

Newsletter Février 2021

Editorial	p. 1
Palmares du droit — Votez !	
Publications	
Secret professionnel et droits de la défense	p. 2
Circulaire sur le tra- vail détaché	
Travail dissimulé et détachement – Rôle de l’attestation A1	p. 3
Enquêtes internes — AFA & PNF	
Fiche pratique—CJIP environnementale	p. 4

NEWSLETTER PÉNALE

Editorial

Le coup de tonnerre frappé par la Chambre Criminelle le 25 novembre 2020 (Cass. Crim. 25 nov. 2020 n°18-86.955) a été largement commenté et entendu : renonçant à sa jurisprudence antérieure attachée à une stricte lecture de l'article 121-1 du Code pénal consacrant le principe de personnalité des peines, la Cour de cassation juge dorénavant possible que la responsabilité pénale puisse survivre à la disparition de la personnalité morale, soit en cas de fusion, soit en tout état de cause en cas de fraude à la loi. Modification majeure de droit pénal des affaires, cette décision soulèvera d'intéressantes questions pour le praticien devant les juridictions (adaptation de la peine, inscription au casier judiciaire...) mais oblige d'ores et déjà à renforcer les procédures d'audit réalisées lors des acquisitions afin que les risques pénaux soient mieux anticipés (voir la prochaine Newsletter Corporate de notre cabinet).

Autre évolution majeure –celle-ci passée plus inaperçue – la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) a connu une modification intéressante : la reconnaissance préalable des faits et des qualifications pénales qui était alors prévue, ne constitue plus une exigence (loi n°2020-1672 du 24 décembre 2020, article 14). Il est vrai que celle-ci pouvait donner lieu à une certaine souplesse d'application. On se rappellera ainsi qu'au cas de la CJIP conclue pour Google, avait simplement eu lieu une prise d'acte concernant « *les faits exposés par le Procureur de la République Financier* » et les qualifications susceptibles d'être retenues au terme de l'enquête.

Cette évolution accompagne une innovation majeure : l'instauration d'une convention judiciaire d'intérêt public en matière environnementale. Amplement annoncée lors des premiers débats parlementaires interrompus par le premier confinement, celle-ci est désormais adoptée. Elle connaît cependant une limite dans son champ d'application : il ne pourra pas y être recouru en cas de blessures ou d'homicide involontaire notamment (voir page 4).

Autre point notable intéressant pour les entreprises ayant recours à la prestation de service international : plusieurs arrêts publiés au Bulletin de la Cour de Cassation ont été rendus le 12 janvier dernier, lesquels vont faciliter la pression de la fraude au détachement, au prix malheureusement d'un affaiblissement de la coopération internationale et ainsi d'un moindre recours à une analyse qui, par nature, devrait davantage porter sur l'activité des entreprises réalisée dans leur Etat d'origine ainsi que sur le travail des salariés détachés en dehors du territoire national (voir page 3).

Enfin, dans cette actualité riche, la possibilité que soit établi un statut pour l'avocat salarié en entreprise, attendu depuis plusieurs années, avance de nouveau. L'occasion, peut-être, de renforcer un secret professionnel au bénéfice de l'ensemble des avocats (voir page 2)

Palmarès du droit – 72 heures restant pour voter

Lauréat du trophée d'argent en droit pénal des affaires l'an dernier, PBA se joint de nouveau au Palmarès du droit organisé par l'AFJE et le Monde du Droit.

L'occasion pour nos clients de participer à un vote auquel nous vous invitons.

Attention : le scrutin s'arrête le 28 février

<http://enquete.lemondedudroit.fr/index.php?sid=88136&lang=fr>



Publications

L'AJ Pénal, revue de droit pénal publiée par Dalloz, consacre le dossier de son numéro de décembre au délicat sujet de l'enquête interne.

A cette occasion, une étude relative au droit du salarié a été rédigée par nos associés Emmanuel Gouesse et Jean-François Tréton

E.Gouesse & J.-Fr. Tréton, « Enquête interne et droit des salariés », AJ Pénal (Dalloz), Dec. 2020

Dans la revue Lexbase Pénal de février doit par ailleurs paraître notre panorama de droit pénal du travail.

L'occasion de revenir sur une année de jurisprudence, importante pour le travail illégal notamment.

E.Gouesse « Panorama de droit pénal du travail (mars 2020-janvier 2021) », Lexbase Pénal, février 2021

Secret professionnel et droits de la défense

Secret professionnel et droits de la défense ne se confondent pas nécessairement.

