

Juillet 2024

RAPPORT N°19.26



Institut des Études
et de la Recherche
sur le Droit et la Justice

La transaction pénale pour les entreprises. Genèse, circulation et usage d'un dispositif judiciaire

Sous la direction de

Thomas ANGELETTI

et Pascale CORNUT SAINT-PIERRE

Dauphine | PSL 
UNIVERSITÉ PARIS

IRISSO
UMR CNRS INRA 7170-1427



Rr
RAPPORT DE
RECHERCHE

Sous la direction de

Thomas ANGELETTI

Chargé de recherche au CNRS, IRISSO-Université Paris Dauphine-PSL.

Pascale CORNUT ST-PIERRE,

Professeure agrégée à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa.

Sommaire

Avant-propos

Liste des sigles

Introduction

Chapitre 1 – La genèse d’un dispositif : aux origines new-yorkaises de la justice négociée pour les entreprises

Thomas Angeletti

Chapitre 2 - La circulation de la transaction pénale pour les entreprises : nouvelle géographie des illégalismes d’affaires et redéploiements de la justice

Pascale Cornut St-Pierre

Chapitre 3 - Qu’est-ce que l’intérêt public ? La transaction pénale en régime critique

Thomas Angeletti

Conclusion

Bibliographie

Annexe : tableau récapitulatif des CJIP

Liste des illustrations

Avant-propos

Cette enquête soutenue par l'IERDJ s'inscrit à l'intersection de travaux que nous avons menés jusqu'alors individuellement sur des thématiques proches. Thomas Angeletti a depuis plusieurs années consacré ses recherches à la délinquance économique et financière et aux formes contemporaines de son traitement judiciaire et parajudiciaire ; Pascale Cornut St-Pierre a étudié de son côté la contribution des avocats d'affaires à la financiarisation du droit, en étudiant leur concours à diverses formes d'innovations financières. La « transaction pénale », terme générique utilisé dans ce rapport pour désigner différentes formes transactionnelles ouvertes aux entreprises, est apparue comme un cas particulièrement intéressant pour mettre en commun nos intérêts pour les transformations du droit et de la justice face aux activités économiques et financières. Cette recherche a été l'occasion de croiser nos approches, mais aussi de confronter des manières de travailler ancrées dans nos disciplines respectives, la sociologie d'une part, le droit d'autre part.

Cette forme sociale particulière qu'est la transaction pénale, Thomas Angeletti l'avait rencontrée dans le cadre de précédentes enquêtes sur un scandale financier international, le scandale du Libor. L'enjeu ici a été de déplacer le regard d'une affaire précise pour suivre l'émergence, progressive, d'un intérêt pour la transaction ; de comprendre les sources multiples ayant favorisé sa naissance ; de saisir ensuite de quelle manière le dispositif a circulé au-delà des États-Unis ; de documenter les critiques qui visent la transaction pénale ; d'éclairer, enfin, la variété de ses usages. Certaines des pistes esquissées ici nécessitent des poursuites d'enquête, mais elles éclairent quoi qu'il en soit ces multiples dimensions liées à la transaction pénale.

Ce rapport s'inscrit, plus largement, dans un questionnement sur les transformations du capitalisme et du droit, dans la poursuite du renouvellement autour de ces questions.

*

* *

Les résultats présentés ici ont donné lieu à plusieurs productions :

- Un article dans la revue *Actes de la recherche en sciences sociales*, par Thomas Angeletti.
- Une communication au colloque *Réformer le capitalisme de l'intérieur*, par Thomas Angeletti, le 31 mai 2024.
- Une communication au congrès de l'Association française de sociologie, par Thomas Angeletti, le 5 juillet 2023.
- Une communication au séminaire coordonné par Antoine Vauchez et Benjamin Lemoine à l'EHESS, « Les affaires de l'État. Savoirs et professionnels aux frontières public-privé : droit, économie et finance », par Thomas Angeletti, le 3 février 2021.

Liste des sigles

CJIP : Convention judiciaire d'intérêt public.

CRPC : Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité.

DOJ : *Department of Justice*.

DPA : *Deferred prosecution agreement*.

FBI : *Federal Bureau of Investigation*.

FCPA : *Foreign Corrupt Practices Act*.

NPA : *Non-prosecution agreement*.

OCDE : Organisation de coopération et de développement économiques.

PNF : Parquet national financier.

SEC : *Securities and Exchange Commission*.

Introduction

À la fin de l'année 2016, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », introduisait en droit français un nouveau dispositif de transaction pénale ouvert aux entreprises : la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)³. La CJIP offre une possibilité inédite d'action publique dans la lutte contre la criminalité d'affaires en fournissant une alternative aux poursuites contre les personnes morales soupçonnées d'infractions liées à la corruption, à la fraude fiscale ou aux atteintes graves à l'environnement. La CJIP permet désormais le règlement négocié de tels dossiers pénaux : parquet et prévenus peuvent ainsi convenir de la suspension de l'action publique en échange de la reconnaissance de faits incriminables, du paiement d'une amende et, dans certains cas, de la mise en œuvre de réformes organisationnelles au sein de l'entreprise afin de prévenir le risque de récidive – le tout, sans déclaration formelle de culpabilité.

La possibilité d'une issue négociée aux poursuites pénales contre les entreprises constitue une petite « révolution culturelle⁴ » de la justice, aussi bien chez les magistrats que chez les avocats de la défense. Elle ne fut d'ailleurs pas accueillie sans débats : la transaction pénale pour les entreprises a été et demeure l'objet de contestations et de critiques, non seulement en France, mais aussi au sein d'autres pays ayant adopté des procédures analogues. Entre autres vertus invoquées par ses promoteurs, la voie transactionnelle aurait le mérite de permettre une résolution bien plus rapide et efficace des dossiers pénaux complexes, comparativement à la procédure traditionnelle qui s'embourbe trop souvent dans les exigences probatoires qui sous-tendent la tenue d'un éventuel procès. Ce traitement pénal accéléré a toutefois un coût, que dénoncent les détracteurs de ce « nouveau système de justice à deux vitesses⁵ » : la transaction pénale aurait également pour conséquence de réduire la publicité de la délinquance des grandes entreprises, en mettant en place une procédure dont la connaissance publique passe uniquement par la publication de ladite convention, un document où l'exposé des pratiques incriminées reste souvent très sommaire au regard des enjeux financiers et politiques qu'elles soulèvent. Pire, elle constituerait un accroc au principe même de l'égalité de tous devant la loi, en offrant aux entreprises la possibilité d'« acheter leur innocence », soit de payer une amende afin d'éviter un verdict de culpabilité.

Depuis l'adoption de la CJIP, il y a maintenant sept ans, une quarantaine d'affaires environ ont été résolues en France par le biais de ce nouveau dispositif transactionnel, évitant un nombre

3. Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

4. Daniel SOULEZ LARIVIÈRE, « Avis du Comité d'éthique du barreau de Paris sur l'application de la loi Sapin 2 », *La Semaine Juridique*, 2019/20, p. 529.

5. Selon l'expression employée dans la tribune de sept organisations non gouvernementales et syndicales, qui appelaient les députés à ne pas voter l'extension de la CJIP aux délits de fraude fiscale. Voir « Non à une justice négociée qui “permettrait aux fraudeurs d'acheter leur innocence” », *Le Monde*, 17 septembre 2018.

équivalent de potentielles poursuites, de procès et de condamnations pénales. L'usage relativement limité de cette solution pourrait, à première vue, rendre ce dispositif plutôt anodin. Pourquoi en effet s'intéresser à cette quarantaine de cas, plutôt qu'à la masse bien plus conséquente d'affaires qui occupent habituellement les tribunaux ? Ne serait-il pas plus judicieux, pour qui cherche à mieux comprendre les modalités contemporaines de la répression de la criminalité d'affaires, de se concentrer sur les dossiers ordinaires de délinquance économique et financière qui peuplent quotidiennement les parquets⁶ ?

Il nous semble au contraire que la trajectoire fulgurante de la transaction pénale pour les entreprises fait de celle-ci un poste d'observation particulièrement opportun des transformations plus générales de la justice au XXI^e siècle. Née de la pratique d'avocats et procureurs américains à partir du début des années 1990, qui ont inventé les *non-prosecution agreements* (accords de non-poursuite) et les *deferred prosecution agreements* (accords de poursuite différée), cette forme de justice négociée est devenue particulièrement fréquente aux États-Unis depuis les années 2000, au point de laisser croire, selon certains observateurs, que certaines entreprises seraient aujourd'hui devenues « *too big to prosecute* » : trop importantes pour être effectivement poursuivies et condamnées en justice pour les crimes qu'elles commettent⁷. Au cours des années 2010, la transaction pénale pour les entreprises a ensuite essaimé en dehors des États-Unis, plusieurs pays, dont le Royaume-Uni et la France, se dotant alors de leur propre version de ce dispositif, plus ou moins en phase avec leur culture juridique et judiciaire nationale⁸. Au gré de cette diffusion mondiale, les procédures de justice négociée en sont venues à s'imposer comme des dispositifs dorénavant incontournables pour le traitement de la délinquance des entreprises transnationales.

En France, la CJIP s'inscrit en outre dans une séquence historique d'innovations institutionnelles dans le domaine de la justice pénale qui vient relativiser son caractère à première vue inédit. La CJIP n'est d'abord pas le premier avatar de ce qu'on appelle communément la « justice négociée » en matière pénale. Dès 2004, la loi Perben 2⁹ instaurait un dispositif de négociation des peines, aujourd'hui largement utilisé : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC), dédiée aux personnes physiques¹⁰. Si nous n'avons pas travaillé sur ce dernier dispositif, c'est que nous souhaitons précisément nous saisir de la question de la responsabilité pénale des personnes morales, dont le renouveau est sensible depuis quelques années. La CJIP se présente ensuite comme un pas supplémentaire dans l'intensification des efforts de lutte contre la délinquance en col blanc, dans la foulée d'autres réformes majeures du paysage judiciaire français, comme la création du Parquet national

6. On retrouve ici une difficulté classique des recherches sur la délinquance en col blanc et sur la délinquance économique et financière : l'impossibilité de disposer de sources statistiques à la fois de qualité et régulières permettant de quantifier sur le temps relativement long leur évolution et leur traitement judiciaire. Sur les années 2000, voir Dominique DELABRUYÈRE, Jocelyne HERMILLY, Nadine RUELLAND, « La délinquance économique et financière sanctionnée par la Justice », *Infostat Justice*, 2002/62.

7. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, Cambridge, Belknap Harvard, 2016.

8. Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2020.

9. Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

10. Pierrette PONCELA, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Droit et société*, 60, 2005/2, p. 473-493.

financier (PNF) en 2013, une autorité de poursuite spécialisée dans la grande délinquance économique et financière. Un survol de la quarantaine de CJIP conclues à ce jour permet de constater que le PNF s'est fait une spécialité de l'usage de ce nouveau dispositif, étant le signataire de près de la moitié de ces conventions. Enfin, le champ d'application même de la CJIP, réservée initialement à quelques chefs d'atteinte à la probité, s'est progressivement élargi, pour inclure les affaires de fraude fiscale¹¹ puis d'atteintes à l'environnement¹². Cet élargissement laisse croire que le périmètre de la CJIP pourrait encore, à l'avenir, être appelé à s'étendre à de nouvelles infractions liées à la vie des affaires.

S'il convient de noter que le nombre d'affaires actuellement traitées par ce dispositif transactionnel demeure limité, un dernier constat nous a poussés à tourner notre regard vers cette nouvelle forme de justice négociée : le profil bien particulier de ses principaux destinataires. Société Générale, HSBC, Airbus, Google, LVMH, JP Morgan, Bank of China : autant d'entreprises signataires d'une CJIP en France au cours des dernières années. Ainsi, la transaction pénale pour les entreprises ne semble pas d'abord destinée au traitement de la délinquance économique et financière ordinaire, mais se présente plutôt comme l'instrument d'une politique pénale ciblant de manière privilégiée les très grandes entreprises¹³. En ce qu'elle régule les conflits avec certaines des entreprises les plus marquantes du capitalisme contemporain, la CJIP doit faire l'objet d'une analyse dédiée.

Ce rapport présente les résultats d'une recherche qui visait à retracer la genèse de la transaction pénale avec les entreprises aux États-Unis, à en comprendre l'importation en France et au Royaume-Uni, et à analyser les conditions de son usage dans le système judiciaire français. Au travers des différents pans de l'enquête qualitative, interdisciplinaire et multisituée que nous avons menée, se déployait un questionnement général : comment la CJIP renouvelle-t-elle l'appréhension, la mise en visibilité et la sanction de la délinquance d'affaires, et que nous révèle-t-elle des évolutions récentes du droit, de la justice et du capitalisme contemporains ?

Un nouveau mode de gestion discrète des illégalismes d'affaires ?

Notre regard sur l'émergence et la diffusion mondiale de nouveaux dispositifs de transaction pénale pour les entreprises fut dans un premier temps orienté par les recherches sur les délinquances économiques et financières initiées par Pierre Lascoumes dans les années 1980¹⁴

11. Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, art. 25.

12. Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, art. 15.

13. La CJIP peut être considéré comme un instrument d'action publique au sens où l'entendent Pierre LASCOUMES, Patrick LE GALÈS, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005.

14. Pierre LASCOUMES, *Les affaires ou l'art de l'ombre ? Les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, Paris, Le Centurion, 1986 ; Pierre LASCOUMES, « L'illégalisme, outil d'analyse », *Sociétés & Représentations*, 3, 1996/2, p. 78-84.

et poursuivies depuis en sociologie¹⁵ et en criminologie¹⁶. Ces recherches ont mis en évidence la pluralité des formes de règlements permettant de traiter les infractions commises par les acteurs économiques et la relativité des qualifications pénales qui en résulte. Reprenant certaines des intuitions contenues dans les travaux de Michel Foucault sur la peine et la prison¹⁷, P. Lascoumes et ses successeurs ont insisté sur la *gestion différentielle des illégalismes* qu’opèrent les diverses institutions impliquées dans le contrôle de la délinquance économique et financière. Par l’expression « gestion différentielle des illégalismes », Foucault soulignait combien les pratiques potentiellement illégales étaient prises en compte et qualifiées par les institutions judiciaires et extrajudiciaires de manière différenciée. Tandis qu’aux illégalismes des classes populaires était réservé le plus souvent le seul traitement pénal, fondé sur une mise en visibilité exemplaire du crime et l’incarcération comme sanction emblématique, les illégalismes des classes supérieures se trouvaient pris en charge par une multiplicité de procédures judiciaires, administratives ou commerciales qui avaient en commun de permettre une gestion plus discrète des conduites incriminables¹⁸.

Ce constat d’un traitement différencié des infractions commises par les acteurs économiques rejoint d’ailleurs les recherches sur la délinquance en col blanc menées aux États-Unis après la Seconde Guerre mondiale, à la suite des travaux pionniers d’Edwin Sutherland¹⁹. Celui-ci soulignait en effet, dès les années 1940, combien les grandes entreprises, pourtant souvent récidivistes, voyaient généralement leurs infractions prises en charge par des procédures administratives plutôt que pénales, quand bien même les actes qui leur étaient reprochés auraient pu être qualifiés de crimes. Sutherland en concluait que la principale distinction observable empiriquement entre les conduites criminelles des classes socioéconomiques supérieures et inférieures se trouvait non pas dans les causes ou la nature de leurs crimes, mais bien dans les procédures employées pour les contrôler et les sanctionner.

Approfondissant la réflexion amorcée par Sutherland et par Foucault quant aux manières dont classes supérieures et élites parviennent à influencer les procédures qui les visent et à échapper au traitement infamant que le système pénal réserve d’ordinaire à ses prévenus, P. Lascoumes décrivait les illégalismes d’affaires comme « un ensemble de pratiques mêlant le

15. Nicolas FISCHER, Alexis SPIRE, « L’État face aux illégalismes », *Politix*, 87, 2009/3, p. 7-20. ; Gilles CHANTRAINE, Grégory SALLE, « Pourquoi un dossier sur la « délinquance en col blanc » ? » [en ligne], *Champ pénal/Penal Field*, 2013/Vol. X, disponible sur <<https://journals.openedition.org/champpenal/8555>>, (consulté le 15 septembre 2023) ; Alexis SPIRE, « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », *Champ pénal*, 10, 2013 ; Thomas ANGELETTI, « Finance on Trial: Rules and Justifications in the Libor Case », *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie*, 58, 2017/1, p. 113-141 ; Thomas ANGELETTI, « The Differential Management of Financial Illegalisms: Assigning Responsibilities in the Libor Scandal », *Law & Society Review*, 53, 2019/4, p. 1233-1265.

16. Anthony AMICELLE, « “Deux attitudes face au monde” : La criminologie à l’épreuve des illégalismes financiers », *Cultures & Conflits*, 94-95-96, 2014/2-3-4, p. 65-98.

17. Michel FOUCAULT, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2011 (1975) ; Michel FOUCAULT, *La société punitive : cours au Collège de France, 1972-1973*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2013.

18. Cette opposition, entre illégalismes de biens et illégalismes de droit, a été réévaluée par différents travaux, qui ont souligné combien le jeu avec les règles se retrouve dans la relation que les classes populaires peuvent entretenir avec les institutions d’État : voir 02/07/2024 11:26:00

19. Edwin H. SUTHERLAND, *White collar crime*, New Haven, Yale University Press, 1983 ; Edwin H. SUTHERLAND, « Le problème de la criminalité en col blanc », *Champ pénal/Penal Field*, trad. Gilles CHANTRAINE et Grégory SALLE, 10, 2013.

détournement, l'évitement, mais aussi la surutilisation du système légal, à un degré tel que toute qualification juridique simple est difficilement applicable²⁰ ». Il poursuivait en remarquant :

« Si on considère le droit comme un code de langage venant nommer des situations de conflits d'intérêts et les mettre en forme en vue d'un règlement, on parlera de figure de "délinquance" quand une qualification pénale a été appliquée. On parlera d'illégalisme quand la pratique concernée résiste ou échappe à l'application du code juridique, soit parce que cette pratique est restée sans visibilité, soit parce qu'aucun acteur social n'a pu ou su appliquer ce code, par résistance de l'auteur ou difficulté de trouver et mettre en œuvre une qualification adéquate. L'illégalisme repose sur une relativité de la qualification juridique »²¹.

La transaction pénale pour les entreprises constitue-t-elle une modalité nouvelle dans la gestion différentielle des illégalismes d'affaires ? L'hypothèse semble *a priori* plausible et nous a amenés à nous questionner sur les manières dont ce dispositif renouvelle le déroulement des affaires pénales, de même que les pratiques et les discours des divers acteurs susceptibles d'y être impliqués : les magistrats, d'abord, qu'ils soient juges ou procureurs, mais aussi les entreprises et leurs conseillers juridiques, dont le dispositif sollicite formellement la collaboration, ainsi que les victimes, tenues en marge du dispositif, mais dont la voix est parfois amplifiée dans l'espace médiatique par des associations de la société civile. Les pratiques et les discours que nous avons observés se déploient tantôt sur un plan technique, par une mobilisation ou un évitement stratégique de certaines juridictions ou catégories juridiques, tantôt sur un plan rhétorique, par la légitimation ou la dénonciation de pratiques controversées ou de procédures dérogoratoires au droit commun. Notre enquête s'inscrit ainsi dans une réflexion plus générale sur le rapport aux règles des classes dominantes, renouvelée par des recherches issues de la sociologie d'inspiration pragmatique²² comme par d'autres travaux sociologiques sur la délinquance d'affaires²³.

Outre une capacité des élites à s'appropriier ou à se distancier des règles censées régir leurs conduites, au gré de leurs besoins et de leurs intérêts, les travaux sur les délinquances économiques et financières ont aussi relevé leur souci de sécuriser leurs pratiques dès lors qu'elles perçoivent un risque d'être taxées d'irrégularité²⁴. Cette gestion préventive du risque pénal bénéficie généralement du concours de différents intermédiaires professionnels, à commencer par celui des avocats et autres conseillers juridiques. À cet égard, il est possible de penser que l'émergence et la diffusion rapide des dispositifs de transaction pénale pour les entreprises, en France et ailleurs dans le monde, participent d'une évolution des pratiques de sécurisation mises en œuvre par les grandes entreprises afin d'assurer la pérennité de leurs

20. Pierre LASCOUMES, *Les affaires ou l'art de l'ombre ? Les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, *op. cit.*, p. 15.

21. *Ibid.*, p. 15-16.

22. Luc BOLTANSKI, *De la critique : précis de sociologie de l'émancipation*, Paris, Gallimard, 2009.

23. Alexis SPIRE, « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », *Champ pénal/ Penal Field*, *op. cit.* ; Pierre LASCOUMES, Carla NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2018 ; Pierre LASCOUMES, « Témoignage sur un parcours de recherche. Légalistes et transgresseurs : le rapport paradoxal des élites dirigeantes aux règles sociales », *Criminologie*, 49, 2016/1, p. 15-24.

24. Alexis SPIRE, « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », *Champ pénal/ Penal Field*, *op. cit.*

affaires. Cette seconde hypothèse nous a mis sur la piste des rapports intimes qu'entretiennent droit et capitalisme, nous amenant à interroger la manière dont conventions judiciaires d'intérêt public et autres *deferred prosecution agreements* témoignent d'une évolution des stratégies juridiques d'accumulation du capital.

Transformations du capitalisme, transformations du droit

Ces dernières années ont vu un renouveau des travaux sur le droit et le capitalisme, autour notamment des travaux de Katharina Pistor et de son ouvrage *Le Code du capital*²⁵. Dans cet ouvrage, K. Pistor a bien montré combien le droit joue un rôle déterminant dans l'accumulation de capital, en mettant en lumière les transformations juridiques qu'initient et que promeuvent les grands cabinets d'avocats. Grâce à leur savoir-faire technique, les avocats d'affaires parviennent à « coder » le capital afin de lui conférer certains attributs essentiels à son accumulation durable, évitant ainsi à leurs clients la dispersion des richesses qui accompagnerait autrement leurs inévitables revers de fortune. Ils le font à partir de certains « modules » juridiques. K. Pistor concentre ses analyses sur six de ces modules, qui lui semblent les plus importants : le contrat, la propriété, les sûretés, le *trust*, la société et le droit de la faillite – soit les matières fondamentales du droit privé commercial²⁶. Par le jeu de constructions ingénieuses à partir de ces modules de base, les juristes ont su faire évoluer les frontières de la légalité et sécuriser les intérêts de leurs clients au fil du temps et à travers des conditions économiques, politiques et commerciales changeantes.

L'ascension rapide de l'accord négocié comme mode privilégié de règlement des conflits pénaux impliquant de grandes entreprises semble suggérer que le code du capital a récemment investi le champ du droit pénal, grâce à de nouvelles stratégies de gestion du risque pénal conçues et mises en œuvre par des avocats spécialisés. Les dernières décennies ont en effet été marquées par un accroissement des poursuites pénales visant les personnes morales²⁷, ainsi que par le développement concomitant de services professionnels visant à aider les entreprises à mieux tenir compte de ce risque dans leurs activités. La multiplication des transactions pénales devrait ici être mise en lien avec d'autres tendances récentes affectant la conduite des affaires, tels l'essor des programmes et des départements de conformité (*compliance*) au sein des

25. Katharina PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton (N.J.), Princeton University Press, 2019 ; Katharina PISTOR, *Le Code du capital: comment la loi crée la richesse capitaliste et les inégalités*, Paris, Seuil, 2023 ; Katharina PISTOR, « A Legal Theory of Finance », *Journal of Comparative Economics*, 41, 2013/2, p. 315-330. On pourra également voir, dans une perspective proche : Pascale CORNUT ST-PIERRE, *La fabrique juridique des swaps : quand le droit organise la financiarisation du monde*, Paris, Presses de Sciences Po, « Domaine Droit », 2019 ; Thomas ANGELETTI, Benjamin LEMOINE, « The Laws of Finance For a Sociology of Finance and Law Entanglement », *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie*, 62, 2021/2, p. 183-212.

26. Katharina PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, *op. cit.*, p. 3.

27. Notons qu'en France, la responsabilité pénale des personnes morales est d'origine relativement récente, contrairement aux États-Unis où elle est admise depuis le début du 20^e siècle. La responsabilité pénale des personnes morales ne fut consacrée en France qu'avec le Code pénal réformé, entré en vigueur en 1994. D'abord reconnue seulement pour les infractions qui la prévoyait expressément, en vertu du principe de spécialité, elle fut généralisée par la loi Perben 2 du 9 mars 2004 à toutes les infractions prévues par la loi. Corinne MASCALA, Marie-Cécile AMAUGER-LATTES, « Les évolutions de la responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'entreprise », in *La Personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'université de Toulouse Capitole, 2013, p. 291-304.

entreprises²⁸, ou encore celui des fonctions de moniteur d'entreprise et d'enquêteur interne, souvent assumées par de grands cabinets d'avocats américains qui y ont trouvé, au cours de la dernière décennie, leur plus importante source de développement d'affaires²⁹. Ces évolutions récentes laissent croire que l'accumulation durable de richesses par et au sein des grandes entreprises requiert aujourd'hui un investissement accru dans les dispositifs de prévention, de négociation et de résolution des dossiers pénaux des personnes morales. Le droit pénal semble désormais figurer au nombre de modules incontournables du travail d'encodage juridique du capital.

Notre projet de recherche s'inscrit en somme au croisement des deux courants de recherche précédents, sur les délinquances économiques et financières et sur les soubassements juridiques du capitalisme, avec la conviction que la transaction pénale pour les entreprises constitue, sous ce double aspect, un dispositif tout à fait central des transformations récentes du droit et de la justice.

Méthodes d'enquêtes

En prenant pour objet central la transaction pénale pour les entreprises, notre enquête s'est efforcée d'en retracer la genèse aux États-Unis dans les années 1990, d'en étudier la circulation internationale, en identifiant les modalités de son importation au Royaume-Uni en 2014 et en France en 2016, et d'en analyser l'usage actuel dans le contexte français, en observant la manière dont s'en saisissent différents acteurs impliqués : magistrats et avocats, entreprises et société civile. La dimension internationale de l'enquête nous semblait incontournable pour appréhender correctement cet objet que plusieurs en France décrivent comme un vecteur d'« américanisation du droit »³⁰, ou encore comme un dispositif emblématique d'un « droit global »³¹ caractéristique de l'économie mondialisée. L'étude de l'adoption du *deferred prosecution agreement* au Royaume-Uni, tout particulièrement, est intéressante en ce qu'elle préfigure une partie des débats qui sont survenus en France quelques années plus tard, la CJIP française étant d'ailleurs calquée sur le dispositif britannique bien davantage que sur les pratiques des autorités de poursuite américaines.

