aperçue qu'il avait mis en place un système de surfacturation amenant à une rétrocession de commissions, grâce à des factures émises par une société de droit belge à destination d'une société espagnole, laquelle s'était imposée comme intermédiaire obligé des fournisseurs. Condamné pour recel d'abus de confiance, faux et usage de faux et corruption passive, le prévenu arguait de l'incompétence des tribunaux pour l'infraction de faux et usage de faux, soulignant que la société française à l'origine de la procédure n'en était pas directement victime. L'argument n'avait pas été suivi par la Cour d'appel qui avait jugé qu'il n'était pas établi que les factures litigieuses avaient été établies à l'étranger outre que la plainte à l'origine des poursuites diligentées par le Ministère Public avait été réalisée par une société immatriculée en France. La Cour de cassation admet que cette dernière n'était pas victime directe des faits de faux et usage de faux mais écarte pour autant l'application des articles 113-7 et 113-8 du Code pénal et ne censure pas les juges du fond. Bien que l'infraction se soit entièrement déroulée hors du territoire national, elle relève que les factures falsifiées avaient été utilisées par le prévenu afin de couvrir la perception des commissions, produits du délit de corruption commis en France pour lequel il était poursuivi : un lien d'indivisibilité unissait les infractions reprochées au prévenu, commises les unes en France et les autres à l'étranger, permettant à la juridiction française d'être compétente pour l'ensemble des poursuites.

La solution n'est pas nouvelle : une juridiction française est compétente pour connaître d'une infraction entièrement commise à l'étranger dès lors qu'une personne est également poursuivie devant elle pour le recel, par exemple, découlant de cette infraction (Cass., crim, 15 mars 2006, Bull. crim. n°78). La mise en place de mécanismes de facturation et de paiement intervenants entièrement à l'étranger ne doit donc pas être perçue comme limitant les risques d'être poursuivi et condamné par des juridictions françaises.

Crim. 13 octobre 2021, n° 20-80.527

Quelques modifications pratique issues de la loi pour la confiance dans l'institution judiciaire		
Une durée de l'enquête préliminaire limitée ?	**L'enquête préliminaire devient par principe limitée à une durée de 2 ans** à compter du premier acte d'enquête (C. pr.pén. art.75-3), avec **une prolongation possible d'un an** pour les affaires de droit commun. **La prolongation nécessite une autorisation motivée** du Procureur de la République. **La durée est portée à trois ans pour les affaires de délinquance ou criminalité organisée** (applicable à certaines procédures pour travail illégal) avec une possibilité de les prolonger en outre de deux ans Un acte d'enquête intervenant après l'expiration de ces délais est nul. A l'issue du délai, la procédure ne s'arrête pas nécessairement, les investigations peuvent continuer dans le cadre d'une information judicaire.	**En pratique, une enquête préliminaire peut durer 5 ans**, du fait du choix des qualifications (travail dissimulé en bande organisée, par exemple) **voire davantage** car en cas d'entraide internationale, le délai est suspendu, ce qui pourrait inciter les Parquets à y recourir. Selon la lettre du texte, **la nullité ne concerne pas les actes visant une personne identifiée et suspectée depuis moins de deux ans, ou depuis moins de trois ans en cas de prolongation** (pour les infractions de droit commun) ; les travaux parlementaires entendaient exclure la nullité aux seules personnes mises en cause tardivement, après expiration des délais, faute de grief mais la rédaction retenue paraît plus large et **risque donc de reculer l'effet des délais impartis non du premier acte d'enquête mais, pour chaque suspect, du jour où il a été mis en cause.** D'objective, la limitation de durée de l'enquête devient subjective.
Un accès au dossier pendant l'enquête préliminaire ?	**La personne ayant fait l'objet d'une perquisition ou entendue dans le cadre d'une garde à vue ou audition libre, depuis plus d'un an, ou bien publiquement présentée comme coupable** de faits dans des conditions portant atteinte à la présomption d'innocence **peut demander à accéder au dossier d'enquête préliminaire** (C. pr. pén. art.77-2). Le Procureur de la République dispose d'un délai d'un mois pour statuer. En cas d'accès autorisé, **la victime qui a porté plainte, est informée qu'elle dispose des mêmes droits.** **Après deux ans** suivant l'audition libre, la garde-à-vue ou la perquisition, **l'enquête ne peut se poursuivre qu'après communication du dossier** aux personnes suspectées qui ont été entendues.	**Le Procureur peut retarder pour six mois l'accès au dossier si des investigations sont toujours en cours** afin d'en préserver l'efficacité – un an en cas de poursuite pour délinquance organisée - ; il peut également expurger le dossier communiqué afin d'éviter les risques de pression. **Son autorisation est censée dépendre de l'existence à l'encontre du demandeur d'une ou plusieurs raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis ou tenté de commettre une infraction** punie d'une peine privative de liberté. A noter que **cette demande d'accès au dossier n'est recevable qu'après expiration du délai de recours en nullité prévu contre une perquisition** (lequel s'exerce dans les six mois à un an, C.pr.pén. art.802-2) mais permet un accès plus large que dans ce dernier cadre où il est limité à la mise à disposition des seules pièces de la procédure se rapportant à la perquisition contestée. Les deux voies d'accès peuvent donc le cas échéant se compléter.
Une meilleur préservation du secret professionnel ?	**Une personne perquisitionnée peut s'opposer à la saisie d'un document qu'il estime couvert par le secret professionnel** de la défense et du conseil, le document devra alors être placé sous scellé puis soumis au juge des libertés et de la détention (C.pr.pén. art.56-1-1).	**Le secret professionnel du conseil n'est pas opposable en matière de fraude fiscale, de trafic d'influence, de corruption**, de blanchiment de ces délits et de financement du terrorisme, sous réserve que les consultations, correspondances ou pièces, détenues ou transmises par l'avocat ou son client, établissent la preuve de leur utilisation aux fins de commettre ou de faciliter la commission de ces infractions (C.pr.pén. art.56-1-2).
Une définition plus restrictive de la prise illégale d'intérêts ?	**L'intérêt prohibé** pris par un dépositaire de l'autorité publique ou chargé d'une mission de service public notamment dans une opération ou entreprise dont il a la charge, ne devra plus être *« quelconque »*, mais **doit être *« de nature à compromettre son objectivité, son impartialité ou son indépendance »*** (C.pr.pén. art 432-12).	Reste cependant à définir ce qui est de nature à compromettre l'objectivité ou l'indépendance : **la jurisprudence devra éclairer la pratique.** Dans cette attente, **la prudence s'impose** et les règles de déport ne devraient pas être fondamentalement modifiées.