Les entreprises doivent veiller à adapter leurs procédures internes pour anticiper les spécificités propres aux perquisitions menées en matière pénale

La création d'un statut d'avocat en entreprise revient dans l'actualité, avec une expérimentation qui serait envisagée dans les Hauts-de-Seine et Paris. Point central de la réforme envisagée, cette évolution permettrait de revêtir de confidentialité les analyses juridiques rédigées par un avocat salarié – ou un membre de son équipe –, dès lors qu'elles seront exclusivement destinées à un organe de direction ou à un service de son entreprise et portent la mention « *avis juridique confidentiel* ». Un régime particulier de protection s'appliquerait, notamment au cas de perquisitions.

Pour l'heure, le principe est connu : « *en toutes matières, que ce soit dans le domaine du conseil ou dans celui de la défense, les consultations adressées par un avocat à son client ou destinées à celui-ci, les correspondances échangées entre le client et son avocat, entre l'avocat et ses confrères à l'exception pour ces dernières de celles portant la mention " officielle ", les notes d'entretien et, plus généralement, toutes les pièces du dossier sont couvertes par le secret professionnel* » (art. 66-5 de la loi du 31 décembre 1971). Toutefois, contrairement à ce qui pourrait s'en déduire, ce secret profession-

nel de l'avocat connaît une forte limite en matière pénale, notamment lorsqu'il est soumis à l'épreuve de la perquisition ou d'une visite domiciliaire.

Un récent arrêt rendu le 25 novembre 2020 par la chambre criminelle vient rappeler cette fragilité. En l'espèce, une visite menée par des agents de la DCCRF sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce avait donné lieu à la saisie de courriers électroniques échangés entre une société et son avocat. A la suite d'un recours, l'entreprise avait obtenu la restitution des courriers identifiés comme relevant du secret professionnel. Après un pourvoi du Parquet général, la Cour de cassation a censuré l'arrêt attaqué, au visa de l'article 66-5 précité, au motif « *que le premier président ne peut ordonner la restitution des correspondances entre l'occupant des lieux visités et un avocat en raison de leur confidentialité que si celles-ci sont en lien avec l'exercice des droits de la défense* ». La Chambre criminelle maintient ainsi sa position traditionnelle qui l'amène à distinguer entre documents couverts par le secret professionnel – lesquels peuvent être saisis –, et ceux touchant aux droits de la défense – qui sont alors insaisiss-

sables (voir Crim. 24 avr. 2013, n° 12-80.331 et Crim. 4 oct. 2016, n° 16-82.308).

Deux éléments sont à retenir.

En premier lieu, cette décision rappelle que doivent être identifiés comme tels les documents rédigés pour sa défense et destinés à son Conseil ; à défaut, ils pourraient être saisis et versés au dossier d'enquête – et le débat document par document pour qu'ils soient retirés, au vu de la teneur de chacun et de ses annotations, est souvent fastidieux et parfois tardif -. A cet égard, il faut plus généralement insister sur la nécessité d'adapter les procédures internes : si celles-ci anticipent le déroulé d'opérations de visite domiciliaire réalisées par des autorités administratives, elles sont souvent inadaptées à la matière pénale.

En second lieu, il faudra suivre ces travaux établissant un statut d'avocat salarié en entreprise ainsi que ceux prévoyant plus généralement un « *legal privilege* » à destination de tous les avocats : ils pourraient permettre une évolution notable des droits de la défense.

Crim., 20 octobre 2020, n°19-84.641

Circulaire sur le travail détaché – Enfin !

Le 19 janvier 2021, une instruction ministérielle a - enfin – été publiée portant sur le détachement international des salariés en France.

Ces 74 pages témoignent de la richesse et la complexité de la matière... mais ne suffisent pas.

Uniquement concentré sur la problématique de droit du travail, le texte administratif n'aborde pas les sujets de sécurité sociale, dans un domaine où le dumping social constitue pourtant le premier reproche.

Quant au donneur d'ordres, il n'y trouvera que peu d'éléments, s'agissant notamment de la dynamique de contrôle qu'il doit anticiper dans le cadre de diligences, de la prévention de la fraude à l'établissement, voire même de la façon par laquelle son devoir de vigilance

prévu par l'article D.8222-7 du Code du travail doit concrètement être exécuté.

Sujet sensible - et souvent omis dans le cadre du devoir de vigilance - la fraude à l'établissement résultant d'une activité « *stable, habituelle et continue* » sur le territoire national est évoquée à défaut d'être développée.