Une orientation de ce travail fut ensuite d'adopter une perspective qui s'est voulue attentive au *travail normatif* des différents acteurs engagés dans les discussions portant la transaction pénale pour les entreprises – soit à l'ensemble des évaluations, des appréciations, des critiques et des propositions de rectification qu'ils formulent à l'égard de ce dispositif³² –, aussi bien qu'à

28. Emmanuel BREEN, « La “compliance”, une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, 2019/2, p. 327-331 ; Julie BIRON, Amissi MANIRABONA, « L'adoption et la mise en œuvre d'un programme de conformité : quelques éléments à prendre en considération », *Revue générale de droit*, 50, 2020/1, p. 203-243.

29. Selon le professeur John Coffee, au sein des grands cabinets de droit des affaires américains, les enquêtes internes « sont à la dernière décennie ce que les fusions et acquisitions étaient aux années 1980 ». John C. COFFEE, *Corporate crime and punishment: the crisis of underenforcement*, Oakland, Berrett-Koehler, 2020, p. 45.

30. Luca D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2019/1, p. 2.

31. Astrid MIGNON COLOMBET, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, 2015, p. 346.

32. Voir, sur cette notion de travail normatif, Nicolas DODIER, Janine BARBOT, « La force des dispositifs », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2016/2, p. 421-450.

la *technique juridique* qui leur permet, avec plus ou moins de bonheur, d'appuyer leurs prétentions et de sécuriser leurs attentes³³. Nous avons privilégié à cette fin une méthodologie d'enquête qualitative, associant entretiens, observations et lecture fine d'une variété de documents juridiques : documents conventionnels ou judiciaires, parlementaires ou doctrinaux, émanant des autorités de poursuites, des professions juridiques ou de la société civile.

La partie de l'enquête conduite par Thomas Angeletti a porté à la fois sur la genèse et l'usage de la transaction pénale aux États-Unis et sur son déploiement dans le cas français. Ce travail a pris trois principales directions. Premièrement, nous avons conduit des entretiens avec des professionnels du droit, de la justice et de l'enquête (magistrats du siège, parquetiers, avocats, juges, assistants spécialisés, policiers, etc.) afin de mieux appréhender leur activité, en France et aux États-Unis. Ces entretiens – plus d'une cinquantaine au total, certains résultant de l'exploitation d'une enquête antérieure – ont porté sur les raisons ayant amené à l'adoption de ces transactions, sur leur usage, sur les transformations qu'elles instaurent. La trajectoire des professionnels du droit était abordée, tout comme les raisons multiples les ayant conduits à se spécialiser dans la délinquance économique et financière. Une spécificité des entretiens avec les professionnels du droit nord-américains, comme nous y reviendrons dans le premier chapitre, résidait dans le fait qu'ils avaient été quasiment tous à la fois avocats pour une part de leur carrière et procureurs pour une autre part. Les entretiens, particulièrement côté magistrats, n'étaient pas centrés uniquement sur la transaction pénale : il est vite apparu nécessaire, pour suivre les magistrats dans leur activité et pour évoquer les difficultés qu'ils peuvent notamment rencontrer dans les poursuites de la délinquance économique et financière, d'élargir la focale. Cet élargissement a pu prendre plusieurs formes : s'intéresser à des affaires précises pour entrer dans le détail des dossiers et des pratiques ; engager la discussion sur les affaires plus ordinaires de délinquance économique et financière, plus courantes et ayant une moindre visibilité publique ; échanger sur les relations tissées entre les différents acteurs engagés dans les poursuites, etc. Sur le cas français proprement dit, les entretiens se sont donnés pour objectif de mieux comprendre et d'appréhender l'émergence de la pratique de la négociation entre avocats et magistrats, en s'attachant particulièrement à suivre la mise sur pied de cette pratique assez inédite. Ils ont été réalisés essentiellement en région parisienne, avec des magistrats du parquet et du siège, mais également avec des avocats étant intervenus dans des affaires où il a été question de CJIP. Le déroulement de ces entretiens consistait à revenir sur certaines affaires, pour saisir les pratiques concrètes de travail, d'enquête, de projection temporelle, qui venaient à être déplacées voire redéfinies par la transaction pénale. Cette partie de l'enquête nécessite des prolongements, à la fois pour mieux approcher les professionnels du droit au travail et pour comprendre les déplacements qu'introduit la transaction pénale, mais aussi pour saisir sa réception par les juges chargés de son homologation. On ne l'abordera donc que de manière limitée dans le cadre de ce rapport, invitant ainsi à poursuivre le travail dans le cadre de publications futures.

33. Frédéric AUDREN, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? » [en ligne], *Clio@Themis. Revue électronique d'histoire du droit*, 2022/23, disponible sur <<https://journals.openedition.org/cliiothemis/2635>>, (consulté le 13 septembre 2023) ; Pascale CORNUT ST-PIERRE, « La technique juridique, objet de science sociale ? Pour une sociologie pragmatique des controverses techniques en droit », *Jurisprudence – Revue Critique*, 9, 2020, p. 89-107.

Deuxièmement, nous avons engagé de nombreuses observations ethnographiques d'audiences publiques en lien avec la délinquance économique et financière en France, et tout particulièrement des « audiences de validation » des CJIP. L'observation de ces audiences, confrontée notamment à l'expérience accumulée dans d'autres enquêtes dans l'observation ethnographique de procès financiers³⁴, a permis d'aborder plusieurs dimensions essentielles à cet objet émergent. Ces audiences révèlent en effet toute la difficulté de débattre d'une affaire dans les termes extrêmement précis et définis qui sont ceux négociés par les procureurs et l'entreprise poursuivie aidée de ses représentants. Elles montrent aussi, dans des moments relativement rares, les contestations qui peuvent être formulées à l'endroit de la CJIP et de ses usages, mettant le dispositif au centre d'une critique d'une justice dite « à deux vitesses ». L'observation de ces audiences a également permis de rapprocher l'étendue des débats en séance des documents qui entérinent l'adoption de la CJIP et de la décision d'homologation du juge, pour saisir comment ces débats se trouvent retranscrits, résumés, voire complètement écartés des versions écrites.

Troisièmement, nous avons engagé un travail à partir de la littérature grise entourant ces transactions, en France comme aux États-Unis. Elles génèrent en effet avec elles nombre de documents : décisions en tant que telles, communiqués de presse, lignes de conduite en direction des magistrats, avocats et entreprises, voire même contestations et décisions des cours d'appel aux États-Unis. Ces documents constituent la principale trace publique visible de ces affaires et méritent en cela une grande attention. Ils témoignent en outre d'une forme d'institutionnalisation de la pratique de la négociation, dans la mesure où l'on peut voir une routinisation de leur format, de leur architecture et des formes argumentatives qui s'y déploient.

La partie de l'enquête conduite par Pascale Cornut St-Pierre a porté surtout sur la diffusion internationale des dispositifs de transaction pénale pour les entreprises, à partir d'un travail documentaire orienté principalement en trois directions. Nous avons d'abord mené une étude des débats publics ayant précédé ou accompagné l'adoption du *deferred prosecution agreement* au Royaume-Uni et de la convention judiciaire d'intérêt public en France : nous avons ainsi analysé les débats parlementaires qui ont conduit à l'adoption des mesures législatives concernées dans les deux pays, les consultations publiques qui ont été organisées sur cette question au Royaume-Uni, ainsi que les recommandations formulées par diverses organisations de la société civile à l'égard du projet de loi français. Constatant que, dans les deux pays, la transaction pénale pour les entreprises constituait manifestement une réponse à certaines affaires récentes ayant impliqué de grandes entreprises britannique et française aux prises avec la justice américaine, nous avons également approfondi l'étude de ces affaires à l'aide des documents judiciaires et parlementaires publiquement accessibles : les requêtes et les défenses présentées à la cour, les jugements, les ententes conclues avec les procureurs américains, le rapport d'une commission d'enquête. Cette analyse documentaire a permis de mieux comprendre qui étaient les principaux promoteurs et détracteurs de la transaction pénale pour les entreprises au moment de l'importation de ce dispositif en France et au Royaume-Uni, ainsi que leurs principales préoccupations, multiples et parfois hétérogènes. Plus généralement,

34. Voir notamment Thomas ANGELETTI, « Le statut de la preuve dans les procès de la finance. Causalité directe vs causalité relationnelle », *Droit et société*, 110, 2022/1, p. 71-86.

l'étude de ces débats publics a permis de mieux cerner le problème auquel la transaction pénale pour les entreprises se voulait une réponse dans ces deux pays : la perception répandue sur la scène internationale selon laquelle ni la France, ni le Royaume-Uni ne déployaient d'efforts satisfaisants pour lutter contre la corruption que menaient leurs entreprises ressortissantes à l'étranger.

Ce constat a mené le volet documentaire de l'enquête dans une seconde direction : nous avons ensuite cherché à élucider ce contexte international de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers par les entreprises transnationales, en nous intéressant en particulier aux origines de ses principaux instruments normatifs et au rôle de premier plan qu'y ont joué les États-Unis. En plus des documents produits par l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), qui s'est saisie de cette question dès les années 1990, notre enquête a trouvé un appui important dans les travaux de juristes qui ont documenté l'histoire de ce cadre juridique anticorruption et ses origines dans la législation américaine.

Enfin, le volet documentaire de notre enquête fut complété par une étude de la littérature juridique, doctrinale et professionnelle, qui témoigne de la réception de la CJIP dans l'écosystème juridique français. Une recherche dans la base de données de LexisNexis France, qui donne accès à un grand nombre de revues juridiques françaises, nous a permis de composer un corpus d'une cinquantaine d'articles à propos de la CJIP publiés entre 2018 et 2022. Ces articles furent rédigés majoritairement par des praticiens du droit, avec trente articles signés par des avocats et sept signés par des magistrats (contre vingt-et-un offrant un point de vue plus académique sur la CJIP, étant signés par des professeurs et des chercheurs universitaires). Ce corpus a ceci d'intéressant qu'il nous a permis d'obtenir un aperçu de l'accueil qu'ont réservé les avocats de la défense au dispositif français de transaction pénale pour les entreprises, un point de vue auquel nous n'avons pas eu accès autrement. Ce matériau nous a en outre fourni un point d'entrée plus technique dans la CJIP, en nous révélant certains des enjeux qui préoccupent ces derniers dans leur travail quotidien avec ce nouveau dispositif judiciaire.

La trame du rapport

Notre rapport est structuré en trois chapitres, qui visent à restituer les multiples facettes de la transaction pénale pour les entreprises. Le premier chapitre s'intéresse aux origines de ce dispositif. Il montre comment cette forme sociale particulière est apparue aux États-Unis, et plus précisément à New York. L'émergence d'un espace judiciaire dédié à la délinquance en col blanc, autour d'un bureau fédéral de procureurs particulièrement actif – le Southern District –, ainsi que la circulation régulière des avocats et procureurs newyorkais spécialisés en cette matière ont contribué à la formation d'un « espace de négociation » inédit. C'est dans cette dynamique qu'il faut replacer l'émergence de la transaction pénale au début des années 1990, alors que la grande délinquance d'affaires se trouve prise dans un nouveau cadre idéologique et conceptuel : il s'agit désormais de « changer la culture » des entreprises de l'intérieur, en prônant des alternatives aux poursuites pénales et en invitant à une coopération accrue entre entreprises et procureurs.

Le deuxième chapitre porte sur la circulation de la transaction pénale pour les entreprises en dehors des États-Unis. À partir des années 2010, de nombreux pays se sont en effet dotés de mécanismes procéduraux leur permettant de sanctionner les personnes morales délinquantes

sans pour autant les soumettre à procès ou prononcer leur culpabilité. Le chapitre montre que la diffusion rapide de la justice négociée pour les entreprises au cours de la dernière décennie a en fait été impulsée par la multiplication des actions menées par les autorités de poursuite des États-Unis contre des entreprises étrangères, en vertu du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) et d'autres lois à portée extraterritoriale. Un bref retour sur l'histoire américaine puis internationale de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers montre que les États-Unis ont été aux premières loges de la nouvelle géographie des flux financiers licites et illicites qui se dessine avec la mondialisation des entreprises, et les premiers à en tirer des conséquences en matière de politique pénale. Au Royaume-Uni comme en France, l'importation de la transaction pénale pour les entreprises découle de scandales de corruption impliquant certains « champions nationaux » qui ont été poursuivis aux États-Unis, et répond au désir de ces États de reprendre le contrôle des enquêtes, des poursuites et des sanctions imposées à leurs entreprises. La promulgation de ces nouveaux dispositifs de justice négociée vise ainsi, parfois tout à fait explicitement pour leurs promoteurs, à retrouver une forme de souveraineté à la fois judiciaire et économique face aux États-Unis. Les controverses qui ont entouré l'adoption du *deferred prosecution agreement* et de la convention judiciaire d'intérêt public, bien qu'elles aient emprunté un registre plus technique au Royaume-Uni et plus politique en France, ont gravité dans les deux pays autour de la prétention qu'un assouplissement des conditions de mise en œuvre du droit pénal soit le gage d'une justice plus efficace contre la délinquance d'affaires mondialisée.

Le troisième chapitre est consacré aux critiques soulevées en France et aux États-Unis par l'usage de la transaction pénale. Une fois la transaction actée entre les deux parties, l'entreprise et le parquet, elle doit encore être « validée » durant une audience publique présidée par un juge. Cette étape ultime de la trajectoire d'une convention judiciaire, qui n'a jusqu'à aujourd'hui pas connu d'échec, est cependant le moment pour les professionnels du droit d'être confrontés au regard et à l'évaluation d'autres acteurs : le juge, les journalistes, les victimes. Ce déplacement de la transaction sur une scène publique montre combien chaque validation est une manière de réinterroger la légitimité du dispositif et sa prétention : sert-il, comme son nom l'indique dans le cas français, l'intérêt public ? C'est l'objet de ce dernier chapitre que de saisir le débat public qui s'instaure, en s'arrêtant plus largement sur les critiques qui ont visé et visent encore la transaction pénale, et sur ce que ces critiques nous disent de ce dispositif.

Chapitre 1

La genèse d'un dispositif : Aux origines new-yorkaises de la justice négociée pour les entreprises¹

Depuis une quinzaine d'années, un phénomène affecte de manière croissante le capitalisme contemporain : nombre de conflits judiciaires avec des grandes entreprises se trouvent soldés par un dispositif inédit, les transactions pénales. Ces deux mots sonnent à l'oreille comme un oxymore, renvoyant d'un côté vers le registre des échanges économiques, de l'autre vers celui de la peine et donc de l'absence de négociation. Ce dispositif consiste bel et bien pour les autorités pénales à proposer à une entreprise lourdement suspectée de malversation d'entrer dans une phase de négociation, et de soumettre l'arrêt des poursuites au versement d'une amende au Trésor public et à la mise en place de certaines pratiques telles que : le partage des informations sur les faits délictueux ; la coopération au cours de l'enquête ; la mise en place de réformes managériales et de restructurations de certains services ; l'intronisation d'un contrôleur de la conformité indépendant au sein du groupe visé ; le développement ou la refonte des codes de conduites. Si ces critères se trouvent respectés, l'accord est signé et met fin à l'action publique, sans procès, sans condamnation, sans même une reconnaissance de responsabilité, et de manière d'autant plus définitive que de telles transactions s'accompagnent souvent d'une impossibilité de recours.

Ces accords ont émergé aux États-Unis au début des années 1990 et sont restés assez peu mobilisés pendant près d'une quinzaine d'années. Ils sont appelés *non-prosecution agreement* (NPA) – lorsque la signature entraîne directement l'arrêt de l'action publique – ou *deffered prosecution agreement* (DPA) — lorsque qu'ils suspendent la finalisation de l'accord et l'arrêt des poursuites à une période probatoire de deux ans durant laquelle aucune autre faute ne doit être observée. On dénombre ainsi 25 transactions entre 1992 et 2003, pour une somme globale d'amendes d'environ 95 millions de dollars. Entre 2004 et 2007, le rythme s'accélère : 91 transactions sont signées, atteignant près de 1,150 milliard de dollars d'amendes. La crise financière de 2007 entérine leur usage courant : on assiste à une multiplication de leur signature et à des amendes grandissantes, générant des rentrées d'argent massives pour l'État. Ainsi, de 2008 à 2018, ce ne sont pas moins de 398 transactions qui sont signées pour un montant total d'amendes de plus de 10,5 milliards de dollars². Ces dispositifs ont, de plus, connu un certain succès international : le Royaume-Uni les a notamment adoptés en 2014 puis la France en 2016, et ils sont régulièrement vantés par les autorités judiciaires comme une grande réussite,

1. Le présent chapitre a été rédigé par Thomas Angeletti et a fait l'objet sous une forme adaptée d'une publication : Thomas Angeletti, « Quand le capitalisme négocie ses peines. Genèse de la justice négociée pour les entreprises », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2024/1, n° 251, p. 74-91.

2. Ces calculs ont été réalisés à partir de la base de données *Corporate Prosecution Registry*, élaborée par Brandon L. Garrett et Jon Ashley.

notamment en termes de finances publiques³. Cet engouement transnational tient aussi à des raisons d'ordre géopolitique : il s'agit pour les pays qui s'en saisissent de concurrencer la puissance des États-Unis en matière de poursuites pénales des entreprises étrangères.

Si les entreprises évitent ainsi tout procès et limitent drastiquement la publicité donnée à leurs pratiques délictueuses, du point de vue des caisses des États, ces transactions s'avèrent particulièrement profitables. La logique budgétaire, cependant, ne saurait expliquer à elle seule l'essor de ce dispositif, souvent accusé de servir une justice d'exception. Comment se fait-il que de grandes entreprises, et tout particulièrement des banques et des institutions financières parmi les plus importantes du capitalisme contemporain, puissent ainsi éviter des procès en signant des transactions qui ne comportent aucune reconnaissance de responsabilité ? Comment est-il apparu possible et souhaitable de contourner ainsi l'ordre pénal pour permettre à de grandes compagnies de solder par des amendes leurs infractions ? Pour répondre à ces questions et pour mettre en évidence les logiques qui ont présidé à l'émergence de ces dispositifs pénaux aux États-Unis et à leur déploiement croissant, ce chapitre défend qu'il faut orienter le regard sur New York et sur les dynamiques de l'espace judiciaire new-yorkais, épice de nombre d'innovations judiciaires.

Il montre comment c'est depuis cette « ville globale »⁴ que la lutte contre la délinquance d'affaires a progressivement renforcé la défense des entreprises. Pour bien comprendre cet argument, il faut avoir en tête l'organisation particulière de l'espace judiciaire new-yorkais : on peut en prendre la mesure en traversant la petite dizaine de kilomètres composant la moitié basse de l'île de Manhattan. Tout d'abord, le sud de Manhattan regroupe à lui seul les sièges des institutions financières les plus centrales du capitalisme des dernières décennies, qui sont des cibles privilégiées de ces transactions. Il est ensuite la demeure d'un bureau de procureurs fédéraux particulièrement engagés dans la lutte contre la délinquance en col blanc et la délinquance d'affaires, le Southern District. Parfois surnommé le « Sovereign District » pour souligner son indépendance singulière vis-à-vis de Washington, il accueille de jeunes avocats aux trajectoires scolaires et sociales parmi les plus légitimes et est reconnu comme l'un des plus importants bureaux américains, réunissant actuellement plus de 220 procureurs⁵. En remontant un peu dans la ville vers le *Midtown*, on trouve également une concentration des plus importants cabinets d'avocats au monde, qui représentent les grandes entreprises dans leurs conflits judiciaires et assurent auprès d'elles d'innombrables services en matière de droit des affaires, depuis le droit de propriété jusqu'à celui des contrats, du droit des sociétés au droit des faillites⁶. Car New York est aussi un État américain disposant de son droit propre qui constitue, avec le droit britannique, la langue officielle du capitalisme financier global. C'est dans un tel écosystème particulièrement dense en relations et en échanges entre entreprises, avocats et

3. Au Royaume-Uni, le dispositif prend le même titre qu'aux États-Unis, le « *deferred prosecution agreement* », introduit par le *Crime and Court Act* de 2013. En France, il s'agit de la « convention judiciaire d'intérêt public » promulguée dans le cadre de la loi Sapin 2. On compte à ce jour 8 transactions signées au Royaume-Uni et plus de 25 en France.

4. Saskia SASSEN, *The Global City: New York, London, Tokyo*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

5. À titre de comparaison, en 2020 on dénombrait 5 861 procureurs adjoints sur l'ensemble du territoire nord-américain, soit en moyenne un peu plus de 62 procureurs par bureau.

6. Katharina PISTOR, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019, voir en particulier p. 158-182.

procureurs qu'ont émergé nombre d'innovations judiciaires : le prisme new-yorkais est dès lors particulièrement adapté pour saisir les conditions d'apparition et de possibilité des transactions pénales.

Si l'on dézoome de Manhattan, ce chapitre contribue également à interroger l'évidence de la judiciarisation américaine. Car l'histoire des États-Unis est marquée tant par des affaires régulières de fraude, qui ont jalonné le XX^e siècle⁷, que par une supposée très grande *judiciarisation* des conflits. Certains travaux vont même jusqu'à caractériser la société américaine de « *litigious society* »⁸. Les travaux de sociologie du droit sur les processus ordinaires de dispute ont cependant montré, depuis plusieurs décennies maintenant, qu'il n'y aurait finalement dans la société américaine que « trop peu de conflits »⁹ : le recours à la justice institutionnelle comme mode de résolution ne concerne qu'une part très limitée des différends et des conflits qui émergent. Et quand bien même de tels différends parviennent à entrer dans l'arène judiciaire, l'usage de solutions alternatives au procès est prédominant dans le règlement d'affaires pénales – comme civiles¹⁰ – aux États-Unis, le procès étant plus un horizon qu'un recours véritable. Ainsi, plus de 95% des affaires aboutissent à un plaider coupable plutôt qu'à un procès¹¹, et c'est aussi dans ce contexte judiciaire général qu'il faut approcher l'émergence des transactions pénales pour les entreprises.

Ces transactions se situent ainsi à l'intersection de multiples échelles et processus que nous nous efforçons de tenir ensemble au fil de ce chapitre. Les changements qui affectent la délinquance d'affaires et sa prise en charge judiciaire relèvent en effet de lignes de transformations multiples, qui s'entrecroisent, se recourent, s'opposent parfois¹². Mentionnons seulement les changements de la politique pénale américaine, les transformations des grands cabinets d'avocats, l'action renouvelée des procureurs et le choix de leurs « cibles », le développement de la corruption comme problème politique et judiciaire, les transformations du capitalisme et tout particulièrement sa financiarisation, les mouvements sociaux visant les responsables économiques et politiques et leurs manquements, ou encore le surgissement brusque d'affaires qui deviennent des précédents argumentatifs dans l'arène judiciaire, et qui sont agitées comme des spectres en vue de lutter, de promouvoir, ou plus couramment d'adapter ces dispositifs transactionnels. Ce sont certaines de ces lignes de transformations, aux temporalités graduelles, parfois événementielles¹³, qu'il s'agit d'appréhender pour comprendre comment il est devenu possible voire souhaitable pour certains acteurs économiques, politiques et judiciaires, de « transactionner » avec les entreprises à l'orée des années 1990.

7. Edward BALLESEIN, *Fraud: An American History from Barnum to Madoff*, Princeton, Princeton University Press, 2019.

8. Jethro K. LIEBERMAN, *The Litigious Society*, New York, Basic Books, 1981.

9. William L. F. FELSTINER, Richard L. ABEL, Austin SARAT, « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming », *Law & Society Review*, 15(3-4), 1980-1981, p. 631-654. Voir aussi Richard E. MILLER, Austin SARAT, « Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture », *Law & Society Review*, 15(3-4), 1980-1981, p. 525-566.

10. Robert H. MNOOKIN, Lewis KORNHAUSER, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce », *The Yale Law Journal*, 88(5), 1979, p. 950-997.

11. Jed RAKOFF, « Why Innocent People Plead Guilty », *New York Review of Books*, 2014.

12. Francis CHATEAURAYNAUD, « Des expériences ordinaires aux processus critiques non-linéaires. Le pragmatisme sociologique face aux ruptures contemporaines », *Pragmata*, 5, 2022, p. 18-92.

13. William H. SEWELL Jr., « The temporalities of capitalism », *Socio-Economic Review*, 6, 2008, p. 517-537.

L'enquête qualitative sur laquelle s'appuie ce chapitre a pris quatre directions. Une première est constituée par une enquête par entretiens engagée lors de deux séjours à New York en 2018 et 2019 et mobilise 35 entretiens semi-directifs. Ces entretiens ont été menés principalement avec des avocats, des procureurs et des juges, mais aussi avec des membres d'agences de régulation des marchés financiers et des professionnels de la conformité, souvent nommés pour évaluer l'efficacité des mesures mises en place par l'entreprise et le respect des conditions du règlement, qui sont appelés des moniteurs. Concernant les professionnels du droit, ces entretiens ont le plus souvent occasionné des échanges sous leur double casquette d'avocats et de procureurs, étant donné que la quasi-totalité des avocats en poste au moment de l'entretien étaient d'anciens procureurs fédéraux du Southern District. Les procureurs états-unis sont en effet des avocats travaillant dans le secteur public, mais qui peuvent aisément et à de multiples reprises au cours de leur carrière basculer du privé au public et inversement¹⁴. Or, alors que la sociologie du droit a consacré nombre d'études sur les avocats nord-américains évoluant dans le privé¹⁵, les procureurs ont été bien moins étudiés. Une seconde voie nous a conduit à mobiliser la littérature biographique sur les acteurs concernés, notamment les procureurs new-yorkais qui ont laissé derrière eux nombre de documents à teneur autobiographique¹⁶. Une troisième direction, destinée à approcher la dimension plus ou moins publique de la délinquance en col blanc, a consisté à épilucher la presse new-yorkaise, particulièrement le *New York Times*. Il s'agissait de suivre tant la couverture accordée aux affaires que la visibilité donnée aux procureurs et régulateurs. Une dernière direction a été d'examiner la littérature grise autour des transactions pénales, dont les transactions en tant que telles, souvent accompagnées de communiqués de presse justifiant le choix du recours à ce dispositif de règlement. Cette documentation nous a en partie été transmise par les acteurs rencontrés au cours de l'enquête.

L'analyse procède, de manière chronologique, en trois temps. La première partie retrace la genèse de l'espace judiciaire new-yorkais dédié à la délinquance en col blanc, des années 1960 aux années 1980. La focale pénale initiale est alors centrée sur des individus, et peu d'entreprises font l'objet de poursuites dédiées. Toute une génération de procureurs réunis à New York s'engage activement dans des enquêtes et des poursuites visant responsables économiques et politiques. La seconde partie montre comment les transactions pénales pour les

14. Une circulation formellement très contrainte en France, étant donné la coupure entre avocats et magistrature, mais qui n'en reste pas moins plus poreuse qu'il n'y paraît à partir des années 1990, comme l'ont montré Antoine VAUCHEZ et Pierre FRANCE (*Sphères publiques, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Sciences Po, 2017).

15. Voir la synthèse proposée par Richard L. ABEL : *American Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, 1991. Cette focale prioritaire sur les avocats entendus comme acteurs privés se retrouve dès les travaux issus de l'école de Chicago des années 1950-1960 : voir Liora ISRAËL, « Retour à Chicago. Généalogies de la sociologie des avocats (et de leur politisation) », *Sociologie du travail* [en ligne], 65(3), 2023, mis en ligne le 25 août 2023, consulté le 28 octobre 2023.

16. Voir notamment Whitney North SEYMOUR Jr., *United States Attorney: An Inside View of « Justice » in America Under the Nixon Administration*, New York, William Morrow and Company, 1975 ; Arthur L. LIMAN, *Lawyer: A Life of Counsel and Controversy*, New York, Public Affairs, 2002 ; Robert B. FISKE Jr., *Prosecutor Defender Counselor*, Kittery, Smith/Kerr Associates, 2014. La Securities and Exchange Commission mais aussi la Southern District Court ont engagé des formes d'autobiographie institutionnelle et réaliser dans ce cadre de nombreux entretiens avec des membres présents et passés de leurs personnels, disponibles sur leurs sites internet et que nous avons pu également consulter. Ces institutions ont également donné lieu à des ouvrages à teneur hagiographique, dont James D. ZIRIN, *The Mother Court: Tales of Cases that Mattered in America's Greatest Trial Court*, Chicago, American Bar Association, 2014.

entreprises apparaissent, au début des années 1990, au confluent de trois dynamiques : la spécialisation croissante des procureurs dans les affaires financières ; la conception renouvelée du rôle du procureur, qui invite à contourner le recours au pénal et à favoriser des pratiques alternatives ; la circulation croissante des procureurs entre public et privé, entre bureau des procureurs et grands cabinets d'avocats assurant la défense des entreprises. La troisième partie montre comment l'apparition de ce dispositif « public » qu'est la transaction pénale s'est accompagnée de toute une nébuleuse d'activités « privées », à la fois pour défendre les grandes entreprises, pour assurer les enquêtes internes sur leurs malversations et pour suivre les réformes qui accompagnent les transactions.

L'émergence de la délinquance en col blanc comme cible pénale explicite

Au début des années 1960, tandis que la scène judiciaire new-yorkaise n'accorde que peu de place et d'importance à la délinquance en col blanc et à la délinquance d'affaires, une nouvelle dynamique publique de renforcement des poursuites et d'attention à ce type de transgressions change progressivement la donne au cours de cette décennie¹⁷. L'arrivée d'un nouveau procureur fédéral à la tête du Southern District, Robert Morgenthau, nommé par le tout fraîchement élu président Kennedy, conduit à une politique de poursuites visant plus explicitement la délinquance en col blanc et les responsables économiques. Son père, Henry Morgenthau, ministre des Finances de Roosevelt, avait entrepris dans la seconde moitié des années 1930 une campagne active contre la corruption et l'évasion fiscale, ciblant notamment des grandes figures bancaires et financières, dont le directeur de la National Citibank Charles E. Mitchell et l'un de ses prédécesseurs aux Finances, Andrew Mellon¹⁸. Robert Morgenthau incarne dans cette lignée l'archétype du procureur progressiste, particulièrement impliqué dans son époque, qui occupe ce poste de procureur fédéral du Southern District quasiment tout au long des années 1960¹⁹. Le Southern District est l'un des 93 bureaux de procureurs fédéraux répartis sur le territoire américain et dépendant du Department of Justice²⁰. L'activité de ces

17. En 1960, les avocats américains sont alors principalement engagés dans des cabinets (pour 76,2% d'entre eux, dont 46,3% d'avocats à leurs comptes) contre une petite part travaillant au sein du gouvernement (13,4%). Si la proportion d'avocats travaillant dans le privé a eu tendance à décroître au cours de la seconde moitié du XXe siècle, ces ordres de grandeur restent les mêmes jusque dans les années 1990, alors même que les effectifs ont quasiment quintuplé sur la même période. Le changement principal sur lequel nous reviendrons est la place croissante des avocats travaillant dans de grandes *law firms*, et le déclin concomitant des avocats à leurs comptes (en « libéral » pourrait-on dire), qui ne représentent plus que 32,6% en 1991. Sur ces chiffres et sur les transformations de la profession, voir Richard L. ABEL, *American Lawyers, op. cit.*, p. 166-211 ; John R. SUTTON, *Law/Society: Origins, Interactions, and Change*, Londres, Pine Forge Press, 2001, p. 253-277.

18. Sur l'affaire Andrew Mellon, voir Romain HURET, *Les millions de monsieur Mellon. Le capitalisme en procès aux États-Unis (1933-1941)*, Paris, La Découverte, 2023.

19. Morgenthau occupera par la suite et pendant 35 ans (1975-2009) le poste de procureur de l'État de New York, étant réélu huit fois sous la houlette du parti démocrate. Il prit en tant que procureur nombre de positions publiques, notamment contre la peine de mort en 1995 : Robert M. MORGENTHAU, « What Prosecutors Won't Tell You », *New York Times*, 7 février 1995.

20. Les procureurs fédéraux qui dirigent ces 93 bureaux nationaux sont directement nommés par le Président (et confirmés par le Sénat) pour des mandats de quatre ans, et dépendent directement du Department of Justice. Ils changent donc généralement avec l'arrivée d'une nouvelle administration. Quoique formellement indépendants dans leurs choix de poursuite, cette indépendance est régulièrement débattue, tout particulièrement quand elle vise des politiciens liés au pouvoir en place. Les procureurs fédéraux adjoints, qui travaillent sous leur direction et assurent au quotidien le travail concret, sont eux recrutés directement par ces bureaux.

bureaux, majoritairement pénale mais aussi civile - quand il s'agit de représenter l'État dans des affaires ou d'engager des poursuites civiles au nom de l'État - est mis en place par tout un ensemble de procureurs adjoints, recrutés et supervisés par le procureur fédéral, qui assurent le fonctionnement quotidien du bureau. Sous l'impulsion de ce procureur particulièrement engagé dans la lutte contre la délinquance en col blanc, le Southern District gagne progressivement en légitimité²¹. Si l'activité du Southern District n'entraîne pas d'engouement collectif et public, dans le milieu des procureurs et des avocats cependant, ces velléités renouvelées sont rapidement et positivement perçues au sein de l'espace judiciaire. Travailler sous la houlette de Robert Morgenthau et dans ce bureau fédéral est vite considéré comme un passage particulièrement prestigieux pour faire ses premières années – et continue de l'être dans ce domaine de nos jours.

Mais les efforts notables sous Morgenthau pour faire de la délinquance en col blanc un domaine d'intervention privilégié des poursuites du Southern District de New York restent à l'époque assez isolés et ne témoignent pas d'un mouvement général dans cette direction. Le début des années 1970 marque l'institutionnalisation de cette cible au sein du Southern District et constitue, parallèlement, un moment d'effervescence collective autour de la délinquance en col blanc²². Le nouveau procureur fédéral qui succède à Morgenthau à la tête du Southern District, Whitney North Seymour Jr, donne au cours de l'été 1972 un discours au Rotary Club de New York : « J'ai dit aux hommes d'affaires que la coopération la plus faible pour combattre le crime que recevait le bureau des procureurs fédéraux provenait du monde des affaires. Je les ai prévenus que s'ils ne venaient pas eux-mêmes avec des preuves de comportements criminels quand ils survenaient, le bureau des procureurs les regarderait alors comme coupables à parts égales, sauf si leur innocence était clairement établie »²³. Dans le manuel qu'il publie peu de temps après cette intervention, intitulé *Fighting White Collar Crime, A Handbook on How to Combat Crime in the Business World*²⁴, il entend « alerter le monde des affaires et le public des formes diverses que revêt la délinquance en col blanc ». Écrit en direction du monde des affaires, il invite les membres des grandes entreprises à dénoncer eux-mêmes les illégalismes dont ils pourraient être témoins. Le narrateur s'y adresse directement à un homme d'affaires en formulant des conseils explicites, convaincu que « les hommes d'affaires peuvent faire beaucoup pour réduire la criminalité en col blanc ».

Encadré 1 - Combattre la délinquance en col blanc

« Apprenez à connaître les autorités de poursuites : les responsables chargés de l'application de la loi sont des êtres humains comme les autres. On peut leur parler en termes d'équité et de bon sens, et ils respectent le professionnalisme et la décence des

21. « Stock Fraud Indictments Gain By 100 Per Cent Here in a Year », *New York Times*, 1er septembre 1962.

22. Jack KATZ, « The social movement against white-collar crime », in BITTNER E. et MESSINGER S. L. (dir.), *Criminology Review Yearbook*, vol. II., Beverly Hills-Londres, Sage, 1980, p. 161-182.

23. Whitney North SEYMOUR Jr., *United States Attorney, op. cit.*, p. 138-139, nous traduisons.

24. Whitney North SEYMOUR Jr., « Fighting White Collar Crime: A Handbook on How to Combat Crime in the Business World », Office of United States Attorney for the Southern District of New York, 1972.

autres. Les procureurs devraient être consultés fréquemment et les voies de communication doivent rester ouvertes à tout moment »²⁵.

« Exprimez-vous contre ceux qui commettent des crimes en col blanc. Trop souvent, les criminels en col blanc sont traités avec sympathie, comme s'ils étaient eux-mêmes les victimes. Parfois, les chefs d'entreprise qui ont commis des crimes ont été traités comme des héros dans l'ensemble du Country Club. Ceux qui sont préoccupés par l'intégrité dans les affaires devraient exprimer publiquement leur désapprobation si leurs collègues enfreignent la loi, et soutenir des poursuites rapides et des sanctions efficaces. Le traitement privilégié par les tribunaux doit être critiqué ouvertement chaque fois qu'il se produit »²⁶.

Le renforcement des poursuites au Southern District contribue en retour à structurer l'activité pénale de défense des membres des classes dirigeantes, qu'elles soient économiques ou politiques. Il génère, en outre, une redistribution des hiérarchies judiciaires : alors que le pénal occupait le plus souvent un rôle de second rang dans la spécialisation des procureurs et des avocats au profit du droit civil, un changement s'opère progressivement²⁷. Tandis que la trajectoire des procureurs issus de ce district les destine plutôt, après un passage de quelques années au Southern District, à entrer dans de grands cabinets d'avocats, au cours des années 1970, plusieurs jeunes procureurs se réunissent pour créer leur propre cabinet, spécialisé dans la délinquance en col blanc – et donc dans le droit pénal.

« Pendant mes études de droit, j'ai été stagiaire au bureau du procureur fédéral, et l'une de mes tâches a été d'être assistant d'un procureur adjoint qui travaillait sur une affaire. Donc dès le premier jour, j'étais déjà au tribunal pour l'assister au cours du procès. J'avais vingt-trois ans et c'était vraiment excitant. Après cette expérience estivale, j'ai essayé de trouver le meilleur moyen d'y retourner. [...] L'un des moyens éprouvés était d'être assistant d'un juge fédéral, et c'est ce que j'ai fait. Pendant deux ans j'ai été assistant dans le Southern District de New York, puis je suis devenu procureur adjoint à l'âge de vingt-six ans sous Morgenthau, et j'y suis resté trois ans et demi. Je suis ensuite allé dans le privé pendant quelques années dans un cabinet de taille moyenne où je faisais du pénal et du civil [...]. Et j'ai eu l'opportunité, au milieu des années 1970, de retourner au Southern District comme chef de la division pénale, et j'y suis resté pendant deux ans. Et puis, après cela, j'ai rejoint ce cabinet dans lequel je suis maintenant, qui ne comptait que cinq personnes à l'époque, maintenant on en compte une quarantaine. »

(Entretien avec un avocat pénaliste spécialisé dans la défense des personnes physiques – et non des entreprises, ancien procureur du Southern District, juin 2018, nous traduisons)

25. *Ibid.*, p. 62, nous traduisons ici, comme pour l'ensemble des entretiens et documents en anglais mobilisés.

26. *Ibid.*, p. 63, nous traduisons.

27. Voir Kenneth MANN, *Defending White-Collar Crime: A Portrait of Attorneys at Work*, Yale, Yale University Press, 1985.

De tels cabinets sont alors focalisés sur la défense d'individus et non sur celle de grandes entreprises, qui restent relativement peu poursuivies pénalement à cette époque. De taille réduite, ils profitent du refus encore tangible des grands cabinets d'avocats de représenter des clients au pénal, la stigmatisation étant alors forte envers la possibilité même d'envisager de représenter à la barre de potentiels criminels.

Cette nouvelle focale explicite envers la délinquance en col blanc n'est pas limitée au Southern District. Les autres districts new-yorkais, notamment à l'est de la ville, focalisés davantage sur le crime organisé jusqu'alors, commencent à poursuivre des politiciens, des chefs d'entreprises et parfois des compagnies. Il y a un effet d'entraînement dans les districts new-yorkais et au-delà, dans l'atmosphère post-Watergate des années 1970²⁸. Ce renforcement se retrouve dans d'autres espaces hors-pénal, dans l'arène administrative et tout particulièrement au sein de la *Securities and Exchanges Commission* (SEC). Stanley Sporkin, fils d'un juge fédéral et initialement expert-comptable, devient avocat et fait sa carrière quasiment entièrement dans des instances publiques. Il entre au début des années 1960 à la SEC à la faveur d'une enquête spéciale sur le développement des marchés financiers. En 1974, il prend la tête de la « direction des poursuites » de la SEC et entreprend des poursuites relativement frontales et agressives contre de grandes entreprises, et en particulier contre de grandes institutions financières²⁹. Une ancienne directrice de la SEC résume cette stratégie dans le titre de l'ouvrage qu'elle publie en 1981, à la fin de son mandat : *Regulation by Prosecution*³⁰.

Dans l'émergence publique de la délinquance en col blanc et de la délinquance d'affaires, avocats et procureurs jouent ainsi un rôle central. Les procureurs fédéraux voient leur pouvoir se renforcer, et ils contribuent à faire des poursuites pénales un levier essentiel de la dénonciation de ces formes particulières de délinquance. Au cours des années 1970, les procureurs new-yorkais — comme certains régulateurs — deviennent progressivement des figures publiques : leurs portraits se succèdent dans les grands quotidiens nationaux³¹ et leurs interventions publiques sont suivies de près³². Ce changement d'ethos des procureurs et leur

28. Scandale politique ayant entraîné la démission du Président Richard Nixon, le Watergate a débuté par la révélation d'un espionnage politique du siège du parti démocrate par le pouvoir en place, et s'est étendu bien au-delà pour atteindre la question du financement illégal de campagnes politiques et de la corruption par des grandes entreprises américaines d'agents publics étrangers. Au-delà des réformes qui l'ont suivi, comme souvent après un scandale d'envergure, le Watergate a surtout permis aux bureaux de procureurs fédéraux d'affirmer leur indépendance vis-à-vis de leur tutelle politique (voir Jack KATZ, « The social movement... », *op. cit.*).

29. C'est d'ailleurs dans ce contexte de poursuites frontales que la sociologue Susan Shapiro fût invitée à faire un travail sur la SEC (*Wayward Capitalists: Target of the Securities and Exchange Commission*, Yale, Yale University Press, 1984), dans le cadre du projet sur la délinquance en col blanc initié par Stanton Wheeler (sur ce projet, voir David T. JOHNSON, Richard A. LEO, « The Yale White-Collar Crime Project: A Review and Critique », *Law & Social Inquiry*, 18, 1993, p. 63-99).

30. Roberta S. KARMEL, *Regulation by Prosecution: The Securities and Exchange Commission vs. Corporate America*, New York, Simon and Schuster, 1981.

31. Craig R. WHITNEY, « Seymour Gets 900 Indictments in 10 Months as U.S. Attorney and Strives to Cut Court Jam as Pledged », *New York Times*, 9 novembre 1970 ; Louis M. KOHLMEIR, « The Bribe Busters », *New York Times*, 26 septembre 1976.

32. Ce mouvement contre la délinquance en col blanc se retrouve également dans l'espace académique, et tout particulièrement au sein de la criminologie états-unienne. Ainsi Gilbert Geis, criminologue réputé et inscrit dans les pas de Edwin Sutherland, se demande : « comment produire une atmosphère politique et sociale dans laquelle la question de la délinquance en col blanc serait considérée comme ayant une importance majeure [...] ? » Sa réponse est sans appel : en devenant « des entrepreneurs de morale », c'est-à-dire « des personnes dédiées à

engagement témoigne de – et en même temps contribue à³³ – la formation d’une attention collective autour de la délinquance en col blanc, des moyens disponibles pour en débattre mais aussi pour y répondre en matière judiciaire³⁴.

La circulation des procureurs et la formation d’un espace de la négociation

La financiarisation du capitalisme a généré, on le sait, un développement important d’activités juridiques, dédiées à encadrer, soutenir, développer, contractualiser les échanges financiers³⁵. Le rôle que peut jouer le droit dans ce processus de financiarisation ne relève pas du simple soutien : la finance existe en bonne partie *par le droit*³⁶. Le droit de l’État de New York, avec le droit britannique, constitue d’ailleurs une source essentielle au fonctionnement du capitalisme financier. Or, ce développement commun entre droit et finance³⁷ est loin d’être anodin dans l’émergence de solutions transactionnelles pour les entreprises, qui apparaissent après une nouvelle séquence historique de poursuites pénales contre les illégalismes financiers particulièrement vive.

Au cours des années 1980, on assiste à une spécialisation accrue des procureurs et avocats dans les affaires financières, souvent vues comme un terrain de jeu particulièrement sophistiqué sur le plan juridique. La technicité supposée de la finance, qui constitue aussi l’une des raisons de sa légitimité, se reflète en quelque sorte sur les professionnels du droit amenés à investir ces affaires. Parmi les affaires les plus marquantes de cette période, celle de Michael Milken joue un rôle pivot. Financier aujourd’hui bien connu qui a contribué à l’émergence d’un nouveau type d’instruments financiers, les « *Junks Bonds* », obligations à haut risque et au rendement potentiellement démultiplié, il est poursuivi à la fin des années 1980 pour délit d’initié, avec pas moins de 98 chefs d’accusation, par le procureur fédéral du Southern District, Rudolph Giuliani. Les poursuites croissantes qui s’observent contre des figures économiques et financières marquantes ne restent pas sans réponse, et on assiste à des formes de mobilisation

s’embarquer dans une croisade passionnée ». Voir Gilbert GEIS, « A research and action agenda with respect to white-collar crime », in Gilbert GEIS, *On White-Collar Crime*, Lexington, Lexington Books, 1982, p. 145-170, citation p. 146, nous traduisons.

33. Dans un mouvement analogue à celui rencontré en France au cours des années 1990 : voir Violaine ROUSSEL, *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*, Paris, La Découverte, 2002 ; Violaine ROUSSEL, « Les changements d’ethos des magistrats », in Jacques COMMAILLE, Martine KALUSZYNSKI (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 25-46. Ou bien encore aux transformations de la conception et des actions contre la mafia dans l’Italie des années 1980 : Deborah PUCCIO-DEN, « Juger la mafia. Catégorisation juridique et économies morales en Italie (1980-2010) », *Diogenes*, 239-240, 2012, p. 16-36.

34. On peut voir là une forme de « *cause lawyering* » pour ces procureurs fédéraux (voir notamment l’ouvrage initial de Austin SARAT, Stuart SCHEINGOLD (dir.), *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998), l’engagement de certains d’entre eux comme celui de juges prenant la forme d’une politisation de leurs pratiques, non au sens partisan, mais bien au sens de la participation en tant qu’avocats à la formation de causes.

35. Yves DEZALAY, « The *Big Bang* and the Law : The Internationalization and Restructuration of the Legal Field », *Theory, Culture & Society*, 7, 1990, p. 279-293 ; Yves DEZALAY, « Des notables aux conglomérats d’expertise : Esquisse d’une sociologie du “big bang” juridico-financier », *Revue d’économie financière*, 25, 1993, p. 23-38.

36. Katharina PISTOR, *The Code of Capital, op. cit.* ; Pascale CORNUT ST-PIERRE, *La fabrique juridique des swaps : quand le droit organise la financiarisation du monde*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019.

37. Thomas ANGELETTI, Benjamin LEMOINE, « The Laws of Finance: For a Sociology of Finance and Law Entanglement », *European Journal of Sociology*, 62(2), 2021, p. 183-212.

de la classe économique pour défendre les accusés et pour s'opposer à un risque pénal de plus en plus présent. Ainsi, quatre-vingt-dix collaborateurs de Michael Milken, chefs d'entreprises et directeurs de conseils d'administration, publient un article d'une page entière dans de nombreux quotidiens américains, dont le *Wall Street Journal* et le *New York Times*, deux jours après sa mise en examen, intitulé « We believe in you »³⁸. Ces véritables mobilisations conservatrices témoignent de la perception, parmi les responsables économiques, d'un risque pénal croissant³⁹. Milken plaide finalement coupable, tout comme son entreprise basée à New York, Drexel Burnham Lambert, pour six chefs d'accusation et paye une amende de 650 millions de dollars, avant de faire faillite au début des années 1990. La chute de Drexel, l'une des plus grandes banques d'investissement aux États-Unis qui a compté jusqu'à 10 000 salariés, est rapidement interprétée comme une conséquence de sa condamnation pénale, entraînant perte d'emplois et disparitions d'entreprises.

Ces poursuites pénales plus actives en direction de figures et d'entreprises importantes du monde économique et financier génèrent également des vocations chez les avocats, qui suivent ces affaires et cette nouvelle dynamique pénale. C'est ce dont témoigne cet ancien procureur fédéral adjoint, diplômé de Harvard en 1988, et qui passera de nombreuses années au Southern District :

« Mon rêve et objectif à long terme était d'obtenir un poste de procureur fédéral à New York [...]. Lorsque j'étais à la faculté de droit, certaines des toutes premières grandes affaires de délit d'initié ont été lancées ici, dans le Southern District, impliquant — c'est probablement de l'histoire ancienne pour vous — Michael Milken et Ivan Boesky. Je lisais ces affaires dans les journaux, et tout le monde à la faculté de droit en parlait parce qu'elles marquaient un tournant décisif pour les procureurs fédéraux, qui poursuivaient essentiellement des personnes au cœur de Wall Street, je veux dire des personnes très connues dans le monde financier. [...] Et il m'est venu à l'esprit, lorsque j'étais à l'école de droit : quoi de plus amusant que de mettre des riches blancs en prison pour avoir enfreint la loi ? J'ai grandi dans les montagnes de Caroline du Nord, les marchés financiers et l'industrie financière, les choses de ce genre m'étaient étrangères, ça ne pouvait pas être plus éloigné de mon expérience. Mais l'idée d'utiliser la loi pour punir les privilégiés de leur cupidité m'a semblé être une bonne chose à faire pour une part de ma carrière. J'ai donc fini par entrer au bureau du procureur fédéral, et j'ai tout de suite su que je voulais m'impliquer dans des affaires de fraude financière. »

(Entretien avec un avocat, ancien procureur au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons)

38. On peut noter au passage que Michael Milken a été gracié à titre symbolique par l'administration Trump en début d'année 2020.

39. Des mouvements qui ne sont pas sans rappeler les résistances à l'impôt qui marquent l'Amérique reaganienne des années 1980 : voir Romain HURET, *American Tax Resisters*, Harvard, Harvard University Press, 2014, en particulier p. 241-273. Sur les mobilisations conservatrices, voir Eric AGRİKOLIANSKY, Annie Colovald, « Mobilisations conservatrices : comment les dominants contestent ? », *Politix*, 106, 2014, p. 9-29.

Au sein du Southern District, les procureurs adjoints proviennent des *law schools* les plus reconnues⁴⁰ mais ne sont pas nommés à ce poste dès la sortie de leurs études. Ils et elles prennent un premier poste pendant quelques années, dans un cabinet d'avocats, en tant qu'assistant judiciaire auprès d'un juge, ou encore dans un bureau de procureurs non pas au niveau fédéral mais régional, et ce n'est qu'après cette première expérience qu'ils et elles y sont recrutés⁴¹. Le passage du privé au public et inversement est ainsi valorisé dès le début de carrière des procureurs. S'il est bien moins attractif en termes de rémunération que celui d'avocat au même stade de la carrière, le poste de procureur adjoint à New York permet d'expérimenter régulièrement la pratique du procès, rarement accessible dans le privé pour de jeunes avocats et extrêmement valorisée au sein de l'espace judiciaire. Rares cependant sont ceux et celles qui poursuivent toute leur carrière au sein du secteur public : la grande majorité des procureurs fédéraux adjoints quittent leur poste après quelques années, pour fonder leur propre cabinet ou rejoindre de grandes *law firms*⁴². C'est tout particulièrement le cas des anciens procureurs du Southern District qui sont nombreux à intégrer de grands cabinets d'avocats⁴³.