Si ce texte constitue ainsi une référence bienvenue, il doit être complété par l'expérience des praticiens issue notamment des contentieux sociaux et pénaux qu'offre malheureusement la prestation de service internationale

Instruction N° DGT/RT1/2021 du 19 janvier 2021 relative au détachement international de salariés en France

La précédente circulaire de 2008 sur le travail détaché est remplacée par la nouvelle instruction.

Travail dissimulé et détachement – Rôle de l'attestation A1

La Chambre criminelle facilite la poursuite du détachement par le biais des infractions de travail dissimulé, malgré la remise d'attestations A1.

Les donneurs d'ordre doivent renforcer leur vigilance.

Plusieurs décisions rendues le 12 janvier 2021 en matière de détachement sont venues amoindrir l'importance des attestations A1 de sécurité sociale (anciennement certificats E101).

Depuis un arrêt du 18 septembre 2018 (Cass. crim., 18 septembre 2018, n° 13-88.63), il était en effet acquis que le juge pénal ne pouvait les écarter sauf à ce que :

(i) l'institution émettrice soit restée inactive à la suite d'une demande de réexamen ou de retrait de formulaires possiblement frauduleux

(ii) et que soit démontrée une fraude résultant de la réunion d'un élément objectif (absence des conditions d'application prévues par la législation mentionnée sur le formulaire A1) ainsi que d'un élément subjectif (telle la non divulgation volontaire d'une information pertinente)

– voir . E. Gouesse, *Fraude au détachement de travailleurs : le juge pénal ne peut écarter le droit de l'Union européenne*, Lexbase Pénal, novembre 2018 -.

A la suite d'une réponse qu'elle avait sollicitée de la

Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE, 14 mai 2020, aff. C-17/19), la Chambre criminelle contourne la difficulté que posait ainsi la nécessité de recourir au préalable à la coopération internationale.

Peu importe désormais l'existence d'attestations A1, lesquelles n'ont d'effet selon la CJUE elle-même qu'en matière de droit de la sécurité sociale : la Chambre criminelle juge qu'elles ne font pas obstacle à une condamnation du chef de travail dissimulé pour défaut de déclaration préalable à l'embauche (DPAE), dès lors que celle-ci vise à assurer notamment le respect des conditions d'emploi et de travail imposées par le droit du travail. Ce même raisonnement est également appliqué lorsque a été omise l'immatriculation au Registre du commerce et des sociétés (RCS), ce qui relève du travail dissimulé par dissimulation d'activité.

La répression de la fraude au détachement s'en trouve facilitée et l'existence d'attestations A1 ne constitue donc pas une garantie suffisante prévenant la condamnation pour travail dissimulé. Pour autant,

les donneurs d'ordre doivent continuer à les exiger : leur remise découle en effet des dispositions de l'article D.8222-7 du Code du travail, ce qui implique qu'à défaut, le devoir de vigilance n'aura pas été rempli et une condamnation du chef de recours à travail dissimulé est encourue (outre la solidarité financière avec le prestataire étranger). Par ailleurs, elles conservent leur plein effet en droit de la sécurité sociale, ce qui ne permet pas que soit ordonné au profit des Urssaf le paiement de cotisations prétendument éludées – ce qui peut constituer une responsabilité financière plus lourde que celle découlant d'une condamnation pénale -. Enfin, indépendamment de toute situation illégale, le défaut de possession de ce document fait en soi courir au donneur d'ordre une amende administrative de 3.428 euros par salarié concerné (art.L.114-15-1 du Code de la sécurité sociale, montant pour l'année 2021).

Cass. crim., 12 janvier 2021, n° 17-82.553, FS-P+B+I ; n° 18-86.709, FS-P+B+I ; n° 18-86.757, FS-P+B+I ; n° 18-83.058, F-D ; n° 18-80.035, F

Enquêtes internes – Recommandations de l'AFA – Bilan du PNF

A lire :

E.Gouesse & J.-Fr. Tréton, « *Enquête interne et droit des salariés* », AJ Pénal (Dalloz), Dec. 2020

Le 12 janvier, ont été publiées au Journal officiel les nouvelles recommandations de l'Agence française anticorruption (AFA) « *destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme* ».

Celles-ci reprennent les principales exigences de l'Agence, déjà connues, en insistant tant sur l'engagement de l'instance dirigeante que la qualité de la cartographie des risques, en leur accordant la même impor-

tance qu'à la mise en place du dispositif anticorruption lui-même. Dans ce dernier, il est notamment revenu sur la nécessité de réaliser des enquêtes internes et, ce faisant, d'avoir anticipé leur déroulement.

Un sujet complexe pour lequel les droits des salariés ; susceptibles d'être mis en cause, ne doivent pas être occultés.