Il en va ainsi de Robert Fiske Jr., ancien procureur fédéral du Southern District, qui retourne chez le grand cabinet new-yorkais Davis Polk⁴⁴ au début des années 1980 et monte avec deux anciens procureurs du Southern District l'un des premiers départements dédiés à la délinquance en col blanc. Une telle focale pénale sur la délinquance en col blanc est introduite dans les grands cabinets au moment où ceux-ci, dont la taille a cru de manière exponentielle aux États-Unis, cherchent précisément à diversifier leurs activités⁴⁵. Alors qu'au début des années 1960 seulement 38 cabinets avaient plus de quinze avocats, dont la moitié à New York, en 1987 on dénombrait 105 cabinets engageant plus de 200 avocats⁴⁶. De manière paradoxale et de par la circulation accrue entre le bureau des procureurs et les cabinets d'avocats, l'action pénale plus

40. Une étude portant sur les 152 procureurs de la division pénale du Southern District en 2001 montre qu'ils sont majoritairement des hommes (66%) provenant des *law schools* des plus grandes universités américaines : Columbia (30 sur 152), Harvard (28 sur 152), New York University (21 sur 152) représentent à elles seules plus de la moitié des procureurs (voir David ZARING, « Against Being Against the Revolving Door », *University of Illinois Law Review*, 2013 (2), 2013, p. 507-550).

41. Sur le rôle des proximités sociales et culturelles dans les processus de recrutement des entreprises de services aux États-Unis et notamment des *law firms*, voir Lauren RIVERA, « Hiring as Cultural Matching : The Case of Elite Professional Service Firms », *American Sociological Review*, 77 (6), 2012, p. 999-1022.

42. Une étude sur un échantillon des procureurs adjoints à l'échelle nationale montre ainsi que le temps moyen en poste pour ceux ayant quitté leur position entre 1989 et 1992 était de 6 ans (voir Todd LACHNER, « Strategic Behavior and Prosecutorial Agenda Setting in United States Attorney' Offices : The Role of U.S. Attorneys and their Assistants », *The Justice System Journal*, 23(2), 2002, p. 271-294).

43. Ainsi, parmi les 152 procureurs du Southern District en poste dans la division pénale en 2001, 96 d'entre eux (soit 63%) ont basculé dans le privé, majoritairement dans des *law firms* en tant que « partners ». Seuls 17 de ces 152 procureurs ont quitté New York, majoritairement pour Washington (voir David ZARING, « Against Being Against the Revolving Door », *op. cit.*).

44. Davis Polk est la 24^e plus importante *law firm* au monde en termes de chiffres d'affaires sur l'année 2021 (voir « The 2022 Global 200 Ranked by Revenue », *American Lawyer*, 20 septembre 2022, consulté le 16 octobre 2023, <https://www.law.com/international-edition/2022/09/20/the-2022-global-200-ranked-by-revenue/>).

45. Yves DEZALAY, « The Big Bang and the Law », *op. cit.*

46. Robert W. GORDON, « The American Legal Profession, 1870-2000 », in M. Grossberg, C. TOMLINS (dir.), *The Cambridge History of Law in America, Volume 3: The Twentieth Century and After (1920-)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 73-126. Plus largement, sur les transformations des grandes *law firms*, voir Marc GALANTER, Thomas PALAY, *Tournament of Lawyers: The Transformation of Big Law Firm*, Chicago, University of Chicago Press, 1991 ; Marc GALANTER, William D. HENDERSON, « The Elastic Tournament: A Second Transformation of the Big Law Firm », *Stanford Law Review*, 60, 2008, p. 1867-1906.

active des procureurs envers la délinquance en col blanc contribue à un fort renforcement des ressources et moyens des cabinets d'avocats en vue de défendre leurs clients. Le pénal n'est désormais plus une spécialisation réservée aux petits cabinets ni une pratique stigmatisée au sein des *law firms* : elle intègre progressivement l'éventail de leurs pratiques communes et favorise la formation d'un véritable *espace de la négociation*.

Le procureur en tant que « problem solver »

Dans la continuation de ces poursuites pénales renouvelées, on voit apparaître au sein de l'espace judiciaire new-yorkais du début des années 1990 une nouvelle conception du rôle des procureurs. Plusieurs développements concomitants esquissent cette approche renouvelée, qui relève à la fois d'une réflexion para-académique et de l'apparition de nouveaux dispositifs de résolution des conflits et qui réoriente la focale sur les entreprises et leur responsabilité pénale.

Ce renouvellement provient tout d'abord de travaux académiques ou semi-académiques sur le rôle du procureur. Il en est ainsi par exemple du travail de Ronald Goldstock qui occupe alors une position à mi-distance du monde universitaire et de l'espace new-yorkais de la criminalité organisée. Procureur adjoint de l'État de New York à la fin des années 1960, directeur d'un institut sur la criminalité organisée à l'université de Cornell, Ronald Goldstock est nommé au début des années 1980 à la tête d'une « *task force* » dédiée au crime organisé à New York⁴⁷. Au début des années 1990, il publie « *The Prosecutor as a Problem Solver*⁴⁸ », article amené à avoir un succès important. Dans cet écrit et dans d'autres de la même époque, il propose de repenser le rôle du procureur qui doit, selon lui, changer de focale et adopter une approche macro de la criminalité. Plutôt que de punir uniquement, il lui faut embrasser une vue plus large de la gestion de la délinquance et utiliser d'autres types de solutions que les seules poursuites pénales. Parmi celles-ci, le monitoring interne des entreprises est ainsi avancé : « Les entreprises privées et les industries peuvent dans certains cas être disposées à imposer un contrôle interne, ou elles peuvent même être tenues de se soumettre à un examen extérieur. Les banques, par exemple, ont embauché des entreprises privées pour établir et surveiller des mécanismes internes conçus pour réduire la probabilité que les transactions en espèces ne soient pas déclarées en violation de la loi sur le secret bancaire »⁴⁹. L'éventail des solutions alternatives proposées vise des activités criminelles larges, bien au-delà de la seule délinquance d'affaires, mais c'est particulièrement dans le traitement de celle-ci que le monitoring rencontre un écho favorable.

C'est dans une telle atmosphère favorable à la redéfinition du rôle des procureurs qu'apparaissent, toujours au sein du Southern District, de nouveaux dispositifs de prise en charge de la délinquance d'entreprise : les transactions pénales. Par transaction pénale il faut entendre la signature entre une entreprise poursuivie au pénal et les procureurs d'un accord visant soit à abandonner les poursuites, soit à s'engager à ne plus commettre d'infraction

47. Et dont sortira notamment un rapport important sur le crime organisé dans le secteur de la construction : Ronald GOLDSTOCK (dir.), *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry: The Final Report of the New York State Organized Task Force*, New York, New York University Press, 1991.

48. Ronald GOLDSTOCK, « The Prosecutor as a Problem Solver: Leading and Coordinating Anticrime Efforts », *Criminal Justice*, 48-49, 1992, p. 3-9.

49. *Ibid.*

pendant une durée généralement de deux ans, au bout de laquelle les poursuites sont considérées comme nulles. Ces transactions impliquent systématiquement le paiement d'une amende, et parfois des mesures visant à s'assurer que les faits incriminés ne puissent se reproduire, à travers des réformes managériales et organisationnelles, telle la nomination d'un moniteur s'assurant de la mise en place de ces réformes.

La spécificité américaine de ces transactions, comparativement aux cas français et britanniques où elles ont été introduites par une loi, est qu'elles ne résultent d'aucune action publique explicite, ne provenant ni d'un vote parlementaire ni de la velléité d'une agence de régulation. L'émergence de ces transactions ne provient pas non plus d'une réflexion de longue date menée au sein du département de la justice : elles s'inscrivent certes dans un moment historique où l'on s'interroge sur les « bonnes cibles » en termes de responsabilité, mais sans qu'il soit possible d'identifier un travail réflexif particulièrement intense au sein du département de la justice ou des bureaux de procureurs. Pour retracer leurs conditions d'émergence, il faut plutôt se pencher sur les échanges entre procureurs et avocats défendant les grandes entreprises, dont on a vu qu'ils circulaient régulièrement entre ces différents espaces. Une fois de plus, il faut se tourner vers le Southern District pour trouver une première tentative, un « accord de non-poursuite » – qui implique l'arrêt de l'action publique au moment de la signature – avec la banque d'investissement Salomon Brothers.

La première transaction pénale « différée » – qui suspend l'accord et l'arrêt des poursuites à une période probatoire durant laquelle aucune autre infraction ne doit être observée – est signée elle quelques années plus tard au Southern District par Mary Jo White, en 1994, encore avec une entreprise financière : Prudential Securities. Mary Jo White, diplômée de la *law school* de Columbia et qui évolue aujourd'hui dans le grand cabinet d'avocats Debevoise & Plimpton, commence sa carrière en tant qu'assistante d'un juge du Southern District, au milieu des années 1970. Elle est nommée procureure adjointe dans ce bureau renommé, poste qu'elle occupe trois ans et demi. Durant cette période, elle s'occupe d'affaires impliquant des politiciens, de trafics de drogue, mais pas encore de grandes entreprises qui n'étaient pas l'objet de poursuites majeures à cette époque. Ensuite, elle intègre une première fois le cabinet Debevoise & Plimpton pour huit ans⁵⁰. En 1993, elle est nommée procureure fédérale à la tête du Southern District, où elle restera près d'une dizaine d'années. Après un second passage chez Debevoise, elle est nommée par Barack Obama à la tête de l'autorité américaine des marchés financiers, la Securities and Exchanges Commission (SEC), où elle reste de 2013 à 2016, avant d'être de nouveau réengagée chez Debevoise & Plimpton. Dans ce cabinet, elle gère aujourd'hui principalement des enquêtes internes au sein de grandes entreprises. Cette trajectoire, si elle peut paraître singulière, est en fait assez caractéristique des allers-retours que connaissent les procureurs passés par le Southern District, et c'est sous sa direction que le premier accord de poursuites différées est signé.

« Le premier accord de poursuites différées impliquant une entreprise, je crois que je l'ai fait en 1994, c'était Prudential Securities. Et cela a été critiqué des deux côtés pour

50. Debevoise & Plimpton fait partie des plus grandes *law firms* au monde, ayant généré le 43e plus important chiffre d'affaires en 2021 (voir « The 2022 Global 200 Ranked by Revenue », *op.cit.*).

être trop mou et trop dur, ce qui est le cas quoi que vous fassiez dans le giron gouvernemental en matière pénale, même à l'époque, avant que cela ne devienne si politisé. Mais j'ai fini par le faire : c'était une grosse fraude d'offre d'obligations, si je me souviens bien. La SEC avait conclu un accord avec eux pour 300 millions ou quelque chose comme ça, et ils traînaient vraiment des pieds pour tenir leurs engagements. Nous avons donc enquêté et nous étions sur le point de les inculper. Nous avons été persuadés de ne pas les poursuivre par leurs avocats et par notre examen de la situation. »

(Entretien avec une avocate, ancienne rapporteure au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons)

L'idée et la proposition n'émergent cependant pas des procureurs du Southern District : elles proviennent des avocats de la défense de l'entreprise – là encore d'anciens procureurs du même district – qui évoquent cette solution alternative. La possibilité de poursuivre de manière différée existait déjà aux États-Unis, mais uniquement pour les individus. Ce dispositif avait émergé au début du XX^e siècle dans le cadre de la pénalisation des mineurs, et particulièrement des mineurs dont il s'agissait de la première infraction⁵¹, et faisait partie des dispositifs à disposition des procureurs dans la gestion de leurs dossiers. Le déplacement opéré ici est donc d'importance : le recours à ce dispositif est détourné à destination des grandes entreprises, très couramment récidivistes⁵².

« Je pense que nous leur avons fait verser 300 millions supplémentaires dans un fonds pour nous assurer qu'ils remboursaient pleinement les investisseurs, mais nous avons également installé un moniteur de conformité et je pense que nous leur avons demandé de mettre Kenneth Conboy, qui était le moniteur – il avait le titre exact – au sein de leur conseil d'administration, en fait, en tant que directeur extérieur. Je suis un peu horrifiée à cette pensée aujourd'hui, parce que c'est une ingérence dans la gouvernance d'entreprise par le gouvernement que l'on pourrait interroger. Mais l'idée était que nous voulions vraiment essayer de réformer la culture de cette entreprise. »

(Entretien avec une avocate, ancienne procureure au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons)

L'accord indique ainsi : « Après une enquête approfondie, il a été décidé que l'intérêt des États-Unis et votre propre intérêt seront mieux servis en différant les poursuites dans ce district. Les poursuites seront différées pendant une période de trois ans à compter de la signature de cet accord – sous réserve du respect de ses conditions ». La transaction différée, dont l'utilisation restera limitée à ce seul cas au cours de la décennie 1990 pour le Southern District de New York, va cependant connaître un succès croissant quelques années plus tard. Les procureurs du Southern District s'orientent vers un dispositif moins coûteux au cours des années

51. Sur l'origine de ces dispositifs, voir Stephen J. RACKMILL, « Printzlien's Legacy, the 'Brooklyn Plan,' a.k.a. Deferred Prosecution », *Federal Probation*, 60, 1996, p. 8-15 ; Brandon L. GARRETT, *Too Big to Jail : How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge, Belknap Press, 2014.

52. C'est l'un des arguments du travail seminal de Edwin SUTHERLAND, *White Collar Crime : The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press, 1983 (1949).

1990-2000 : l'accord de non-poursuites. La différence entre les deux ne se situe pas seulement dans la menace de poursuites qui pèse en cas de DPA, elle implique également une différence dans le rapport au tribunal et aux juges : le NPA ne requiert pas de passage devant un juge pour être homologué, et laisse donc une marge de manœuvre de négociation plus grande aux procureurs.

Changer la culture des entreprises

Parmi les moments de crise qui ont contribué à faire bifurquer l'usage de la transaction pénale, le scandale Enron et surtout le cas du grand cabinet de conseil Arthur Andersen impliqué dans ce scandale en est un de première importance. Le cabinet est poursuivi pénalement en tant que personne morale, et son procès est souvent évoqué comme un *turning point* : sa condamnation pénale est invoquée comme la justification première de l'usage croissant des transactions pénales. La disparition de l'entreprise et la perte des nombreux emplois d'Arthur Andersen sont directement associées, dans cette perspective, à la tenue d'un procès et à sa condamnation pénale, dont aucune grande entreprise ne pourrait se relever⁵³. Ce n'est pas la seule affaire dans laquelle les conséquences de la condamnation pénale en termes de pertes d'emplois sont discutées – un thème courant chez les juges économiques – puisqu'il rappelle le cas Drexel Burnham Lambert à la fin des années 1980. Dans l'esprit des procureurs et de nombre d'acteurs du département de la justice, le procès Arthur Andersen joue comme un déclencheur pour trouver des alternatives au procès pénal contre les entreprises. Le recours aux transactions pénales se multiplie depuis, tout particulièrement avec des institutions financières : dans le seul Southern District new-yorkais, vingt-trois accords ont ainsi été signés au cours des années 2000.

Cette nouvelle dynamique transactionnelle est renforcée par la publication à partir de la fin des années 1990 de directives explicites en matière de « *corporate crime* », qui ne proviennent pas, là encore, d'un geste parlementaire, mais du département de la justice. Ces « mémos », qui prennent les noms successifs des adjoints du ministre de la Justice, donnent des orientations aux procureurs en matière de cible pénale, de conditions d'utilisations des transactions, comme de calcul du montant des amendes – et sont dès lors tout aussi auscultés par les avocats. En 1999, le premier « *Holder Memo* », du nom de Eric Holder⁵⁴, intitulé « *Federal prosecution of corporations* », indique ainsi que « poursuivre des entreprises pour des fautes permet au gouvernement d'intervenir et d'être une force pour le *changement positif de la culture*

53. Quoique la causalité directe supposée entre ces deux phénomènes mérite d'être interrogée, Markoff montre ainsi que la condamnation pénale d'entreprises n'a pas pour conséquence automatique leur disparition. Gabriel MARKOFF, « Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 15(3), 2013, p. 797-842.

54. Eric Holder, nommé ministre de la Justice par Barack Obama, fera en 2013 les déclarations suivantes devant le comité judiciaire du Sénat : « Je crains que la taille de certaines de ces institutions soit telle qu'il devienne difficile de les poursuivre. Lorsqu'on nous laisse penser que si nous engageons des poursuites, si nous lançons des poursuites pénales, cela aura un impact négatif sur l'économie nationale, voire sur l'économie mondiale, c'est parce que certaines de ces institutions sont devenues trop importantes. [...] Cela a un effet inhibiteur sur notre capacité à apporter des solutions qui seraient, à mon avis, plus appropriées. » (nous traduisons). Ces propos lui vaudront de vives critiques à la suite des difficultés post-crise des *subprimes* pour poursuivre de grandes institutions financières.

d'entreprise, d'altérer les comportements d'entreprise, et de prévenir, découvrir et punir la délinquance en col blanc »⁵⁵. Quoiqu'il provienne du département de la justice, ce document fut élaboré en partie au sein du Southern District, riche de l'expérience accumulée en termes de poursuites d'entreprises, et donc particulièrement à même d'ériger des manières de faire.

Dans la poursuite des réflexions des années 1990, le leitmotiv « changer la culture des entreprises » s'installe progressivement, avec la volonté de les transformer de l'intérieur, via les réformes qui accompagnent les transactions⁵⁶. Le rôle du procureur dans ce cadre est très différent de celui qui prévalait : il se trouve très largement en retrait et délègue souvent l'enquête et le suivi de l'application des mesures à des professionnels dédiés. Parfois, il est lui-même moniteur des réformes, comme me l'explique une ancienne procureure au sujet d'une affaire au début des années 2000 : « *l'idée était que nous voulions vraiment essayer de réformer la culture de cette entreprise. Le PDG de l'époque m'a demandé de siéger à leur conseil d'administration, malgré le fait que j'avais été très agressive vis-à-vis de leur entreprise. Je ne dis pas qu'il aimait la transaction et toutes ses exigences, mais il pensait vraiment que cela l'a aidé à faire des choses vraiment positives en termes de transformation culturelle* » (Entretien avec une avocate, ancienne procureure au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons). On retrouve, quelques années plus tard, une même orientation dans un article cosigné par un procureur fédéral, qui indique que « les accords de poursuites différées permettent aux procureurs et aux entreprises de travailler ensemble de manière créative et flexible pour corriger les problèmes passés et mettre l'entreprise sur la voie d'une bonne citoyenneté d'entreprise »⁵⁷. L'introduction de ce dispositif transactionnel et le cadre idéologique qui l'accompagne s'inscrivent dans une entreprise de moralisation du capitalisme, sûrement aussi vieille que le capitalisme lui-même⁵⁸, qui contribue à mettre sur les pratiques des grandes entreprises un voile de bienveillance et défend activement l'idée qu'il serait possible, en les accompagnant, d'en éradiquer les transgressions.

La recomposition public-privé de l'espace judiciaire sous l'effet des transactions pénales

Ce recours croissant aux transactions pénales a plusieurs conséquences sur l'espace judiciaire, dont on peut retenir à ce jour trois principales dynamiques. Premièrement, la focale renouvelée sur les responsabilités pénales des entreprises a généré un attrait pour le droit pénal dans les grands cabinets d'avocats. Nombre d'entre eux ont ouvert des départements dédiés au

55. Department of Justice, 1999, « Memorandum. Federal prosecution of corporations », nous traduisons et nous soulignons.

56. Cette orientation transactionnelle n'est pas limitée au pénal : la Securities and Exchanges Commission, autorité états-unienne des marchés financiers, règle ainsi 98% de ses affaires par voie transactionnelle. Voir Ross MACDONALD, « Setting Examples, Not Settling: Towards a New SEC Enforcement Paradigm », *Texas Law Review*, 91(2), 2012, p. 419-447.

57. Christopher J. CHRISTIE, Robert M. HANNA, « A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co. », *American Criminal Law Review*, 43(3), 2006, p. 1043, nous traduisons.

58. Voir le travail de Gabriel Abend sur le développement d'experts en éthique des affaires aux États-Unis à partir de la seconde moitié du XIXe siècle : *The Moral Background: An Inquiry into the History of Business Ethics*, Princeton, Princeton University Press, 2014.

« *corporate crime* ». La défense des grandes entreprises s'insère dans des affaires souvent au long cours, impliquant des enquêtes à l'échelle internationale et de nombreux intermédiaires : elle génère également des revenus incomparables à celle de personnes physiques, serait-ce même des élites économiques. Un partage s'opère ainsi entre grands cabinets et petites « boutiques », les premiers défendant davantage les entreprises, les secondes davantage les individus, souvent dans une seule et même affaire. C'est ce que résume une avocate travaillant dans une grande *law firm* : « *Le gagne-pain [bread and butter] de la défense en matière de col blanc dans les grandes boîtes, c'est la représentation d'entreprises, avec quelques individus parfois. On aime ici représenter des individus, car on peut aller au procès, et les avocats aiment aller au procès* » (Entretien avec une avocate, ancienne procureure au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons). Implicitement ici, tout est dit : les entreprises ne vont pas au procès.

Une seconde dynamique croissante est qu'en se focalisant sur la responsabilité pénale des personnes morales, ces poursuites ont contribué au développement « d'enquêtes internes » approfondies. Ces enquêtes, qui peuvent prendre la forme d'interrogatoires mais aussi du traitement informatisé de documents, sont confiées le plus souvent à d'importants cabinets d'avocats. De grands cabinets new-yorkais tels que Paul Weiss, Debevoise & Plimpton ou encore Cleary Gottlieb vantent ainsi désormais leur expertise en matière d'enquête interne. Ainsi, dans l'affaire Siemens, pour des faits de corruption internationale visant à obtenir des contrats à l'étranger, l'entreprise allemande a mobilisé le cabinet d'avocats Debevoise & Plimpton et la firme d'audit Deloitte pour un total de 1,5 million d'heures facturées, incluant la participation d'environ cent avocats et cent postes-supports chez Debevoise & Plimpton, et d'environ cent comptables chez Deloitte⁵⁹. Le statut juridique, l'encadrement et la finalité de ces enquêtes internes font l'objet d'innombrables débats, et l'accueil qui leur est réservé par les procureurs est inégal. Car le développement massif de ces enquêtes internes contribue à délayer le travail des procureurs qui s'appuient de manière croissante, dans le cadre de telles affaires, sur les ressources et le pouvoir d'investigation d'entreprises externes. Certains procureurs s'inquiètent de la perte d'expérience que représente ce déplacement pour les procureurs, tandis que d'autres considèrent que ces enquêtes ne pourraient être menées autrement. Ainsi, un ancien procureur du Southern District, passé depuis quelques années dans l'un des plus grands cabinets d'avocats mondiaux, défend le nouvel équilibre des forces favorisé par un tel écosystème :

« Le gouvernement a le pouvoir de tirer parti des ressources des entreprises et de leurs avocats. Je peux représenter une entreprise dans le cadre d'une enquête interne, et donc je suis essentiellement là pour faire non pas le travail du procureur, mais pour faire un travail comme un procureur : déterminer les faits, rassembler les preuves, déterminer qui est responsable et si oui ou non, et ce que l'on peut prouver. Et ensuite je peux remettre ça au gouvernement sur un plateau d'argent. Donc, c'est le gouvernement, avec mon aide, et le prévenu, avec l'aide d'un groupe d'avocats comme moi ; donc la parité est respectée. »

(Entretien avec un avocat, ancien procureur au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons)

59. D'après le document publié par le département de la justice : « Department's sentencing memorandum », 15 décembre 2008.

Troisièmement, les transactions pénales impliquent une « surveillance » des différentes mesures décidées, surveillance souvent réalisée par une profession en forte croissance au cours des dernières décennies : les « moniteurs ». Des sociétés dédiées au « monitoring » de grandes entreprises ayant signé une transaction se développent ainsi massivement, en recourant, encore ici, à d'anciens procureurs. Un ancien procureur adjoint du Southern District, qui y a dirigé la division pénale au cours des années 1980, se lance ainsi dans les années 2000 dans le monitoring et dirige actuellement le conseil d'administration d'une des principales entreprises new-yorkaises en la matière : « *Je cherchais vraiment des moyens de résoudre les problèmes autrement que par du contentieux. Je considérais le procès comme un moyen quelque peu destructeur de résoudre les problèmes et je voulais trouver des solutions plus constructives, et c'est ce qui m'a conduit à la compliance et au monitoring* » (Entretien avec un moniteur, ancien procureur au Southern District, New York, juin 2019, nous traduisons).

Si le recours aux transactions pénales progresse lentement au cours des années 2000, la crise financière de 2007 consacre l'usage du dispositif⁶⁰. Dans le cadre d'affaires financières n'ayant pour l'essentiel que peu de rapports avec la crise des *subprimes*, les *deffered* et *non-prosecution agreements* ont été massivement utilisés. Tandis que les conflits au niveau de la responsabilité des entreprises se voient réglés via ces solutions transactionnelles, les poursuites pénales individuelles génèrent, elles, différents procès focalisés dans l'immense majorité sur des acteurs financiers de niveau intermédiaire⁶¹.

Conclusion

Pour comprendre et expliquer l'émergence des transactions pénales pour les entreprises, ce chapitre a montré qu'il faut l'inscrire dans des dynamiques au long cours au sein du microcosme judiciaire new-yorkais. La circulation itérative des avocats entre bureaux de procureurs et grands cabinets a tout d'abord contribué à la construction, pas-à-pas, d'un véritable *espace de la négociation*, favorisant les échanges d'arguments et de pratiques appuyés sur une langue commune. Les redéfinitions progressives du rôle des procureurs ont également ouvert à la voie à d'autres dispositifs que les seules poursuites pénales *stricto sensu*, dispositifs considérés désormais comme légitimes pour agir judiciairement. Si les transactions pénales pour les entreprises « prennent » et si cette proposition qui émerge en partie par le biais d'avocats de la défense a pu être entendue, c'est qu'elle a été doublement préparée, à la fois par ces allers-retours incessants des avocats du Southern District, et par les transformations idéologiques quant au « bon » rôle des procureurs et de leur recours à une palette étendue de possibilités de poursuites pénales.

Alors que l'espace des qualifications qui s'esquisse avec l'émergence de ces transactions tend à renforcer la focale pénale sur les entreprises, un tel renforcement a quelque chose de paradoxal. Car ce recours au pénal apparaît comme son propre contournement, par l'absence

60. Brandon L. GARRETT, « The Rise of Bank Prosecutions », *The Yale Law Journal Forum*, 126, 2016, en ligne : <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-rise-of-bank-prosecutions>.

61. Thomas ANGELETTI, « The Differential Management of Financial Illegalisms: Assigning Responsibilities in the Libor Scandal », *Law & Society Review*, 53(4), 2019, p. 1233-1265.

de reconnaissance de responsabilité et de condamnation effective, mais aussi par l'absence d'une justice tenue en situation publique, tout l'enjeu étant de brandir la menace du procès et de la condamnation pour l'éviter dans le même mouvement. La littérature sur le « *legal centralism* »⁶² rappelle opportunément qu'il faut se défaire de l'idée d'un « véritable » droit d'État, droit initial qui aurait été galvaudé par des déchirements et des failles successives venues notamment d'initiatives privées. S'il ne s'agit donc pas d'en appeler à un tel « vrai » droit – un argument que l'on retrouve par ailleurs dans certaines critiques qui visent ce type de dispositif et sur lesquelles nous reviendrons dans le troisième chapitre –, le déplacement opéré avec l'introduction des transactions pénales, pris à l'aune des métiers et pratiques multiples qui se développent autour d'elles mais aussi des critiques qu'elles génèrent, ne peut pour autant être minoré, en ce qu'il implique une redéfinition fondamentale du pouvoir de justice des États quand ils s'affrontent aux grandes entreprises. Après avoir montré la genèse nord-américaine des transactions pénales et les dynamiques de l'espace judiciaire new-yorkais qui ont concouru à leur émergence, le prochain chapitre revient sur sa circulation bien au-delà de ce seul espace, et sur les raisons qui ont présidé à son adoption au Royaume-Uni et en France.

62. Brian Z. TAMANAHA, « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law & Society*, 27(2), 2000, p. 296-321.

Chapitre 2

La circulation de la transaction pénale pour les entreprises : Nouvelle géographie des illégalismes d'affaires et redéploiements de la justice¹

On observe, depuis une quinzaine d'années, une prolifération des transactions pénales conclues avec de grandes entreprises non-américaines pour des gestes de corruption, de blanchiment d'argent, de fraude fiscale ou de crime contre l'environnement commis à travers le monde². Ces « deals de justice », ainsi que les ont surnommés Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber dans un travail précurseur³, ont bousculé le fonctionnement traditionnel de la justice pénale et heurté les sensibilités culturelles qui prévalaient en dehors des États-Unis : reposant sur la coopération – parfois contrainte – de ses prévenus, cette justice négociée apparaît délestée de son ancrage territorial, capable de s'étendre bien au-delà des frontières de l'État qui la porte, et encline à se passer du moment de vérité qui accompagnait jusqu'à récemment l'acte de rendre justice⁴.

Si elle fut dans un premier temps l'apanage des autorités de poursuite américaines, qui en ont inventé l'usage, la formule des transactions pénales pour les entreprises a rapidement essaimé à travers le monde, de nombreux pays s'étant récemment dotés de mécanismes procéduraux leur permettant de sanctionner les personnes morales délinquantes, sans pour autant les soumettre à procès ou prononcer formellement leur culpabilité. C'est le cas du Royaume-Uni et de la France, qui retiendront particulièrement l'attention de ce chapitre, où furent adoptés respectivement le « *deferred prosecution agreement* » (DPA) en 2014 et la « convention judiciaire d'intérêt public » (CJIP) en 2016. Mais c'est le cas également de plusieurs autres pays ayant introduit des dispositifs analogues dans leur système pénal au cours de la dernière décennie, par exemple le Brésil avec ses « accords de clémence » (*acordos de leniência*) en 2013, le Pérou avec ses « accords de collaboration efficace » (*acuerdos de colaboración eficaz*) en 2017, ou encore le Canada avec les « accords de réparation » (*remediation agreements*) en 2018⁵.

1. Le présent chapitre a été rédigé par Pascale Cornut St-Pierre.

2. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, *op. cit.*, p. 219.

3. Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, 2^e éd., Paris, Presses universitaires de France, 2020.

4. Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER, « Introduction. Un changement de paradigme », in Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, *op. cit.*, p. 13-20.

5. Sydney P. FREEDBERG, Karrie KEHOE, Agustin ARMENDARIZ, « As US-style corporate leniency deals for bribery and corruption go global, repeat offenders are on the rise » [en ligne], *International Consortium of Investigative Journalists*, 3 décembre 2022, disponible sur <<https://www.icij.org/investigations/ericsson-list/as-us-style-corporate-leniency-deals-for-bribery-and-corruption-go-global-repeat-offenders-are-on-the-rise/>>.

Ce chapitre s'intéresse à la circulation de la transaction pénale en dehors de son lieu d'origine, les États-Unis. Qu'est-ce qui explique la diffusion rapide d'un tel dispositif dans des pays qui, contrairement à leur homologue américain, étaient souvent dépourvus de culture de négociation entre les autorités de poursuite et les prévenus ? Pourquoi cette diffusion a-t-elle eu lieu dans les années qui ont suivi la crise financière de 2007 ? La crise de 2007 inaugure en effet une période historique marquée par des dénonciations régulières de l'impunité des élites et des grandes entreprises, une période que l'on aurait pu croire plus propice au durcissement qu'à l'assouplissement de la réponse pénale à la criminalité d'affaires. Comment, dans ce contexte, cette nouvelle forme de justice négociée a-t-elle pu s'imposer à travers le monde comme une solution adéquate aux crimes économiques qui défraient le plus régulièrement les manchettes et suscitent le plus d'indignation : corruption, blanchiment d'argent, fraude fiscale, crimes contre l'environnement ?

Pour répondre à ces questions, ce chapitre se penche sur les cas du Royaume-Uni et de la France, en revenant sur les controverses et les débats qui ont mené à l'adoption d'un dispositif de transaction pénale pour les entreprises dans ces deux pays. Nous verrons que dans les deux cas, la réforme de la procédure pénale est inextricablement liée à un contexte international, caractérisé par la multiplication des actions menées par les autorités de poursuite des États-Unis contre des entreprises étrangères, en vertu du *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA) et d'autres lois à portée extraterritoriale. Au Royaume-Uni comme en France, l'adoption de la transaction pénale pour les entreprises fut si manifestement impulsée par les controverses entourant les efforts de lutte contre la corruption transnationale qu'il nous a semblé nécessaire, dans un premier temps, de nous pencher sur l'émergence de ce mouvement mondial anticorruption. Un bref retour sur l'histoire américaine puis internationale de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers montre ainsi que les États-Unis ont été aux premières loges de la nouvelle géographie des flux financiers licites et illicites qui se dessine avec la mondialisation des entreprises, et les premiers à en tirer des conséquences en matière de politique pénale. Nous verrons ensuite comment l'importation de la transaction pénale pour les entreprises, qu'il s'agisse du *deferred prosecution agreement* au Royaume-Uni ou de la convention judiciaire d'intérêt public en France, découle de scandales de corruption impliquant certains « champions nationaux » qui ont été poursuivis aux États-Unis, et répond au désir de ces États de reprendre le contrôle des enquêtes, des poursuites et des sanctions imposées à leurs entreprises. Les débats qui ont entouré l'adoption de ces nouveaux dispositifs de justice négociée, bien qu'ils aient emprunté un registre plus technique au Royaume-Uni et plus politique en France, ont gravité dans les deux pays autour de la prétention qu'un assouplissement des conditions de mise en œuvre du droit pénal soit le gage d'une justice nationale plus efficace contre une délinquance d'affaires mondialisée.

La lutte contre la corruption d'agents publics étrangers, témoin de la reconfiguration des illégalismes d'affaires à l'ère de la mondialisation

Lorsqu'elle s'implante au Royaume-Uni et en France, la transaction pénale pour les entreprises répond à un besoin clairement formulé dans les travaux préparatoires et les débats parlementaires des deux pays : ce nouveau mode de justice négociée doit pallier les insuffisances de la justice en matière de répression des crimes économiques les plus complexes,

et en particulier de la corruption transnationale. La corruption d'agents publics étrangers est en effet emblématique des difficultés qui accablent la procédure pénale traditionnelle lorsqu'elle tente de s'attaquer à la criminalité en col blanc : les infractions, difficiles à détecter, usent de techniques sophistiquées, qui se déploient dans plusieurs juridictions et compliquent d'autant l'accès aux preuves, avec pour effet de rendre les enquêtes judiciaires longues, coûteuses et incertaines. Nous verrons qu'au moment d'adopter la CJIP et le DPA, les bilans de la justice française et britannique en termes de condamnation d'entreprises corruptrices étaient faméliques et les deux pays étaient visés par de sévères critiques émanant d'organisations internationales et d'organisations de la société civile. La justice américaine, en revanche, se montrait plus active que jamais dans sa lutte contre la corruption transnationale, y compris contre les entreprises européennes, envers lesquelles elle semblait faire preuve d'une sévérité exemplaire⁶. « Le constat est sans appel », affirmait en 2015 une juriste dans un numéro de la revue *AJ Pénal* consacré aux atteintes à la probité :

« seuls les États-Unis, à l'heure actuelle, sont capables de réprimer la corruption. C'est tout naturellement qu'ils prétendent, grâce à deux outils juridico judiciaires imparables – l'extraterritorialité de leur loi d'une part et la coopération d'autre part – à se poser en instance moralisatrice du monde, tout en servant leurs intérêts politiques, économiques et géostratégiques »⁷.

Alors que le chapitre précédent a abordé la genèse des pratiques de coopération entre les procureurs américains et les entreprises délinquantes, ce chapitre-ci retrace les origines du second outil ayant permis aux États-Unis de s'imposer comme « gendarme mondial »⁸ de l'anti-corruption : l'extraterritorialité de leur arsenal législatif. Nous verrons d'abord que les États-Unis ont été confrontés très tôt aux problèmes découlant des scandales de corruption entourant les activités des entreprises américaines à l'extérieur de leur territoire et qu'ils furent les premiers à criminaliser la corruption d'agents publics étrangers. Ils furent ensuite les principaux promoteurs de l'internationalisation de la lutte contre la corruption, par le biais de conventions internationales mais aussi, de manière plus controversée, par la multiplication de poursuites contre des entreprises étrangères, marquant l'ouverture d'une nouvelle ère d'application mondiale du FCPA.

6. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, op. cit., p. 220.

7. Sarah ALBERTIN, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal*, 2015/7, p. 354.

8. Hubert DE VAUPLANE, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, op. cit., p. 27.

Le problème des paiements des entreprises américaines à l'étranger : l'extraterritorialité du droit en réponse à celle des flux financiers

Les États-Unis ont une longue histoire de lutte contre la corruption de leurs agents publics, diverses formes de patronage et de clientélisme des élus y ayant régulièrement fait l'objet de dénonciations publiques depuis la fin du 19^e siècle⁹. Les années 1970 marquent cependant un tournant dans l'histoire américaine de la lutte anti-corruption, avec le scandale entourant l'affaire du Watergate et la mise en cause d'acteurs figurant parmi les plus hauts placés de la vie publique du pays¹⁰. D'abord affaire d'espionnage politique impliquant la garde rapprochée du président Nixon et certains haut-fonctionnaires de la Maison-Blanche, accusés d'avoir tenté de mettre sous écoute le siège du Parti démocrate à Washington, l'affaire atteint également le milieu des affaires avec la révélation de fonds secrets alimentés par les contributions électorales illégales de grandes entreprises américaines, destinés à nuire aux candidats démocrates.

C'est dans la foulée des enquêtes ayant suivi l'affaire du Watergate qu'émergea le problème des paiements des entreprises américaines à l'étranger. Chargée d'enquêter sur les contributions électorales illégales des entreprises et leur possible contravention aux lois sur les valeurs mobilières, la Securities and Exchange Commission (SEC) a alors mis au jour diverses pratiques de falsification de la comptabilité des grandes entreprises, incluant l'existence de « caisses noires » destinées à dissimuler la source ou l'utilisation d'une partie de leurs fonds, en vue de les employer à diverses fins peu avouables, incluant de nombreux paiements illicites à l'étranger¹¹. Ces paiements occultes, selon l'évaluation de la SEC, s'élevaient à plusieurs centaines de millions de dollars, des sommes si considérables que les entreprises concernées auraient dû, en vertu des lois sur les valeurs mobilières applicables, divulguer ces paiements aux investisseurs¹².

D'abord appréhendé par la lorgnette étroite de la seule protection des investisseurs, le problème des paiements à l'étranger des entreprises américaines s'est toutefois rapidement mué en un problème de politique étrangère des États-Unis : les révélations concernant les pots-de-vin payés par certaines entreprises américaines à des partis politiques ou à des gouvernements étrangers eurent en effet d'importantes incidences diplomatiques, en mettant notamment en difficulté, dans leur propre pays, des partis ou des régimes favorables aux intérêts américains, et en entraînant des représailles envers d'autres entreprises américaines actives à l'étranger¹³. Le problème des paiements faits par les entreprises américaines à l'étranger, en raison de ses

9. Pierre LASCOUMES, *Corruptions*, Paris, Presses de Sciences Po, « La Bibliothèque du citoyen », 1999, p. 112.

10. *Ibid.*, p. 118-120.

11. Mike KOEHLER, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, 73, 2012/5, p. 932. Securities and Exchange Commission, *Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices*, 1976, disponible en ligne : <https://www.sec.gov/spotlight/fcpa/sec-report-questionable-illegal-corporate-payments-practices-1976.pdf>.

12. *Ibid.*, p. 933.

13. Koehler cite de nombreux témoignages en ce sens qui furent présentés devant un comité du Congrès chargé d'enquêter sur les activités des entreprises multinationales américaines à l'étranger. Ces témoignages concernent par exemple des paiements versés par l'entreprise d'aérospatiale Lockheed à des politiciens italiens et japonais, ainsi qu'à la famille royale néerlandaise pour l'obtention de contrats ; des paiements versés par l'entreprise United Brands au président du Honduras pour éviter une taxe sur l'exportation de bananes (l'affaire du « Banana-gate ») ; ainsi que des paiements versés par plusieurs entreprises pétrolières – telles Gulf Oil, Mobil Oil, Exxon – pour permettre leurs opérations en Corée du Sud, en Italie et au Gabon. *Ibid.*, p. 938-943.

ramifications juridiques, diplomatiques et commerciales et sur fond d'une nouvelle « moralité post-Watergate¹⁴ », fit rapidement l'objet d'un relatif consensus politique à Washington : la corruption d'agents publics étrangers par les entreprises américaines dans le cadre de leurs activités internationales constituait un problème réel et pressant, nécessitant une intervention législative de la part du Congrès des États-Unis.

L'adoption du FCPA en 1977 constitue l'aboutissement de deux années de travaux parlementaires où furent débattues les réponses qu'il convenait ou non d'apporter au problème des paiements des entreprises américaines à l'étranger. Deux propositions principales s'affrontaient dans ces débats : l'une fondée sur la divulgation des paiements faits aux agents publics étrangers, l'autre sur leur criminalisation¹⁵. La première, préférée par l'administration républicaine de l'époque, misait sur une exigence accrue de transparence en prévoyant la déclaration obligatoire, par les entreprises américaines, de tout paiement fait dans l'intention d'influencer un gouvernement étranger. La seconde, préférée par l'administration démocrate, préconisait la voie symboliquement plus forte de la prohibition complète des paiements versés aux fonctionnaires d'autres pays et fut finalement l'approche retenue dans le FCPA.

La voie de la criminalisation comportait toutefois une importante dimension extraterritoriale. Avec une loi comme le FCPA, en effet, la justice américaine se permettait d'interdire certaines conduites tenues en dehors de son territoire et s'arrogeait le pouvoir de les sanctionner. Sans surprise, la question de l'extraterritorialité figure au cœur des débats législatifs ayant précédé l'adoption du FCPA et constitue l'un des aspects controversés de la criminalisation des paiements versés aux agents publics étrangers¹⁶. L'extraterritorialité, d'une part, est une question politique sensible : elle peut facilement être perçue comme une forme d'ingérence dans les affaires internes des autres pays, qui déroge au principe de la courtoisie internationale. Lors d'une audition à la Chambre des représentants, un conseiller juridique du Département d'État exprimait par exemple sa défaveur pour l'application extraterritoriale du droit pénal américain en déclarant :

« Il serait non seulement présomptueux mais contre-productif de chercher à imposer nos normes spécifiques à des pays dont les histoires et les cultures sont différentes. De plus, la mise en œuvre d'une telle loi [...] impliquerait la surveillance des activités des fonctionnaires étrangers ainsi que des hommes d'affaires américains et serait très mal perçue à l'extérieur des États-Unis »¹⁷.

Contre un discours dépeignant la corruption comme un trait culturel propre à certains pays, d'autres voix ont plutôt fait valoir la réprobation universelle de la corruption, ainsi que le

14. *Ibid.*, p. 943.

15. *Ibid.*, p. 980.

16. Ces débats ont été résumés de manière exhaustive par Mike Koehler, qui cite longuement les propos des différents acteurs qui y sont intervenus (élus, membres du gouvernement, juristes et représentants de l'industrie) et sur lequel nous nous appuyons principalement dans cette section : Mike KOEHLER, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*.

17. *Ibid.*, p. 966 (citant Mark B. Feldman, notre traduction).

caractère élaboré des stratégies mises en œuvre par les entreprises américaines pour dissimuler leurs pratiques corruptrices. Sur ce dernier point, un sénateur démocrate affirmait par exemple :

« Et le fait que les entreprises, de leur propre aveu, se donnent tant de mal pour dissimuler ces pratiques, par l'utilisation d'une double comptabilité, de comptes bancaires suisses numérotés et d'un système de noms de code qui ferait honneur à la CIA, fait mentir l'argument selon lequel il s'agit d'une pratique acceptée »¹⁸.

Un rapport du Sénat déposé en 1976 écartait pour sa part l'argument culturaliste en ces termes :

« Le fait est que pratiquement tous les pays disposent de leurs propres lois contre la corruption, même si certaines ne sont pas appliquées de manière rigoureuse. Considérant le tollé mondial suscité par l'influence corruptrice de certaines multinationales américaines sur les gouvernements étrangers, le comité estime que la plupart des pays accueilleraient favorablement un effort accru de la part des États-Unis pour décourager les comportements répréhensibles des entreprises américaines, quel que soit le lieu de leurs activités »¹⁹.

D'autre part, outre ses aspects politiques controversés, la portée extraterritoriale de la criminalisation des paiements faits à des agents publics étrangers soulevait d'importantes difficultés probatoires qui, selon plusieurs intervenants, menaçaient de rendre une telle interdiction inapplicable. En effet, puisque les gestes incriminés auraient généralement été posés à l'étranger, les éléments de preuve requis pour les établir judiciairement seraient difficiles à mobiliser dans un procès aux États-Unis. C'est pourquoi un premier groupe de travail, dirigé par l'administration républicaine, avait conclu que la criminalisation des paiements des entreprises américaines à l'étranger « ne représenterait guère plus qu'une déclaration de principe », impossible à mettre en œuvre en pratique.

« Le succès des poursuites judiciaires dépendrait généralement de témoins et d'informations hors de portée de la justice américaine. Les autres pays, plutôt que de prêter assistance à ces poursuites, pourraient s'opposer à la coopération pour des raisons de préférence nationale ou de souveraineté. [...] Le groupe de travail a conclu qu'à moins de concevoir des sanctions raisonnablement applicables, l'approche pénale constituerait une mauvaise politique publique. »²⁰

Les représentants du barreau de New York, qui comptaient parmi les critiques les plus sévères de l'approche pénale en matière de corruption d'agents publics étrangers, soulignèrent pour leur part comment ces difficultés probatoires risquaient de compromettre la capacité des accusés à assurer leur propre défense.

« L'application extraterritoriale des lois pénales soulève également de sérieuses questions d'équité procédurale et de respect des droits de la défense. L'accusation peut être en mesure d'obtenir la coopération d'un gouvernement étranger par la voie diplomatique, ce qui n'est pas le cas de

18. *Ibid.*, p. 975 (citant le sénateur Frank Church, notre traduction).

19. *Ibid.*, p. 945 (citant le rapport du comité sénatorial, notre traduction).

20. *Ibid.*, p. 990 (citant une lettre du Secrétaire du Commerce des États-Unis Elliot Richardson, notre traduction).

l'accusé. L'accusé ne bénéficierait certainement pas du droit de sommer des témoins à comparaître en sa faveur. »²¹

Au Congrès, les partisans de la criminalisation firent cependant valoir que l'autre voie envisagée, celle d'une divulgation obligatoire des paiements versés pour influencer un gouvernement étranger, posaient les mêmes difficultés probatoires : afin d'établir un défaut de divulgation, il faudrait tout de même parvenir à établir qu'un paiement non-divulgué a été effectué, et qu'il l'a été dans un but inapproprié. Non seulement la mise en œuvre d'une telle mesure ne serait pas plus simple pour le gouvernement, mais elle imposerait à toutes les entreprises actives à l'étranger une charge administrative supplémentaire, sous forme de formulaires à remplir et à soumettre régulièrement aux autorités publiques²². En outre, certaines voix sont venues relativiser les difficultés probatoires que posait la criminalisation de la corruption d'agents publics étrangers aux États-Unis, en les comparant au défi bien plus grand que posaient, pour les pays victimes de la corruption, la mise au jour et la poursuite des comportements illégaux des entreprises américaines. Ainsi le procureur général de la République africaine du Botswana faisait-il remarquer aux élus américains :

« Vous voyez, les pays en développement rencontrent des difficultés pour découvrir les infractions commises par les entreprises américaines en ce qui concerne leurs pratiques de pots-de-vin et de corruption des fonctionnaires locaux. [...] Pourquoi pensez-vous que toutes ces révélations proviennent de Washington et non des pays concernés ? Sur cette question particulière, la plupart des pays du tiers monde voudraient coopérer dans toute la mesure du possible avec les États-Unis et les autres pays d'origine des entreprises transnationales contrevenantes pour s'assurer qu'elles soient punies »²³.

Au terme de ces débats, le Congrès américain opta pour la voie symboliquement plus forte de la criminalisation des paiements des entreprises américaines aux fonctionnaires étrangers, nonobstant les défis politiques et procéduraux qu'une telle mesure extraterritoriale ne manquerait pas de soulever. Les États-Unis devinrent ainsi le premier pays au monde à sanctionner pénalement la corruption d'agents publics étrangers, sans égard à la licéité des actes incriminés dans le pays où ils ont été commis.

Deux observations méritent d'être formulées à ce stade. D'abord, l'extraterritorialité du droit pénal américain fut la réponse apportée à une nouvelle géographie des flux financiers occultes dont les autorités américaines prirent très tôt la mesure. Les entreprises américaines furent en effet les premières à mondialiser leurs activités, dès les années 1960, en investissant dans les pays en développement avec le soutien diplomatique du gouvernement des États-Unis²⁴. C'est à cette époque que se développe la finance dite *offshore*, ou extraterritoriale, où se mettent à circuler des quantités massives de dollars américains dans des comptes bancaires situés en

21. *Ibid.*, p. 1001 (citant Robert Von Mehren, notre traduction).

22. *Ibid.*, p. 997.

23. *Ibid.*, p. 946 (citant M.D. Mokama, notre traduction).

24. C'est en ce sens que le journaliste du *New York Times Magazine* Milton Gwirtzman affirmait qu'« il serait malavisé, et injuste, de simplement mettre la corruption à l'étranger sur le compte de la cupidité des entreprises. C'est un symptôme de problèmes bien plus profonds qui concernent en réalité le rôle des États-Unis dans le monde ». Cité par *Ibid.*, p. 978 (notre traduction).

dehors des États-Unis, souvent dans des juridictions faiblement réglementées²⁵. Ces nouveaux circuits financiers purent dès lors se prêter à diverses pratiques de contournement des contrôles étatiques en vigueur par le truchement de sociétés-écrans, de comptes à numéros et de services professionnels variés : non seulement des pratiques visant l'influence occulte des pouvoirs publics domestiques ou étrangers, comme le découvraient alors les autorités américaines, mais aussi le contournement de certains contrôles monétaires ou financiers, le blanchiment d'argent, ou encore l'évasion fiscale. Ces illégalismes d'affaires mondialisés demeurent contemporains et se trouvent au cœur des controverses plus récentes qui ont poussé d'autres pays, comme le Royaume-Uni et la France, à se munir de nouveaux instruments répressifs comme la transaction pénale pour les entreprises.

Ensuite, il est intéressant de remarquer que le débat américain de l'époque sur l'extraterritorialité du droit pénal présumait que les entreprises poursuivies pour des gestes commis à l'étranger seraient des entreprises américaines, et que les perceptions d'ingérence dans les affaires domestiques d'autres États risquaient de provenir des pays victimes de la corruption. Que le FCPA puisse devenir un instrument de répression d'entreprises non-américaines susceptible d'indisposer les pays d'origine de celles-ci ne semble pas alors avoir été anticipé. Jusqu'au tournant des années 2000, d'ailleurs, conformément à ces attentes, le FCPA fut mis en œuvre de manière modeste, avec au total une trentaine de poursuites pénales intentées contre des entreprises et des individus américains, soit moins de deux poursuites par année en moyenne²⁶. C'est seulement à partir des années 2000, après l'adoption d'un cadre juridique international de lutte contre la corruption, que se multiplieront aux États-Unis les poursuites judiciaires d'entreprises étrangères pour des gestes de corruption commis en dehors du territoire américain, ouvrant ainsi une « nouvelle ère »²⁷ d'application extraterritoriale du FCPA vers laquelle se tourne la section suivante.

25. Franck JOVANOVIĆ, *Finance offshore et paradis fiscaux : Légal ou illégal ?*, Québec, Presses de l'université du Québec, 2022, p. 67-85. Une part importante de ces fonds déterritorialisés provient du commerce du pétrole et de l'équipement militaire, deux industries-clés pour comprendre les dynamiques du commerce international qui s'engagent alors et qui sont souvent citées dans les scandales de corruption qui éclatent à l'époque. Sur l'imbrication du commerce du pétrole et de l'industrie militaire, voir Timothy MITCHELL, *Carbon Democracy : Le pouvoir politique à l'ère du pétrole*, Paris, La Découverte, 2017, p. 215.