Le Parquet national financier (PNF) vient pour sa part de publier [le bilan de son activité pour l'année 2020](#). Cette synthèse met naturellement en lumière l'importance des procédures en matière d'atteinte à

la probité (plus de 300 affaires en cours). Renvoyant à la circulaire de politique pénale en matière de corruption internationale ([notre Newsletter de Juillet 2020](#)), cette présentation met ainsi incidemment en avant également les enjeux liés aux enquêtes internes, indiquant ainsi que « *les réponses pénales doivent tenir compte du degré de coopération de la personne mise en cause au cours de l'enquête, conduisant ainsi, en cas de pleine coopération, à privilégier la CJIP pour les personnes morales et la CRPC pour les personnes physiques* ». ».

Fiche pratique CONVENTION JUDICIAIRE D'INTÉRÊT PUBLIC EN MATIÈRE ENVIRONNEMENTALE (CJIPE)

Textes	Art. 41-1-3 du Code de procédure pénale (Loi n° 2020-1672, 24 déc. 2020, art. 15)
Définition	Mesure alternative aux poursuites pouvant être proposée par le procureur de la République à une personne morale mise en cause pour délits environnementaux.
Infractions concernées	Délits prévus par le Code de l'environnement et toute infraction connexe. Exclusion des crimes et délits contre les personnes, prévus au Livre II du Code pénal
Procédure	<p>1°) Proposition de CJIPE par le Procureur de la République avant toute mise en mouvement de l'action publique ;</p> <p>2°) Saisine du président du tribunal judiciaire aux fins de validation de la proposition de convention et information de la victime ;</p> <p>3°) Audience publique où la personne morale et la victime peuvent être assistées d'un avocat ;</p> <p>4°) Décision du président du tribunal :</p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Si rejet de la convention à la décision n'est susceptible d'aucun recours ;</i></p> <p style="padding-left: 40px;"><i>Si validation de la convention à la personne morale dispose de dix jours pour exercer son droit de rétractation auquel cas, la proposition devient caduque.</i></p> <p><u>En cas de rejet ou de rétractation</u> : Le procureur de la République met en mouvement l'action publique. Il ne peut faire état devant la juridiction d'instruction ou de jugement des déclarations faites ou</p>
Obligations pouvant être prononcées	<p>Versement d'une amende d'intérêt public au Trésor Public :</p> <p style="padding-left: 40px;">Montant fixé de manière proportionnée, notamment au regard des avantages tirés des manquements constatés ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Montant fixé dans la limite de 30% du chiffre d'affaires moyens annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat des manquements ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Versement possiblement échelonné sur une période qui ne peut être supérieure à un an et selon un échéancier précisé par la convention</p> <p>Régularisation de la situation via l'adoption d'un programme de mise en conformité :</p> <p style="padding-left: 40px;">Pour une durée maximale de trois ans ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Sous le contrôle des services compétents du Ministère chargé de l'environnement.</p> <p>Réparation du préjudice écologique résultant des infractions commises :</p> <p style="padding-left: 40px;">Dans un délai maximal de trois ans ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Sous le contrôle des services compétentes du ministère chargé de l'environnement.</p> <p>Indemnisation de la victime, lorsque celle-ci est identifiée :</p> <p style="padding-left: 40px;">Sauf si la personne morale justifie avoir déjà indemnisé la victime ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Montant et modalités de réparation fixées par la convention ;</p> <p style="padding-left: 40px;">Indemnisation réalisée dans un délai maximum d'un an.</p> <p>Paiement des frais occasionnés par le recours par les services du ministère chargé de l'environnement à des experts ou à des personnes ou autorités qualifiées pour les assister dans leur mission de contrôle et ce, dans la limite d'un plafond fixé par la convention.</p>
Effets	<p>Ordonnance de validation n'emparrant pas déclaration de culpabilité ;</p> <p>Non-inscription au bulletin n°1 du casier judiciaire de la personne morale mais la CJIPE fait l'objet d'un communiqué de presse du procureur de la République ;</p> <p>Publication de l'ordonnance de validation, du montant de l'amende d'intérêt public et de la convention sur les sites internet du ministre de la justice, du ministère chargé de l'environnement et de la commune sur le territoire de laquelle a été commise ou, à défaut, de l'établissement public de coopération intercommunale auquel la commune appartient ;</p> <p>Suspension de la prescription de l'action publique durant l'exécution de la convention ;</p> <p>Extinction de l'action publique en cas d'exécution de toutes les obligations de la CJIPE par la personne morale.</p> <p><i>A contrario</i>, si la personne morale n'exécute pas ses obligations : le procureur de la République met en mouvement l'action publique.</p>