26. Department of Justice of the United States, *Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Actions*, 22 février 2023, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/enforcement-actions> (consulté le 29 mai 2023).

27. Mike KOEHLER, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, p. 932.

L'internationalisation de la lutte contre la corruption, tremplin de la justice américaine

Lorsque la corruption d'agents publics étrangers fut interdite en droit américain, les États-Unis ont ensuite souhaité porter la question de la lutte contre la corruption sur la scène internationale. En effet, dès les débats précédant l'adoption du FCPA, plusieurs voix s'élevaient pour affirmer que la corruption dans le domaine du commerce international était loin d'être une particularité américaine, de sorte qu'une intervention unilatérale des États-Unis sur cette question risquait de désavantager les entreprises américaines sur les marchés internationaux par rapport à leurs concurrentes étrangères²⁸. En réponse aux revendications de leurs propres entreprises, et estimant que seule une action multilatérale était susceptible d'harmoniser les conditions d'accès aux marchés internationaux, les États-Unis sont alors devenus les principaux promoteurs de l'internationalisation de la réglementation anticorruption, suivant le modèle répressif qui était le leur²⁹.

Les efforts diplomatiques des États-Unis, empreints de leurs préoccupations commerciales, se portèrent initialement vers l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), un forum composé surtout de pays industrialisés sièges de nombreuses entreprises multinationales, avant de se diriger vers l'Organisation des Nations Unies (ONU), qui regroupe des États aux profils et aux intérêts beaucoup plus variés. Ces efforts aboutirent à la signature, en 1997, de la *Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales* de l'OCDE suivie, en 2003, de la *Convention des Nations Unies contre la corruption*.

La convention de l'OCDE, de portée moins universelle que celle des Nations Unies (avec seulement 44 pays signataires, contre 114 pour la convention de l'ONU), fut néanmoins la plus structurante dans l'évolution du dispositif mondial de lutte contre la corruption, et la plus souvent invoquée dans les débats ultérieurs concernant l'adoption de nouveaux mécanismes de transactions pénales pour les entreprises. C'est autour d'elle que s'est construit, parmi les pays développés, un relatif consensus quant au caractère anticoncurrentiel de la corruption internationale, ainsi qu'une vision économique, voire « mercantiliste »³⁰ de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers. La convention de l'OCDE est ainsi le seul instrument international à cibler de manière spécifique et principale l'offre de pots-de-vin par des entreprises multinationales dans le cadre de leurs activités commerciales à l'étranger. Elle exige notamment des États signataires qu'ils incriminent, dans leur droit interne, la corruption d'agents publics étrangers, qu'ils établissent la responsabilité pénale des personnes morales se

28. *Ibid.*, p. 967.

29. Luca D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 3 ; Chloé LIÉVAUX, « Lutte contre la corruption et application internationale de ne bis in idem », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2020/1, p. 48. ; Sope WILLIAMS-ELEGBE, « Corruption, Anti-Corruption Measures and Disqualification » [en ligne], in *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, 1^{re} éd., London, Hart Publishing, 2012, p. 17, disponible sur <<http://www.bloomsburycollections.com/book/fighting-corruption-in-public-procurement-a-comparative-analysis-of-disqualification-or-debarment-measures/ch2-corruption-anti-corruption-measures-and-disqualification/>>.

30. Luca D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, *op. cit.*, p. 3.

livrant à une telle corruption, et qu'ils la rendent passible de sanctions pénales « efficaces, proportionnées et dissuasives »³¹. La convention de l'OCDE est en outre assortie d'un programme de suivi systématique de son application par les pays signataires, sous forme d'un examen par les pairs débouchant sur la publication de rapports par pays³². Nous verrons, dans les sections consacrées aux cas britannique et français, que ces rapports parfois accablants ont eu une incidence certaine sur les controverses entourant les lacunes de la procédure pénale traditionnelle en matière de répression des crimes économiques.

L'internationalisation de la lutte contre la corruption inaugura une nouvelle ère de mise en œuvre du FCPA aux États-Unis, marquée par une extraterritorialité désormais décomplexée. En effet, à partir du moment où leurs homologues se sont formellement engagés dans la lutte contre la corruption transnationale, les États-Unis ne semblent plus avoir eu de scrupules à prendre le rôle de gendarme mondial de la probité économique et à poursuivre de grandes entreprises étrangères pour des faits commis en dehors de leur territoire en contravention à la loi américaine³³. Des amendements apportés au FCPA en 1998, en vue notamment de transposer la convention de l'OCDE en droit américain, en ont aussi sensiblement augmenté la portée extraterritoriale, en visant désormais expressément les personnes physiques et morales étrangères dès lors que leurs pratiques corruptrices ont un lien ne serait-ce que ténu avec les États-Unis, en raison par exemple de l'utilisation du dollar américain ou de la cotation de la société sur une bourse américaine³⁴. Les autorités américaines ont accentué leurs efforts de répression des entreprises corruptrices, avec la création d'unités spécialement dédiées aux enquêtes relatives aux infractions au FCPA au sein du Federal Bureau of Investigation (FBI) et de la SEC, et avec l'objectif déclaré d'« éradiquer la corruption dans le monde et de préserver l'intégrité des marchés internationaux »³⁵. Le nombre de poursuites pour violation du FCPA a ainsi significativement augmenté au cours des années 2000, atteignant jusqu'à une vingtaine de dossiers par année. Sur l'ensemble des affaires engagées en vertu du FCPA entre 2001 et 2012, le juriste américain Brandon Garrett observait qu'environ la moitié visaient des entreprises étrangères³⁶. L'application extraterritoriale de la justice pénale américaine est d'ailleurs une tendance lourde qui ne se limite pas aux affaires de corruption, mais qui touche également d'autres domaines de criminalité économique, tels le blanchiment d'argent, la fraude, les atteintes à la concurrence et à l'environnement. Selon le même auteur, non seulement les procureurs américains n'ont-ils jamais autant ciblé les entreprises étrangères, mais les amendes imposées à ces dernières sont beaucoup plus lourdes que celles dont écopent généralement les

31. OCDE, « Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » [en ligne], 27 novembre 1997, disponible sur <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/ConvCombatBribery_FR.pdf>. art. 1, 2 et 3.

32. *Ibid.*, art. 12.

33. Hubert DE VAUPLANE, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, *op. cit.*, p. 27.

34. *International Anti-Bribery and Fair Competition Act of 1998*, Pub. L. No. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998) ; voir aussi Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, *op. cit.*, p. 239-240 ; Emmanuel DAOUD, Clarisse LE CORRE, « La conformité des entreprises en matière de lutte anti-corruption », *AJ Pénal*, 2015, p. 349.

35. Alice Fisher, Procureur général adjoint, Département de la Justice des États-Unis, « Prepared Remarks at the American Bar Association National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act », 16 octobre 2006, citée par Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, *op. cit.*, p. 219.

36. *Ibid.*, p. 239.

entreprises américaines, avec des montants en moyenne *sept* fois plus élevés pour des dossiers par ailleurs comparables³⁷. Les entreprises étrangères aux prises avec la justice américaine ont en outre bénéficié plus rarement de *deferred prosecution* ou de *non-prosecution agreements*, et ont été officiellement condamnées plus de quatre fois sur cinq³⁸. Incapable d'expliquer la sévérité exemplaire des procureurs américains à l'égard des entreprises étrangères, Garrett se contente de conclure que les succès remportés dans ces dossiers pourtant complexes laissent croire que les entreprises américaines pourraient être poursuivies beaucoup plus vigoureusement qu'elles ne le sont habituellement.

La multiplication des poursuites pénales aux États-Unis contre des entreprises étrangères pour des faits de corruption ne présentant qu'un lien de rattachement fragile avec le territoire américain a causé bien des émois en Europe. Cette extraterritorialité désormais décomplexée de la justice américaine, avec le zèle particulier apparemment réservé aux entreprises européennes, en a amené plusieurs à dénoncer l'instrumentalisation de la justice par les autorités américaines aux fins d'une « guerre économique »³⁹ visant à renforcer la position commerciale des États-Unis et de leurs entreprises ressortissantes. Dans le cas du Royaume-Uni et de la France, elle nous semble directement liée à l'adoption de procédures de transactions pénales pour les entreprises, censées permettre à ces pays de reprendre le contrôle sur les poursuites visant leurs propres entreprises.

Les deux sections suivantes se pencheront, tour à tour, sur la création de voies procédurales alternatives réservées aux entreprises au Royaume-Uni et en France. Nous verrons que, dans les deux cas, ces nouveaux dispositifs de justice négociée ont été adoptés dans la foulée d'affaires controversées impliquant la poursuite pénale de fleurons de l'industrie nationale – BAE Systems dans le cas britannique, Alstom dans le cas français – accusés de corruption aux États-Unis. Ces affaires aux importantes ramifications géostratégiques ont permis de rallier plusieurs acteurs – politiques, juristes et dirigeants d'entreprises – autour d'un constat d'échec de la procédure pénale traditionnelle et du besoin d'en assouplir la mise en œuvre afin d'assurer un traitement plus efficace de la criminalité économique par les autorités de poursuite nationales plutôt qu'américaines.

37. *Ibid.*, p. 220.

38. *Ibid.*, p. 219-220.

39. Daniel MAINGUY, « 3 Questions : Pourquoi un droit de la guerre économique ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2020/45, p. 734.

Le deferred prosecution agreement au Royaume-Uni : outiller les autorités de poursuite pour qu'elles répondent agilement à la criminalité économique

Lorsque le ministère de la Justice britannique lance, en 2012, une consultation sur les *deferred prosecution agreements* (DPA) comme nouvel outil de lutte contre le crime économique, il écrit en quelque sorte le dernier acte d'une longue saga médiatique, diplomatique et judiciaire entourant certains contrats d'armement conclus par l'entreprise BAE Systems en Arabie Saoudite et ailleurs dans le monde et l'apparent manque de vigueur du Royaume-Uni en matière de lutte contre la corruption transnationale. L'affaire « *Al-Yamamah* », comme furent surnommés ces contrats obtenus grâce à d'importants pots-de-vin, a en effet permis d'établir, aux yeux aussi bien des autorités de poursuite que des milieux d'affaires et de leurs conseillers juridiques, le besoin de fournir aux procureurs un nouvel outil de répression de la criminalité en col blanc afin qu'ils puissent à l'avenir résoudre agilement ce genre de dossiers épineux. En contraste avec la controverse qu'il vient clore, le projet de DPA britannique a été présenté et débattu surtout dans un registre technique, comme un dispositif devant favoriser la coopération des entreprises délinquantes en leur offrant une meilleure prévisibilité en termes de coûts et de délais liés aux accusations. Les discussions portant sur les DPA se sont ainsi concentrées sur les moyens d'assurer une telle prévisibilité, conçue comme le gage de l'efficacité de ce nouvel instrument de justice pénale.

L'affaire Al-Yamamah ou l'échec d'une gestion discrète de la corruption

L'affaire *Al-Yamamah* éclate à la fin de l'année 2006, lorsque le Serious Fraud Office (SFO) du Royaume-Uni annonce l'abandon de son enquête sur les agissements de BAE Systems entourant ses contrats d'armement avec le gouvernement d'Arabie Saoudite. Depuis des années, le gouvernement britannique semblait vouloir étouffer discrètement les allégations de corruption qui visaient la plus importante entreprise du secteur de la défense en Europe⁴⁰. Dès 2001, en effet, le secrétaire permanent du ministère de la Défense avait été informé de ce que BAE Systems tenait une caisse noire de quelques vingt millions de livres sterling réservée aux paiements illicites aux membres de la famille royale saoudienne, sans plus d'action de sa part⁴¹. En 2003, après que le journal *The Guardian* eut révélé publiquement l'affaire, le SFO avait finalement décidé d'ouvrir une enquête sur les agissements de BAE Systems. Cette enquête aurait permis d'amasser des preuves de paiements illicites de l'ordre de deux milliards d'euros déboursés par l'entreprise britannique pour l'obtention de ses contrats en Arabie Saoudite⁴². L'enquête du SFO déplut fortement au gouvernement saoudien, qui menaça de cesser tout commerce d'armes avec le Royaume-Uni si un tel outrage ne cessait pas rapidement⁴³. Elle fut alors classée sans suite à la demande du gouvernement de Tony Blair. Dans leurs

40. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, op. cit., p. 218.

41. David LEIGH, Rob EVANS, « BAE accused of arms deal slush fund » [en ligne], *The Guardian*, 11 septembre 2003, disponible sur <<https://www.theguardian.com/world/2003/sep/11/bae.freedomofinformation>>.

42. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques de Sciences Po, Working Paper n° 99, janvier 2020, p. 21.

43. Tim JARRETT, Claire TAYLOR, « Bribery allegations and BAE Systems », Library, House of Commons, Standard Note: SN/BT/5367, 2 mars 2010, p. 2.

communications à ce sujet, le SFO, le procureur général et le Premier ministre britanniques ont justifié l'abandon de l'enquête visant BAE Systems par des considérations de sécurité nationale et internationale, alléguant la nécessité de maintenir de bonnes relations avec un important partenaire diplomatique au Moyen-Orient et n'admettant que du bout des lèvres les intérêts économiques et commerciaux impliqués⁴⁴.

Selon plusieurs observateurs, l'abandon de l'enquête sur les contrats saoudiens de BAE Systems constitue « le premier maillon de la chaîne d'événements menant à l'adoption [du] DPA »⁴⁵ au Royaume-Uni. Cette décision a soulevé un immense tollé et fut dénoncée de toutes parts, aussi bien par la communauté internationale et les autorités de poursuite américaines que par la société civile britannique. Sur la scène internationale, d'abord, l'affaire *Al-Yamamah* a marqué un tournant décisif dans l'attitude du groupe de travail de l'OCDE sur la corruption à l'égard du Royaume-Uni. Ayant jusqu'alors fait montre de patience à l'égard de ce pays qui présentait « probablement l'un des pires bilans de mise en œuvre⁴⁶ » de la Convention de l'OCDE, le groupe de travail a soudainement adopté un ton beaucoup dur envers le Royaume-Uni, allant jusqu'à menacer de mettre les entreprises britanniques sur une liste noire du commerce mondial si le pays ne se dotait pas des moyens juridiques nécessaires pour lutter efficacement contre la corruption⁴⁷. Cette pression diplomatique s'est soldée par l'adoption de l'*Anti-Bribery Act 2010*, qui est finalement venu criminaliser la corruption d'agents publics étrangers en droit anglais, plus d'une décennie après l'entrée en vigueur de la Convention de l'OCDE⁴⁸.

En marge de l'indignation internationale suscitée par l'affaire *Al-Yamamah*, les États-Unis ont aussi usé de leurs propres canaux diplomatiques pour exprimer leur mécontentement face à l'inaction du gouvernement britannique contre BAE Systems⁴⁹. Quelques mois après l'abandon de l'enquête du SFO, la justice américaine s'est à son tour saisie du dossier, le Département de la Justice ayant ouvert sa propre enquête sur les agissements de l'entreprise britannique suspectée de violations du FCPA⁵⁰. Les autorités britanniques ont d'abord refusé de prêter assistance à la justice américaine ; elles se sont ensuite ravisées, après que les hauts dirigeants de BAE Systems furent détenus, fouillés et cités à comparaître devant la justice américaine lors d'une escale dans un aéroport des États-Unis⁵¹. En 2010, BAE Systems signa finalement un accord de plaider-coupable conjoint avec le Département de la Justice américain et le SFO

44. *Ibid.*, p. 3.

45. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 21 ; Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, *op. cit.*, p. 248 ; Alan DOIG, « Non-conviction financial sanctions, corporate anti-bribery reparation and their potential role in delivering effective anti-corruption pay-back: The emerging UK context », in Liz CAMPBELL et Nicholas LORD (dir.), *Corruption in Commercial Enterprise: Law, Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2018, p. 269-271.

46. Cecily ROSE, « The UK Bribery Act 2010 and Accompanying Guidance: Belated Implementation of the OECD Anti-bribery Convention », *The International and Comparative Law Quarterly*, 61, 2012/2, p. 487.

47. *Ibid.*, p. 491-493.

48. Bruce W. BEAN, Emma H. MACGUIDWIN, « Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010 », *Indiana International & Comparative Law Review*, 23, 2013/1, p. 63-109.

49. Tim JARRETT, Claire TAYLOR, « Bribery allegations and BAE Systems », *op. cit.*, p. 3.

50. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 22.

51. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, *op. cit.*, p. 225.

britannique, au terme duquel l'entreprise s'engageait à payer une amende de 400 millions de dollars aux États-Unis pour violations du FCPA en lien avec ses contrats en Arabie Saoudite, ainsi qu'une amende de 30 millions de livres sterling au Royaume-Uni pour avoir tenu des registres comptables inexacts concernant ses activités en Tanzanie, en contravention avec la loi britannique sur les sociétés par actions⁵². La justice britannique évita ainsi de se prononcer sur l'affaire *Al-Yamamah*, tout en sanctionnant l'entreprise dans un dossier parallèle, sous des chefs d'accusation atténués ne faisant nulle mention du crime infamant de corruption.

L'affaire *Al-Yamamah* créa également des remous au sein de la société civile britannique, que le plaider-coupable de BAE Systems ne parvint pas immédiatement à apaiser. Dès l'annonce de l'abandon de l'enquête sur les allégations de corruptions pesant sur l'entreprise en 2006, deux organisations non-gouvernementales (ONG) s'étaient mobilisées pour déposer une demande de contrôle judiciaire de la décision du SFO, qui contrevenait selon elles aux obligations internationales du Royaume-Uni en matière de lutte contre la corruption⁵³. Dans un jugement rendu en 2008, la High Court de Londres leur avait d'ailleurs donné raison, en déclarant que la décision d'abandonner l'enquête entourant les contrats saoudiens de BAE Systems avait été prise de manière illégale, sans considération pour l'État de droit⁵⁴. Ce jugement fut cependant renversé quelques mois plus tard par la House of Lords, qui confirma plutôt la légalité de la décision du SFO⁵⁵.

Lorsque fut annoncée l'entente de plaider-coupable entre BAE Systems et le SFO en 2010, les deux ONG se sont de nouveau tournées vers les tribunaux, alléguant cette fois que les chefs d'accusation retenus dans l'entente ne reflétaient pas la gravité de l'offense et ne permettaient pas à la cour de prononcer une peine adéquate, et que la décision concomitante du SFO d'abandonner les poursuites contre l'individu qui mettait en œuvre la stratégie de corruption de l'entreprise était illégale⁵⁶. Leur demande de révision judiciaire fut rejetée⁵⁷. Le juge qui examina ensuite l'entente fit malgré tout écho à plusieurs de leurs préoccupations, déplorant une entente apparemment rédigée à la hâte, qui semblait offrir une immunité absolue à l'entreprise pour l'ensemble de ses agissements passés, et dans laquelle les faits admis étaient bénins et sans commune mesure avec l'amende consentie. Dans sa décision sur la peine, même s'il entérine finalement l'accord intervenu entre les parties, le juge offre sa propre re-description

52. Tim JARRETT, Claire TAYLOR, « Bribery allegations and BAE Systems », *op. cit.*, p. 4-6.

53. Ces deux organisations sont The Corner House, issue du mouvement pour la justice sociale et environnementale, et Campaign Against Arm Trade, qui milite pour l'abolition du commerce international d'armes. Le site internet de The Corner House rassemble tous les documents judiciaires afférant aux affaires de corruption de BAE Systems en Arabie Saoudite et en Tanzanie : <http://www.thecornerhouse.org.uk/resources/results/taxonomy%3A90> et <http://www.thecornerhouse.org.uk/resources/results/taxonomy%3A114>.

54. *R (on the application of Corner House Research and another) v Director of the Serious Fraud Office* [2008] EWHC 714 (Admin).

55. *R (Corner House Research) v Director of the Serious Fraud Office* [2008] UKHL 60.

56. The Corner House and CAAT, *Campaigners seek court injunction against UK Serious Fraud Office's BAE settlement: Judicial review papers lodged*, 26 février 2010, <http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/campaigners-seek-court-injunction-against-uk-serious-fraud-offices-bae-settlement>.

57. Honourable Mr Justice Collins, *Judge's refusal of permission to apply for Judicial Review of SFO-BAE-Tanzania settlement*, 22 mars 2010, <http://www.thecornerhouse.org.uk/resource/judges-refusal-permission>.

des faits sur lesquels il fonde sa sentence, mettant en évidence sa réticence à traiter ce dossier de corruption déguisé en simple irrégularité comptable.

« J'ai demandé à M. Temple ce qui aurait dû figurer dans les documents comptables au lieu de l'expression "prestation de services techniques". Il m'a répondu que quelque chose comme "services de relations publiques et de marketing" aurait été une description plus précise. S'il s'était agi d'une description exacte et précise des services que M. Vithlani allait fournir, je me demande s'il aurait été approprié d'engager des poursuites. [...] J'aurais moi-même imposé une amende d'un montant maximum de 5 000 livres. Je propose donc de prononcer une peine sur la base du fait qu'en décrivant les paiements dans leurs registres comptables comme étant destinés à la fourniture de "services techniques", les défendeurs ont dissimulé aux auditeurs et, en fin de compte, au public le fait qu'ils effectuaient des paiements à M. Vithlani, dont 97 % par l'intermédiaire de deux sociétés offshore, dans l'intention qu'il ait toute latitude pour effectuer ces paiements aux personnes qu'il jugeait appropriées afin d'obtenir le contrat Radar pour les défendeurs, mais les défendeurs ne voulaient pas en connaître les détails. »⁵⁸

Dans une autre affaire de corruption transnationale entendue à la même époque que le plaider-coupable de BAE Systems, la cour alla plus loin en déclarant sans ambages que le SFO n'avait pas le pouvoir, en droit anglais, de conclure un accord avec un contrevenant sur la peine encourue pour l'infraction dont il est accusé et, qu'à moins d'une modification des règles de procédure, la cour statuerait à l'avenir selon la manière prévue par la loi⁵⁹.

Confronté aux critiques des tribunaux, le SFO s'est alors tourné vers le ministère de la Justice, en le pressant de lui fournir un cadre juridique lui permettant de négocier des accords avec les entreprises délinquantes et de coopérer avec les autorités de poursuites américaines⁶⁰. Du point de vue des autorités de poursuite, le constat était clair : le Royaume-Uni avait besoin d'un mécanisme équivalent aux DPA américaines, mais adapté à la culture judiciaire britannique. Quelques mois plus tard, le ministère de la Justice lançait sa première consultation sur l'adoption d'un régime de DPA au Royaume-Uni.

Les consultations sur les DPA et la tournure technique de la controverse sur la criminalité d'affaires

Au Royaume-Uni, à l'instar de la France comme nous le verrons dans la section suivante, un dispositif effectif de transaction pénale pour les entreprises ne pouvait pas être introduit sans le concours d'une loi venant préciser les pouvoirs respectifs des procureurs et des juges eu égard à l'entente négociée avec l'entreprise délinquante. En contraste avec le cas français, cependant, le projet de DPA britannique n'a pas été impulsé par la classe politique, mais bien plutôt par le ministère de la Justice, afin de répondre aux demandes formulées par ses procureurs. Le régime des DPA britanniques a ainsi été façonné principalement par le ministère de la Justice, au gré de diverses consultations organisées aussi bien en amont qu'en aval du processus législatif : le

58. *R. v. BAE Systems*, Crown Court at Southwark London, Case No: 5201056, 21 décembre 2010, para. 14-15 (notre traduction).

59. *R. v. Innospec Ltd.* (2010) Crim LR 665.

60. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23.

fonctionnement général en a été esquissé dans une première consultation en 2012⁶¹, quelques mois avant le début des travaux parlementaires, puis peaufiné par deux autres consultations menées après l'adoption de la loi en 2013, l'une sur un code de pratiques devant guider l'action des procureurs en matière de DPA⁶² et l'autre sur de nouvelles lignes directrices sur les peines applicables aux crimes économiques⁶³. La séquence et les espaces de discussion dédiés au DPA ont conféré une tournure très technique à la controverse sur la lutte contre la corruption transnationale et les autres formes de criminalité d'affaires, laissant peu de place aux débats politiques concernant l'introduction de cette nouvelle forme de justice négociée réservée aux entreprises.

Dans son document de consultation sur l'introduction du DPA en droit britannique, publié en 2012, le ministère de la Justice expose la raison d'être du dispositif proposé, ainsi que les grands principes devant guider sa mise en œuvre. Le DPA y est présenté comme un outil additionnel dans l'arsenal de répression des crimes économiques, rendu nécessaire par « le succès seulement intermittent »⁶⁴ que connaissait alors la justice britannique en cette matière. Selon le ministère de la Justice, l'inefficacité de la justice pénale tiendrait à deux causes principales : d'une part la complexité de la criminalité économique contemporaine, et tout particulièrement son caractère multi-juridictionnel qui rend les enquêtes excessivement longues et coûteuses, et d'autre part le droit de la responsabilité pénale lui-même, dont les règles strictes d'imputation de responsabilité aux personnes morales ne reflètent pas la réalité des organisations commerciales au 21^e siècle et compliquent, en pratique, leur condamnation. Le DPA doit permettre de contourner ces difficultés en misant sur la coopération des entreprises et leur aversion pour l'incertitude – incertitude juridique et surtout commerciale – dans laquelle risquent de les plonger des accusations pénales. La version britannique du DPA proposée par le ministère de la Justice repose sur deux principes fondamentaux : d'une part la transparence, garante de la confiance du public envers la justice, qui implique la publicité de l'entente et, à la différence de la pratique américaine, une réelle supervision judiciaire ; et d'autre part la cohérence, soit la définition d'un cadre de négociation clair, à même de baliser les attentes des parties et de faciliter leur coopération. En rendant le processus de négociation avec les procureurs aussi prévisible que possible, le DPA espère inciter les entreprises délinquantes à choisir la voie de la coopération, libérant ainsi des ressources pour la poursuite des entreprises récalcitrantes et permettant au bout du compte d'amener plus de cas d'infractions devant la justice.

61. MINISTRY OF JUSTICE, « Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements », UK Government, mai 2012 ; MINISTRY OF JUSTICE, « Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations », UK Government, octobre 2012.

62. SERIOUS FRAUD OFFICE et CROWN PROSECUTION SERVICE, « Deferred Prosecution Agreements Code of Practice: The Directors' response to the public consultation », 2013.

63. SENTENCING COUNCIL, « Fraud, bribery and money laundering: corporate offenders. Response to Consultation », janvier 2014.

64. MINISTRY OF JUSTICE, « Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements », p. 3.

Cette première consultation sur l'introduction du DPA en droit anglais fut accueillie très favorablement, ses grandes orientations obtenant le soutien de 86 % des répondants⁶⁵. Les points réellement débattus dans le processus de consultation furent plus circonscrits, et plus techniques : ils concernent par exemple la liste des infractions pouvant faire l'objet d'un DPA, les facteurs que devraient considérer les procureurs avant de proposer un règlement négocié, les critères d'approbation judiciaire des ententes conclues entre les procureurs et les entreprises, ou encore l'opportunité d'offrir des indications plus précises sur le calcul des peines applicables. Ce constat d'un débat surtout technique s'explique par le format même de la consultation – qui posait une série de questions bien précises – ainsi que par l'identité des répondants. Ceux-ci, en effet, furent majoritairement (39 réponses sur 75) composés de juristes – cabinets d'avocats, associations liées au barreau ou à la magistrature, autorités de poursuites et professeurs de droit – intéressés par l'opérationnalisation du dispositif proposé dans leur pratique quotidienne. Les autres réponses émanaient surtout du milieu des affaires (22 réponses sur 75), ainsi que de quelques ONG et membres du public⁶⁶.

Fort du soutien exprimé dans le cadre de cette consultation, le ministre de la Justice convint d'ajouter des dispositions sur l'introduction du DPA en droit anglais au sein d'un projet de loi déjà en cours d'examen devant le Parlement, le *Crime and Courts Bill*⁶⁷. Les parlementaires accueillirent la proposition de transaction pénale pour les entreprises sans débats houleux, la plupart lui étant globalement favorables. Il faut dire que la proposition émanait d'un gouvernement de coalition entre conservateurs et libéraux-démocrates, l'opposition officielle étant formée du parti travailliste qui s'était lui-même trouvé, à peine deux ans auparavant, aux premières loges du scandale de corruption impliquant BAE Systems et des contestations judiciaires qui l'avaient suivi. Lors des débats en chambre, l'un des plus fervents supporters de l'introduction d'un dispositif de DPA au Royaume-Uni s'est d'ailleurs révélé être le travailliste Peter Goldsmith, qui occupait le poste de procureur général au moment de l'affaire *Al-Yamamah* et qui est vraisemblablement celui qui a ordonné au SFO d'abandonner l'enquête contre BAE Systems. Au terme de son mandat de procureur général, Goldsmith s'est joint au cabinet d'avocats Debevoise & Plimpton, où il fut nommé responsable du contentieux européen – poste qu'il occupait au moment des débats parlementaires sur le *Crime and Courts Bill*. Comme nous l'avons vu au chapitre précédent, Debevoise & Plimpton fut l'un des pionniers de la négociation de DPA aux États-Unis.

Au Parlement, alors que certains ont vanté le DPA comme un mécanisme permettant de changer les comportements⁶⁸, qui ne devrait pas se limiter aux seuls crimes économiques des personnes morales⁶⁹, mais qui s'inscrit au contraire dans une « révolution de la réhabilitation⁷⁰ » qui anime l'ensemble du droit pénal contemporain, d'autres se sont montrés beaucoup plus

65. Les réponses recueillies dans le cadre de cette consultation ne furent pas rendues publiques, mais leur teneur est résumée dans le document de réponse préparé par le ministère de la Justice : MINISTRY OF JUSTICE, « Deferred Prosecution Agreements: Government response to the consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations », p. 9.

66. *Ibid.*, p. 11.

67. *Crime and Courts Bill* [HL] (R.-U.), sess 2012-2013, Bill 115.

68. R.-U., H.L. Deb. (30 octobre 2012), vol. 740, 7.00pm (Lord Goldsmith, travailliste).

69. R.-U., H.L. Deb. (30 octobre 2012), vol. 740, 6.45pm (Lord Marks of Henley-on-Thames, libéral-démocrate).

70. R.-U., H.L. Deb. (10 décembre 2012), vol. 741, 10.00pm (Lord Marks of Henley-on-Thames, libéral-démocrate).

réticents à son principe, craignant la création d'une classe de défenseurs privilégiés, capables de s'acheter la clémence du système pénal sans véritablement s'amender⁷¹. Les plus critiques d'entre eux mettent en garde leurs collègues contre un débat dominé par les juristes – qui sont apparemment majoritaires à l'assemblée – et déconnecté des perceptions du public⁷². Comme le dénonce un député libéral-démocrate qui se décrit lui-même comme « le seul de cette chambre à être farouchement opposé par principe à l'ensemble du dispositif »⁷³ :

« il s'agit de l'une des plus grandes révolutions de notre système de droit pénal depuis 100 ans. Ce changement n'a pas été bien signalé au public. Il y a eu extraordinairement peu de commentaires dans les journaux, les magazines ou les programmes télévisés. En fait, je n'ai vu nulle part de référence à cette innovation »⁷⁴.

Afin de mieux politiser les débats entourant les DPA en droit britannique, certains députés ont tenté, en vain, de forcer la tenue d'un réexamen parlementaire du dispositif cinq ans après son adoption⁷⁵. Ils ont aussi demandé, sans succès, un véritable débat politique au sujet du contenu du code de conduite des procureurs en matière de DPA et des lignes directrices sur les peines applicables aux crimes économiques⁷⁶, les deux pièces complémentaires du dispositif de transaction pénale pour les entreprises. L'élaboration de ces documents, censés accroître la prévisibilité et donc l'attractivité des DPA, fut plutôt confiée respectivement aux autorités de poursuite (le SFO et le service des procureurs de la couronne) et au Sentencing Council, un organisme indépendant responsable d'harmoniser les peines appliquées en droit anglais. Code de conduite et lignes directrices ont plus tard fait l'objet de consultations auprès des acteurs du milieu, des consultations qui ont toutefois suscité moins de réponses que la consultation initiale sur l'introduction des DPA au Royaume-Uni, et des réponses provenant d'intervenants moins diversifiés, composés presque exclusivement de professionnels du droit : cabinets d'avocats, services de poursuite et associations de magistrats⁷⁷.

En fin de compte, les dispositions du *Crime and Courts Bill* relatives au DPA sont parvenues à traverser le processus législatif et parlementaire sans amendements substantiels, ce dont s'est réjoui le principal instigateur de ce dispositif, le député conservateur et ancien avocat général d'Angleterre Edward Garnier, lors de la clôture des débats.

« Je suis particulièrement heureux qu'après de nombreuses tergiversations, le projet de loi contienne toujours l'article 32 sur les accords de poursuite différée. J'ai l'esprit un peu obsessif sur le sujet, mais je soupçonne que cet élément du projet de loi va rapporter, plutôt que coûter, de l'argent au Trésor – constituant ainsi une arme de justice pénale qui sera à l'avantage du Chancelier. »⁷⁸

71. R.-U., H.L. Deb. (30 octobre 2012), vol. 740, 6.30pm (Lord Beecham, travailliste).

72. R.-U., H.L. Deb. (13 novembre 2012), vol. 740, 8.45pm (Lord Beecham, travailliste).

73. R.-U., H.L. Deb. (13 novembre 2012), vol. 740, 8.45pm (Lord Phillips of Sudbury, libéral-démocrate).

74. R.-U., H.L. Deb. (13 novembre 2012), vol. 740, 8.45pm (Lord Phillips of Sudbury, libéral-démocrate).

75. R.-U., H.L. Deb. (13 novembre 2012), vol. 740, 8.45pm (Lord Beecham, travailliste).

76. R.-U., H.L. Deb. (12 décembre 2012), vol. 741, 4.38pm (Lord Beecham, travailliste).

77. SENTENCING COUNCIL, « Fraud, bribery and money laundering: corporate offenders. Response to Consultation », p. 10. Trente-deux individus et organisations ont soumis des réponses à la consultation sur le code de pratique des procureurs en matière de DPA, dont l'identité n'a toutefois pas été rendue publique : SERIOUS FRAUD OFFICE, CROWN PROSECUTION SERVICE, « Deferred Prosecution Agreements Code of Practice: The Directors' response to the public consultation », UK Government, 2013, p. 2.

78. R.-U., H.C. Deb. (18 mars 2013), vol. 560, 11.33pm (Sir Edward Garnier, conservateur).

Ce mot de la fin est étonnant, en ce qu'il met en évidence un aspect économique de la réforme qui a été très peu discuté lors des débats et des consultations : non seulement espère-t-on, avec les DPA, amener plus de cas à la justice en réduisant les délais et les coûts associés aux procédures judiciaires traditionnelles, mais de tels accords négociés pourraient aussi renflouer les caisses de l'État et du système judiciaire, grâce aux amendes considérables auxquelles sont prêtes à consentir les entreprises pour clore un dossier pénal. Cet aspect, nous le verrons, a été beaucoup plus saillant dans les débats français, vers lesquels nous nous tournons maintenant.

La convention judiciaire d'intérêt public en France : armer la justice française pour rétablir la souveraineté nationale

Les circonstances ayant mené à l'adoption, en France, d'un dispositif de transaction pénale pour les entreprises présentent plusieurs similitudes avec le cas britannique : un fleuron de l'industrie nationale – Alstom dans le cas français – s'est retrouvé dans le viseur des procureurs américains pour une affaire de corruption à l'étranger, déclenchant une controverse au terme de laquelle fut reconnu le besoin d'introduire une nouvelle procédure en droit pénal qui permette de sanctionner plus efficacement les entreprises délinquantes. Contrairement au DPA anglais, cependant, la CJIP française n'a pas été portée par les acteurs de la justice, mais plutôt par le ministère de l'Économie et des Finances, où elle fut conçue comme la pièce d'une politique industrielle visant à protéger les entreprises françaises du bras parfois trop long de la justice américaine. Les débats précédant l'adoption de la CJIP furent houleux, et les aspects techniques du dispositif – qui avaient capté l'essentiel de l'attention au Royaume-Uni – n'y furent abordés que de manière marginale. En France, l'adoption de la CJIP fut plutôt l'occasion de confronter différents idéaux de la justice pénale : mettre fin à l'impunité des entreprises corruptrices, réaffirmer la souveraineté nationale pour la sanction des crimes économiques, refuser une justice à deux vitesses et assurer aux victimes une place et une indemnisation satisfaisantes. À l'issue de ces débats, la CJIP s'impose comme un compromis pragmatique permettant à la justice française de sanctionner efficacement les entreprises délinquantes et de regagner sa crédibilité sur la scène internationale.

L'affaire Alstom ou la déstabilisation d'un fleuron national

Avant qu'éclate l'affaire Alstom en 2014, l'extraterritorialité de la justice américaine et son zèle particulier à l'égard des entreprises étrangères commençaient à attirer l'attention de certains juristes français⁷⁹, mais ne faisaient pas encore l'objet d'un véritable débat public. Quelques entreprises françaises avaient bien été la cible de poursuites pour corruption aux États-Unis – ce fut le cas de Technip et d'Alcatel-Lucent en 2010⁸⁰ –, mais la couverture médiatique de ces poursuites était restée de l'ordre du fait divers, ne suscitant pas d'indignation politique.

79. Témoigne de cette attention naissante la parution, en 2013, d'un ouvrage collectif dirigé par Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber, respectivement magistrat et avocat d'affaires : Antoine GARAPON, Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, op. cit.

80. AGEFI - Dow Jones, « Technip condamné à une amende de USD338mlns pour corruption », *Les Échos*, 28 juin 2010 ; Reuters, « USA-Alcatel versera \$137 mlns pour un cas de corruption », *Les Échos*, 28 décembre 2010.

L'accord passé entre les procureurs américains et Alstom marque au contraire une nette politisation de cet enjeu dans le discours public français, et le premier jalon vers l'adoption de la CJIP deux années plus tard⁸¹.

Sous enquête depuis 2010 pour des faits de corruption entourant la construction d'une centrale électrique en Indonésie, Alstom avait dans un premier temps refusé de collaborer avec les autorités américaines. En 2013, certains de ses cadres furent mis en accusation aux États-Unis, l'un d'eux, Frédéric Pierucci, y étant même arrêté puis incarcéré durant plus de deux ans, dont quatorze mois dans une prison de très haute sécurité, avant de plaider coupable⁸². L'objectif des procureurs américains était de faire pression sur la haute direction d'Alstom pour l'emmener à la table de négociation, une stratégie qui a porté ses fruits en décembre 2014 avec la signature par Alstom d'un DPA assorti d'une amende de 772 millions de dollars⁸³. Parallèlement à ses négociations avec le Département de la justice des États-Unis, et mise en difficulté par l'amende exorbitante qui allait en découler, Alstom organisait la cession de sa division énergie à sa concurrente américaine General Electric. En décembre 2014, à peine trois jours avant la signature de son DPA, Alstom présente le projet de vente à ses actionnaires et obtient leur approbation⁸⁴. Le rachat d'Alstom par General Electric fut autorisé par la Commission européenne en novembre 2015. Aux États-Unis, quelques jours plus tard, le DPA d'Alstom fut finalement approuvé par la cour, onze mois après sa signature initiale – un délai anormalement long pour ce genre de dossier, qui laisse deviner à quel point les deux procédures étaient interreliées⁸⁵.

Le démantèlement d'Alstom créa une véritable onde de choc politique en France. Fleuron de l'industrie française, Alstom était également une entreprise hautement stratégique pour la France, avec son expertise dans le secteur du nucléaire et les nombreux emplois qui y sont liés. La cession de sa division énergie – qui comptait alors pour 70 % de l'entreprise⁸⁶ – à sa concurrente américaine, dans le contexte de sa poursuite aux États-Unis pour des faits de corruption n'ayant aucun lien avec ce territoire, a suscité un tollé général, en plus de nourrir la suspicion envers la justice américaine. Les procureurs américains s'étaient-ils faits complices de General Electric en orchestrant une « opération de déstabilisation »⁸⁷ de l'entreprise française ? Plusieurs s'interrogent⁸⁸, même si le P.-D.G. d'Alstom a catégoriquement nié tout lien entre les procédures judiciaires engagées contre l'entreprise et son rachat par General

81. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 24.

82. Frédéric PIERUCCI, *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, Paris, Jean-Claude Lattès, 2019.

83. *USA v. Alstom Grid Inc.*, Deferred Prosecution Agreement, 22 décembre 2014, <https://corporate-prosecution-registry.com/media/agreement/alstom-grid.pdf>.

84. Frédéric PIERUCCI, *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, *op. cit.*, p. 267.

85. *Ibid.*, p. 311.

86. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 24.

87. Matthieu ARON, « L'Affaire Alstom, une guerre secrète à 12 milliards d'euros », les dessous d'un scandale », *L'Obs*, 25 octobre 2021, <https://www.nouvelobs.com/ce-soir-a-la-tv/20211025.OBS50261/l-affaire-alstom-une-guerre-secrete-a-12-milliards-d-euros-les-dessous-d-un-scandale.html>.

88. Emmanuel DAOUD, Clarisse LE CORRE, « La conformité des entreprises en matière de lutte anti-corruption », *AJ Pénal*, *op. cit.*

Electric⁸⁹. Une commission d'enquête parlementaire chargée d'examiner le dossier conclura en 2018 qu'« aucun élément factuel ne permet de corroborer la théorie selon laquelle General Electric aurait instrumentalisé ces procédures [judiciaires] pour faciliter le rachat d'Alstom »⁹⁰. L'affaire, en tout cas, alerte les autorités françaises quant au risque de déploiement stratégique de la justice américaine contre les entreprises françaises et mène à la création d'une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine par les commissions des affaires étrangères et des finances de l'Assemblée nationale⁹¹. Cette mission, dont les travaux se sont déroulés simultanément à ceux du projet de loi Sapin 2, conclut à la nécessité pour la France de se doter d'« armes égales » à celles des États-Unis afin de contrer les effets pervers de l'extraterritorialité des lois américaines, à commencer par un régime plus robuste de lutte contre la corruption d'agents publics étrangers et l'introduction d'un dispositif de transaction pénale pour les entreprises, susceptibles d'imposer des pratiques plus coopératives aux autorités de poursuite américaines⁹².

L'affaire Alstom eut simultanément pour effet de sensibiliser le milieu des affaires à la menace que l'arsenal anti-corruption des États-Unis faisait peser sur les entreprises multinationales françaises, et tout particulièrement sur leurs cadres, dont l'arrestation pouvait servir de moyen de pression pour contraindre une entreprise à la collaboration. Dès 2015, peu après sa sortie de prison, l'ancien cadre d'Alstom Frédéric Pierucci a activement travaillé à informer les dirigeants d'entreprises des pratiques des autorités de poursuite américaines en vertu du FCPA et à les conseiller sur les mesures qui devraient être mises en œuvre afin de protéger leur entreprise⁹³. La même année, la revue *AJ Pénal* consacrait un numéro thématique aux atteintes à la probité, dans lequel s'exprimait similairement la prise de conscience de la nécessité, dans l'intérêt même des entreprises françaises, de rehausser l'action de la France en matière de répression de la corruption.

« Les professionnels du secteur privé et public estiment ainsi, à juste titre, que les insuffisances de l'action répressive de la France exposent les entreprises françaises à être poursuivies à l'étranger sur le fondement de législations anti-corruption à portée extraterritoriale. Progressivement s'effectue une prise de conscience des milieux économiques et juridiques français de la nécessité de renforcer les politiques publiques et internes de lutte contre la corruption, pour rendre nos entreprises et notre droit plus performant et compétitif. »⁹⁴

89. Frédéric PIERUCCI, *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, op. cit., p. 295.

90. Assemblée nationale, Rapport fait au nom de la commission d'enquête chargée d'examiner les décisions de l'État en matière de politique industrielle, au regard des fusions d'entreprises intervenues récemment, notamment dans les cas d'Alstom, d'Alcatel et de STX, ainsi que les moyens susceptibles de protéger nos fleurons industriels nationaux dans un contexte commercial mondialisé, présenté par Olivier MARLEIX (président) et Guillaume KASBARIAN (rapporteur), 19 avril 2018, p. 34.

91. Luca D'AMBROSIO, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, op. cit., p. 2.

92. Assemblée nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires étrangères et la Commission des finances en conclusion des travaux d'une mission d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, présenté par Pierre LELLOUCHE (président) et Karine BERGER (rapporteur), 5 octobre 2016.

93. Frédéric PIERUCCI, *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, op. cit., p. 263.

94. Emmanuel DAOUD, Clarisse LE CORRE, « La conformité des entreprises en matière de lutte anti-corruption », *AJ Pénal*, op. cit.

Toujours en 2015, le Club des juristes, *think tank* juridique français composé d'avocats, de juristes d'entreprise, de magistrats et d'universitaires, a publié un rapport sur le renforcement de la lutte contre la corruption transnationale, qui soulignait l'intérêt commun des associations de lutte contre la corruption et des entreprises françaises au renforcement du dispositif de lutte contre la corruption en droit français, ainsi que le rôle que devaient jouer les entreprises elles-mêmes dans cette lutte, grâce à leurs programmes de conformité⁹⁵. Le rapport du Club des juristes insiste notamment sur les améliorations procédurales requises pour traiter les dossiers de corruption transnationale avec rapidité et efficacité, en suggérant de s'inspirer du *deferred prosecution agreement* américain pour instaurer, en droit français, une procédure adaptée de comparution avec reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC) à l'intention des entreprises, qui aurait l'avantage de la souplesse sans pour autant constituer une procédure dérogatoire, qui risquerait de « renvoyer l'image d'une justice inégalitaire au profit de ceux qui en font l'objet »⁹⁶. La CRPC n'avait toutefois pas la faveur des représentants des entreprises, pour qui « l'enjeu clé est de disposer d'une procédure sans reconnaissance de culpabilité »⁹⁷. Le Mouvement des entreprises de France (MEDEF) et l'Association française des entreprises privées (AFEP) plaidaient plutôt, de leur côté, en faveur d'un dispositif transactionnel sans condamnation pénale, plus proche de la pratique américaine⁹⁸. C'est un tel dispositif qu'a finalement introduit le gouvernement, début 2016, dans le projet de loi Sapin 2.

Le parcours législatif sinueux de la CJIP et la confrontation des idéaux de justice pénale

Contrairement au DPA britannique, la CJIP ne fut pas portée d'abord par les acteurs de la justice, mais bien par le ministère de l'Économie et des Finances, avec le soutien des grandes entreprises françaises. Heurtant fortement la culture juridique française, et faisant dans un premier temps l'objet d'un accueil mitigé au sein de la magistrature, elle fut sans aucun doute la pièce la plus controversée de la loi Sapin 2, comme en témoignent son « parcours législatif sinueux »⁹⁹ et l'intensité des débats politiques qui l'ont accompagnée.

D'abord frappée d'un avis défavorable du Conseil d'État, qui estimait qu'elle « ne permettrait pas à la justice pénale d'assurer pleinement sa mission »¹⁰⁰, une première version de la CJIP avait dû être retirée du projet de loi présenté par le gouvernement. Elle y fut réintroduite lors des travaux de la commission des lois de l'Assemblée nationale, sous une

95. LE CLUB DES JURISTES, « Du renforcement de la lutte contre la corruption transnationale », mars 2015.

96. *Ibid.*, p. 30.

97. Emmanuelle D'ACHON, Charles TROTTMANN, « Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale » [en ligne], Inspection générale des finances, juin 2016, p. 13, disponible sur <<https://www.igf.finances.gouv.fr/files/live/sites/igf/files/contributed/IGF%20internet/2.RapportsPublics/2016/2016-M-051.pdf>>.

98. Denis SAINT-MARTIN, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », *op. cit.*, p. 23 ; BELLAN Marie, « Corruption des entreprises : le big bang de la "transaction pénale" », *Les Échos*, 4 février 2016, <https://www.lesechos.fr/2016/02/corruption-des-entreprises-le-big-bang-de-la-transaction-penale-196599>.

99. Etienne VERGÈS, « Chronique législative, Procédure pénale : La procédure pénale hybride », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, 2017/3, p. 581.

100. Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 24 mars 2016, Extrait du registre des délibérations, n°391.262, p. 11 et suivantes.

forme légèrement modifiée réservant une place plus importante au juge et aux victimes, afin de répondre aux critiques du Conseil d'État. Même ainsi amendée, la CJIP souleva une contestation véhémement aussi bien au sein qu'en dehors du Parlement, de nombreux élus et organisations de la société civile proposant d'en supprimer l'article dans le projet de loi. Ce fut le cas de plusieurs élus des partis de gauche (Europe Écologie Les Verts, Parti Communiste, Parti radical de Gauche¹⁰¹), de même que, en dehors de l'hémicycle, de l'Union Syndicale des Magistrats, qui se disait « radicalement opposée à cette procédure »¹⁰², et d'un groupe de quatorze autres organisations de la société civile, incluant le Syndicat de la magistrature, ayant formulé des propositions conjointes sur le projet de loi Sapin 2¹⁰³. Tout au long des débats parlementaires, trois visions distinctes de ce que devrait être la transaction pénale pour les personnes morales se sont affrontées : l'une, calquée sur la procédure américaine et rejetée par le Conseil d'État, aurait laissé peu de place au juge et aux victimes, pour un maximum de souplesse dans les négociations entre procureurs et entreprises ; une autre s'inspirait plutôt de la procédure de CRPC, déjà connue du droit français, afin de l'étendre aux personnes morales coupables de chefs d'atteintes à la probité ; une troisième, enfin, en faveur de laquelle tranchèrent les élus, réservait une certaine place au juge et aux victimes, mais sans reconnaissance de culpabilité de la part de la personne morale¹⁰⁴. L'appellation même de CJIP fut critiquée et quelques fois modifiée, le Sénat proposant par exemple de la rebaptiser simplement « transaction judiciaire », estimant que « la notion d'intérêt public ne se justifi[ait] guerre¹⁰⁵ », les députés de l'Assemblée nationale votant ensuite, en deuxième lecture, pour rétablir sa dénomination initiale.

Ces débats houleux, loin de se cantonner aux conditions techniques de mise en œuvre du dispositif comme cela avait été le cas au Royaume-Uni, ont au contraire fait intervenir, au soutien ou à l'encontre de la CJIP, de grands principes de la justice pénale. Fut invoquée, en premier lieu, la nécessité de mettre un terme à l'impunité dont jouissaient alors trop souvent les entreprises corruptrices en France, en les sanctionnant efficacement et en assurant une indemnisation adéquate à leurs victimes : il s'agit de la motivation officielle du dispositif, mise en avant surtout par le gouvernement et les élus socialistes. Sur la scène internationale, la France était alors la cible de critiques sévères de la part du Groupe de travail sur la lutte contre la corruption de l'OCDE. Malgré une « transposition consciencieuse de la Convention en droit

101. Des amendements visant à supprimer la CJIP furent ainsi présentés, en première lecture, par M. Sergio Coronado (Europe Écologie Les Verts) (Assemblée nationale, Compte-rendu intégral de la 2^e séance du 7 juin 2016, J.O. p. 4009) et MM. Jean-Pierre Bosino (Parti communiste) et Pierre-Yves Collombat (Parti radical de gauche) (Sénat, Compte-rendu intégral de la séance du 5 juillet 2016, J.O. p. 12 216 et 12 217) puis, en nouvelle lecture, par Mme Éliane Assassi (Parti communiste) et M. Pierre-Yves Collombat (Parti radical de gauche) (Sénat, Compte-rendu intégral de la séance du 3 novembre 2016, J.O. p. 16 680).

102. UNION SYNDICALE DES MAGISTRATS, « Observations de l'USM sur le projet de loi n° 3623 relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique dite "loi Sapin 2" », 1^{er} juillet 2016, p. 11.

103. ANTICOR, ATTAC, CCFD-TERRE SOLIDAIRE, *et al.*, « Projet de Loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique : Les propositions de 14 organisations de la société civile », 26 mars 2016, p. 7.

104. Assemblée nationale, Rapport de Sébastien Denaja au nom de la commission des lois, n° 3785 et 3786, 26 mai 2016, p. 147 et suivantes.

105. Sénat, Rapport de François Pillet au nom de la commission des lois, n° 712, 22 juin 2016, p. 89.

interne »¹⁰⁶, les rapports de suivi concernant la France déplorait « la faible réactivité des autorités françaises »¹⁰⁷ vis-à-vis leurs entreprises ressortissantes impliquées dans des affaires de corruptions à l'étranger, le nombre de poursuites et de condamnations pour corruption d'agents publics étrangers « bien en-deçà des attentes »¹⁰⁸, ainsi que les peines applicables en la matière « trop peu dissuasives »¹⁰⁹. En effet, plus de quinze ans après la création de l'infraction de corruption d'agent public étranger en droit français, on ne dénombrait en 2016 qu'un seul cas de condamnation de personnes morales sur ce chef par la justice française : celui des entreprises Total et Vitol, condamnées après plus d'une décennie d'enquêtes et de procédures à des amendes de 750 000 et de 300 000 euros pour avoir participé au détournement du programme d'aide « Pétrole contre nourriture » en Irak (voir encadré 1).

Encadré 2. La condamnation de Total et de Vitol dans l'affaire *Pétrole contre nourriture* et les limites perçues de la procédure judiciaire traditionnelle dans la répression de la corruption transnationale

Lors de l'adoption de la CJIP en 2016, la justice française présentait un bien maigre bilan en matière de répression de la corruption transnationale, surtout à l'encontre des personnes morales¹¹⁰. Une première condamnation de personne morale pour corruption d'agent public étranger, prononcée contre l'entreprise Safran en 2012, avait été cassée en appel, se soldant par la relaxe définitive de la personne morale en 2015. La seule autre affaire de corruption d'agent public étranger ayant mené à la condamnation de personnes morales était celle impliquant les entreprises Total et Vitol, qui avaient été relaxées en première instance en 2013, avant d'être condamnées par la cour d'appel de Paris en juillet 2016 – alors que la CJIP faisait encore l'objet de débats parlementaires. Cette condamnation ne fut définitive qu'en 2018, après confirmation du verdict par la Cour de cassation.

Les actes incriminés dans cette affaire ont été commis entre 1997 et 2003, alors que la commercialisation du pétrole irakien faisait l'objet d'une réglementation stricte supervisée par l'ONU, dans le cadre du programme « Pétrole contre nourriture ». Total et Vitol, comme plusieurs autres entreprises pétrolières, ont contourné ce programme en payant illégalement

106. Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, « France : Examen de l'application de la Convention et de la Recommandation de 1997 », Rapport de la Phase 1, 1999, p. 28. <https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/conventioncontrelacorruption/2076569.pdf>. La transposition de la Convention de l'OCDE en droit interne avait été assurée par la loi n°2000-595 du 30 juin 2000 modifiant le Code pénal et le Code de procédure pénale relative à la lutte contre la corruption, qui avait notamment créé une nouvelle infraction de corruption d'agents publics étrangers.

107. Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, « Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption », 2012, p. 5, <https://www.oecd.org/fr/corruption/anti-corruption/FrancePhase3FR.pdf>.

108. Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, « France : Rapport de suivi écrit de Phase 3 et recommandations », 2014, p. 4, <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/France-Rapport-Suivi-Ecrit-Phase-3-FR.pdf>.

109. OCDE, « L'OCDE déplore le peu de condamnations en France pour corruption transnationale mais reconnaît les efforts récents pour assurer la pleine indépendance du parquet », communiqué de presse du 23 octobre 2012, <https://www.oecd.org/fr/corruption/locdedeplorelepeudecondamnationsenfrancepourcorruptiontransnationalemaisreconnaitleseffortsrecentspourassurerlapleineindependanceduparquet.htm>.

110. Le plus récent rapport de suivi de l'OCDE sur la France résume l'ensemble des affaires de corruption d'agents publics étrangères résolues depuis 2012 dans son Annexe 1 : Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, « Mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption. Rapport de Phase 4 : France », 2021, p. 168 et suivantes, <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/France-Rapport-Phase-4-FR.pdf>.

des surcharges au gouvernement irakien pour le pétrole vendu. Une information judiciaire a été ouverte en 2002 et a duré neuf ans, avant d'être portée devant le tribunal correctionnel de Paris. En 2013, ce dernier a prononcé une relaxe générale des deux personnes morales et des treize personnes physiques accusées de corruption d'agent public étranger, sur le fondement notamment que ce délit n'avait pas été caractérisé en tous ses éléments. Ce jugement a été infirmé en 2016 par la cour d'appel de Paris, qui a condamné les deux sociétés et sept personnes physiques de corruption d'agent public étranger ou de complicité de cette infraction. Ces condamnations ont été confirmées par la Cour de cassation en 2018¹¹¹. Total et Vitol ont alors été tenues à des amendes de 750 000 et de 300 000 euros respectivement, soit les amendes maximales prévues par la loi au moment des faits.

Cette affaire frappe les esprits tant par la durée des procédures – les condamnations définitives ont été prononcées près de vingt ans après les faits – que par les montants dérisoires des amendes finalement imposées à des entreprises de l'envergure de Total et de Vitol. Il faut noter que Vitol, pour les mêmes faits, s'était pliée en 2007 à un plaidoyer de culpabilité aux États-Unis, assorti d'une amende de 17,5 millions de dollars. Au moment de débattre de la CJIP, cet unique succès de la justice française en matière de lutte contre la corruption commise par les entreprises transnationales pouvait difficilement passer pour une preuve de bon fonctionnement de la procédure pénale traditionnelle.

Le constat de bien des observateurs, en France, était celui d'un système judiciaire incapable, en l'absence de dispositif transactionnel, de mener une répression effective des actes de corruption transnationale. Comme au Royaume-Uni quelques années auparavant, la CJIP fut donc présentée comme un outil supplémentaire mis à la disposition de la justice afin d'assurer sa mission de répression de la corruption, un outil permettant de contourner les difficultés probatoires que soulève ce genre de dossiers complexes et de sanctionner les entreprises délinquantes non seulement plus rapidement, mais aussi plus vigoureusement qu'avant. Selon ses promoteurs, l'efficacité de la voie transactionnelle se mesure aussi en espèces sonnantes et trébuchantes, par sa capacité à infliger de très lourdes amendes aux entreprises ayant commis des actes de corruption et à en faire profiter non seulement les victimes, mais aussi les finances publiques de la France. Cet aspect pécunier du débat, qui n'avait été qu'effleuré au Royaume-Uni, est au contraire bien explicite dans les interventions des élus français, comme en témoigne ce propos d'un élu socialiste.

« Figurez-vous qu'il y a, dans le monde, une police particulièrement heureuse : celle de l'État de New York. Elle vient en effet d'être dotée d'un matériel « dernier cri », en particulier de bateaux pour la police fluviale, dont elle rêvait depuis toujours. Eh bien, savez-vous qui les a payés ? BNP Paribas – certes, il s'agissait de la violation de l'embargo, et non d'une affaire de corruption, mais c'est bel et bien une banque française qui a payé l'équipement de la police de l'État de New York. J'aimerais que, lorsque des entreprises françaises se rendent coupables de corruption, la sanction

111. Cass. Crim. 14 mars 2018, FS-P+B, n° 16-82.117 ; Julie Gallois, « *Pétrole contre nourriture* : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux », *Dalloz actualité*, 4 avril 2018, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/petrole-contre-nourriture-precisions-en-matiere-de-corruption-d-agents-publics-etrange-et-d-#.YivqRt_CppQ.

puisse non seulement réparer le préjudice subi par les victimes mais également alimenter le fonctionnement de nos services publics et, pourquoi pas, celui de la justice. »¹¹²

En filigrane de la promesse d'efficacité de la CJIP, se profile aussi le désir de rétablir la souveraineté juridique de la France, qui devrait être en mesure de juger elle-même les méfaits de ses entreprises et ne pas laisser un État étranger s'emparer de cette prérogative – et des revenus susceptibles d'en découler. Ce thème de la souveraineté nationale, leg direct de l'affaire Alstom, est omniprésent dans les débats politiques entourant la CJIP. S'il est porté surtout par les députés de droite, il interpelle également le gouvernement et les élus socialistes, qui conviennent tous de la nécessité de défendre la justice et les entreprises françaises des empiètements du système judiciaire des États-Unis, dépeint comme moins protecteur des droits de la défense. En ramenant les entreprises corruptrices dans le giron de la justice française, un dispositif de justice négociée comme la CJIP doit donc permettre non seulement de les sanctionner efficacement, mais aussi de les soustraire au rapport de force défavorable que cherchent à leur imposer les autorités américaines. Ce double objectif du dispositif de transaction pénale est d'ailleurs explicité dans le rapport de la commission des lois du Sénat, qui affirme : « L'instauration d'un tel dispositif répond à deux objectifs : renforcer l'efficacité de la justice pénale française dans la répression de la corruption et éviter de pénaliser les entreprises françaises à l'étranger lorsqu'elles sont mises en cause dans des affaires de corruption internationale »¹¹³.

On observe toutefois, lors des débats parlementaires, une tension récurrente entre ces deux objectifs assignés à la CJIP – lutter efficacement contre la corruption et éviter de pénaliser les entreprises corruptrices – qui se manifeste surtout autour des peines qu'il convient ou non d'imposer aux entreprises qui empruntent la voie de la justice négociée : le dispositif de transaction pénale se doit d'être suffisamment *punitif* pour effectivement rendre justice, tout en demeurant *attractif* aux yeux des entreprises qui, sinon, pourraient ne pas s'en saisir ou préférer collaborer avec une autorité étrangère. Pour la majorité des élus, cet équilibre délicat exclut d'emblée toute forme de condamnation pénale des sociétés, comme l'aurait permis par exemple un dispositif calqué sur la CRPC, que favorisaient certains élus écologistes et communistes.

L'idée selon laquelle la France devrait se munir d'une procédure « attractive » pour sanctionner les actes de corruption perpétrés par les grandes entreprises tout en leur évitant les conséquences les plus graves découlant normalement d'une condamnation pénale est certainement celle qui a suscité les critiques les plus vives lors des débats concernant la CJIP. Accusée tout au long des débats d'instaurer une « justice à deux vitesses », la CJIP, selon ses détracteurs, permettrait à ceux qui en ont les moyens d'acheter leur impunité, en payant une amende au lieu d'avoir à subir un procès, en plus d'euphémiser la délinquance financière en lui réservant un traitement particulier. Ces critiques, portées surtout par les élus du Parti communiste et du Parti radical de gauche, découlent de la conviction que les piètres résultats

112. Romain Colas (Parti socialiste), Assemblée nationale, Compte-rendu intégral de la 2^e séance du 7 juin 2016, J.O., p. 4013. En 2014, la banque BNP Paribas s'était en effet vu infliger une amende de 9 milliards de dollars pour violation de l'embargo imposé par les États-Unis contre l'Iran, Cuba et le Soudan.

113. Sénat, Rapport de François Pillet au nom de la commission des lois, n° 712, 22 juin 2016, p. 86.

de la justice française en matière de répression de la corruption commise par les entreprises transnationales sont dus surtout au manque de moyens qui lui sont accordés pour enquêter sur ces dossiers complexes. En dernière analyse, un tel manque de moyens serait lui-même attribuable à l'absence de volonté politique de poursuivre vigoureusement les crimes commis par les grandes entreprises et de mettre fin aux pratiques qui leur permettent de s'imposer sur les marchés internationaux, ainsi qu'au manque d'indépendance du parquet.

Outre la dénonciation d'une justice à deux vitesses, une seconde critique à l'encontre de la CJIP s'est faite entendre de manière récurrente au cours des travaux législatifs : celle d'une américanisation de la procédure judiciaire française. Aux yeux de nombreux parlementaires, y compris certains qui se sont finalement ralliés au dispositif, cette procédure de justice transactionnelle a d'abord été perçue comme une intrusion inopportune du droit « anglo-saxon » dans la tradition juridique « latine » de la France. Deux principaux irritants ressortent des débats : d'une part, la place limitée du juge dans la procédure et l'absence de débat contradictoire et public ; d'autre part, la place limitée faite aux victimes dans le déroulement de la transaction pénale. Ces deux aspects se trouvaient au cœur de la critique qu'avait formulée le Conseil d'État à l'encontre de la proposition initiale du gouvernement : « En l'absence de contradiction et de débat public, l'intervention de la justice perd sa valeur d'exemplarité et la recherche de la vérité s'en trouve affectée. En outre, la victime se trouve privée d'une participation personnelle au procès pénal et son intervention est cantonnée à une demande d'indemnisation devant une juridiction civile »¹¹⁴. Une grande partie des débats subséquents a consisté à évaluer si la CJIP souffrait des mêmes défauts que le dispositif critiqué par le Conseil d'État, ou si elle avait au contraire été adaptée et rendue compatible avec la culture juridique française. Une majorité de parlementaires a finalement estimé que le dispositif amendé, avec l'intervention du juge du siège et la participation des victimes, pouvait s'inscrire dans la tradition juridique française.

Ces débats de haut niveau sur les grands principes de la justice que pouvait ou non prétendre servir la CJIP ont cependant laissé dans l'ombre certaines considérations, pourtant cruciales, concernant l'opérationnalisation de ce dispositif. C'est le cas par exemple du périmètre des infractions susceptibles de donner ouverture à une CJIP : la CJIP a été d'emblée présentée comme un instrument de lutte contre la corruption, et son éventuelle extension à d'autres domaines de la criminalité économique et financière n'a jamais été ouvertement débattue au cours des travaux parlementaires. Cette omission est étonnante considérant que les dispositifs dont s'inspire la CJIP, les DPA américain et britannique, ont des champs d'application beaucoup plus vastes, incluant non seulement la corruption, mais toute une gamme de crimes économiques (corruption, fraude et blanchiment d'argent au Royaume-Uni, auxquels s'ajoutent aux États-Unis n'importe quel crime dont peut être accusée une entreprise : atteintes à la concurrence, à l'environnement, à la sécurité au travail, etc.). La question des infractions susceptibles de faire l'objet d'une CJIP avait d'ailleurs été soulevée par le Conseil d'État juste avant le début des travaux parlementaires, qui avait estimé qu'une procédure de transaction pénale pour les entreprises devrait être *limitée* aux seules affaires de corruption transnationale,

114. Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 24 mars 2016, Extrait du registre des délibérations, n°391.262, p. 12.

pour lesquelles, vu les pratiques d'autres États et sous réserve de garanties appropriées, les avantages l'emporteraient sur les inconvénients¹¹⁵. Au cours de leurs travaux, les parlementaires ont plutôt *élargi* le périmètre de la CJIP pour y intégrer le blanchiment de fraude fiscale et les infractions connexes, sans toutefois débattre des motivations d'un tel élargissement¹¹⁶. Par la suite, la CJIP fut de nouveau étendue, en 2018 et en 2020, aux chefs d'accusation liés au blanchiment d'argent et aux atteintes à l'environnement¹¹⁷.

Le second angle mort des débats parlementaires concerne la manière dont la CJIP risque d'influencer la répartition de la responsabilité pénale entre les personnes morales et les personnes physiques impliquées dans la commission d'une infraction. En effet, si la possibilité qu'une personne morale évite son procès en payant une amende a suscité une vive controverse, le sort des dirigeants de la personne morale qui s'engagerait ainsi sur la voie de la justice négociée – dirigeants qui peuvent avoir commis personnellement les infractions reprochées à la personne morale ou en avoir été complices – a été peu discuté. Le texte de loi prévoit que la CJIP est réservée aux personnes morales et que ses termes ne peuvent pas inclure une immunité pour les personnes physiques impliquées dans les faits couverts par la transaction. Comme l'a toutefois pressenti un élu dans le seul échange qui effleure cette question, « [l]a vraie question est : que fera le procureur ? »¹¹⁸. En l'absence de directive claire incitant les procureurs à poursuivre leurs enquêtes sur les responsabilités individuelles des faits reconnus par l'entreprise, un dossier ayant permis de conclure une CJIP et de récolter une amende considérable risque en pratique d'être considéré comme clos, se traduisant dans les faits par une immunité accordée aux dirigeants de l'entreprise. La suite du présent rapport permettra de mieux comprendre comment les acteurs de la justice se sont effectivement saisis de ce nouveau dispositif de justice négociée, ainsi que les appréciations qu'ils formulent à son égard.

Conclusion

La mondialisation des activités économiques, de même que le développement concomitant de la finance *offshore* et de son réseau de professionnels capables d'assurer la circulation discrète des flux financiers licites ou illicites à travers le monde, ont durablement transformé les illégalismes d'affaires au cours de la seconde moitié du vingtième siècle. Ces derniers y ont gagné une nouvelle portée géographique, qui défie les limites juridictionnelles des instruments classiques du droit pénal, en même temps qu'une nouvelle complexité technique, faite de sociétés écrans et de comptes bancaires à numéro logés dans diverses juridictions peu pressées de collaborer avec les autorités d'enquête étrangères. Cette réalité, avec laquelle

115. Conseil d'État, Avis sur un projet de loi relatif à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, Séance du 24 mars 2016, Extrait du registre des délibérations, n°391.262, p. 12.

116. Assemblée nationale, Rapport de Sébastien Denaja au nom de la commission des lois, n° 4045 et 4046, 21 septembre 2016, p. 77-79 ; Assemblée nationale, Compte-rendu intégral de la 1^{ère} séance du 29 septembre 2016, J.O. p. 5751.

117. Loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude ; Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée.

118. Charles de Courson (Union des démocrates et indépendants), Assemblée nationale, Compte-rendu intégral de la 2^e séance du 7 juin 2016, J.O. p. 4015.

nous composons à vrai dire depuis plusieurs décennies mais qui n'a cessé de s'amplifier avec le temps¹¹⁹, pose de réels défis au fonctionnement traditionnel de la justice pénale.

Les États-Unis ont été confrontés plus tôt que les autres pays à ces nouveaux illégalismes d'affaires, et en particulier au problème de la corruption à laquelle certaines entreprises américaines se livraient dans le cadre de leurs activités à l'étranger. Dès la fin des années 1970, le législateur américain a fait le choix de l'extraterritorialité de sa loi pénale en matière de lutte contre la corruption transnationale, avec le FCPA et la criminalisation des paiements faits par les entreprises aux agents publics étrangers. L'approche américaine a par la suite inspiré les principales conventions internationales en matière de lutte contre la corruption, à commencer par la convention de l'OCDE, signée en 1997, qui requiert des États signataires qu'ils criminalisent à leur tour la corruption d'agents publics étrangers dans leur droit interne.

L'application extraterritoriale d'une loi pénale pose d'importantes difficultés probatoires, qui ont été mises en évidence dans les débats précédant l'adoption du FCPA aux États-Unis : le pouvoir dont disposent les autorités d'enquête et de poursuite pour contraindre des témoins ou saisir des éléments de preuves s'arrête en effet aux frontières du pays qui les a constituées, et la collaboration des autorités étrangères ne peut jamais être prise pour acquise. Aux États-Unis, toutefois, ces difficultés probatoires n'ont pas été jugées insurmontables, et elles n'ont pas empêché la condamnation officielle de nombreuses entreprises étrangères, qui bénéficient relativement peu des DPA si on les compare aux entreprises américaines¹²⁰. Au Royaume-Uni et en France, en revanche, au tournant des années 2010, la procédure pénale traditionnelle n'avait encore condamné aucune entreprise pour corruption d'agent public étranger et ne semblait pas en mesure de surmonter par elle-même le défi de l'extraterritorialité.

Ce sont finalement les procureurs américains, dont l'action a ciblé de plus en plus vigoureusement les grandes entreprises étrangères à compter de la fin des années 2000, qui ont rebattu les cartes de la justice pénale ailleurs dans le monde. L'intrusion de la justice américaine dans les dossiers de corruption impliquant les fleurons de l'industrie d'autres pays – tels BAE Systems au Royaume-Uni et Alstom en France – est en quelque sorte venue bousculer la gestion discrète des illégalismes d'affaires qui y avait cours. Elle a d'une part donné une visibilité nouvelle aux pratiques répréhensibles des entreprises concernées, révélant du même coup la faiblesse de la réponse pénale de leur pays d'origine. Face aux autorités américaines, ces entreprises se sont d'autre part retrouvées dans un rapport de force qui leur était nettement défavorable, risquant de déstabiliser leurs opérations, voire même de mettre en jeu leur survie. L'adoption, dans des pays comme la France et le Royaume-Uni, de procédures de transaction pénale pour les entreprises représente en un sens un nouveau compromis dans la gestion des illégalismes d'affaires : ces procédures impliquent en effet davantage de publicité que la tolérance de fait qui prévalait antérieurement, ainsi que le paiement d'amendes conséquentes au Trésor public, tout en offrant aux entreprises délinquantes et à leurs autorités de poursuite nationales davantage de contrôle sur le déroulement des négociations et la temporalité des procédures. À l'issue de débats plutôt techniques au Royaume-Uni et plutôt politiques en

119. Franck JOVANOVIĆ, *Finance offshore et paradis fiscaux : Légal ou illégal ?*, op. cit., p. 3.

120. Selon Garrett, les entreprises étrangères aux prises avec la justice américaine ont été officiellement condamnées plus de quatre fois sur cinq, le plus souvent à l'issue d'une entente de plaider-coupable. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, op. cit., p. 219-220.

France, le DPA et la CJIP ont en somme tenté d'établir un nouvel équilibre entre la sanction des crimes économiques les plus graves, la crédibilité internationale et l'utilisation optimale des ressources de la justice et les intérêts des plus grandes entreprises du pays.

S'il fut jugé optimal du point de vue de l'administration de la justice et de la pérennité des grandes entreprises, ce nouvel équilibre instauré par la transaction pénale pour les entreprises s'accorde-t-il aux conceptions de la justice qui sillonnent l'espace public ? C'est la question qu'examine le prochain chapitre, en s'intéressant aux critiques formulées à l'encontre de ce dispositif lors de sa mise en œuvre.

Chapitre 3

Qu'est-ce que l'intérêt public ? La transaction pénale en régime critique¹

Qu'est-ce donc que l'intérêt public ? Comment peut-on approcher cette expression quasi conceptuelle ? On sait que les manières de définir le bien collectif et les prises pour le faire sont multiples² et qu'il n'est pas possible, dans la perspective d'une démocratie pluraliste, de définir *a priori* ce qui peut se cacher derrière ce terme. Sous ce blason et malgré ses usages parfois non réflexifs, se dissimulent donc différentes conceptions du public et de ses intérêts. Pour aborder cette question, on se penchera une fois de plus sur le dispositif qui fait l'objet de cette recherche et qui se revendique par son nom même de cet intérêt : la convention judiciaire d'intérêt public. Les mots et leurs usages peuvent entraîner, on le sait, de véritables controverses quant au sens qu'ils recouvrent et aux oppositions auxquelles ils contribuent³. Le terme « public » figure certainement au cœur de ces débats, ceux s'en réclamant étant toujours exposés au risque d'accusation de ne défendre que des intérêts privés⁴. L'instauration d'un tel dispositif « d'intérêt public » suscite, au-delà de cette seule expression, d'identifier par quelle voie et comment un tel intérêt peut être véritablement défendu dans l'usage et le déploiement d'un tel dispositif. Quelle garantie ce dispositif offre-t-il du point de vue du « public » ? Cet intérêt repose-t-il entièrement sur les épaules des magistrats qui proposent d'entrer dans une telle transaction à une entreprise ? ou bien sur la seule décision du juge qui en valide l'usage, en s'assurant qu'elle respecte bel et bien le cadre juridique prévu ? Comment enfin une contestation de l'usage de la CJIP au nom de l'intérêt public peut-elle s'exprimer ? Ces questions sont d'importance étant donné la place croissante prise par la forme transactionnelle, dont le périmètre s'est étendu à de nouvelles infractions depuis son instauration en 2016. Depuis cette date, la CJIP avait été pour l'essentiel, et après l'âpreté des débats parlementaires qui l'avaient mise sur le devant de la scène, plutôt exemptée de discussions critiques sur ces questions. Or, à partir de 2021, elle s'est vue bien plus largement mise en cause suite à une affaire médiatiquement très débattue : l'affaire LVMH⁵.

1. Le présent chapitre a été rédigé par Thomas Angeletti.

2. Luc BOLTANSKI, Laurent THÉVENOT, *De la justification : les économies de la grandeur*, NRF essais, Paris, Gallimard, 2008.

3. Thomas ANGELETTI, Juliette GALONNIER, Manon HIM-AQUILLI, « En venir aux mots », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2022/43, p. 7-32.

4. Antoine VAUCHEZ, *Public*, Paris, Anamosa, 2022.

5. S'agissant là d'une affaire publique et extrêmement débattue, il nous est apparu inutile, voire contreproductif, de l'anonymiser.

Encadré 3. L'affaire LVMH

L' « affaire LVMH », appelée régulièrement également « l'affaire Squarcini » dans les médias, a été largement commentée dans la presse au cours des dernières années. Résumons en quelques mots son déroulé : Bernard Squarcini, ancien patron du renseignement intérieur français, s'est reconverti en 2012 dans le conseil privé en sécurité. Il a été engagé peu de temps après par la société LVMH, dirigée par Bernard Arnault, pour réaliser des missions ponctuelles de sécurité. Parallèlement à ces développements, le journaliste au sein du média *Fakir* (et aujourd'hui député), François Ruffin, s'est engagé dans la réalisation d'un documentaire sur un couple au chômage depuis la délocalisation de leur entreprise sous-traitante de LVMH en Pologne (documentaire qui donnera lieu en 2016 au film *Merci patron !*). Bernard Squarcini est accusé d'avoir organisé pour LVMH des surveillances de *Fakir* et de François Ruffin afin d'obtenir des informations, mais également d'avoir infiltré l'organe de presse et assisté aux réunions internes, opérations menées en outre par des personnes ne disposant d'aucun agrément de professionnels. Il est aussi accusé d'avoir mobilisé certains de ses anciens contacts du renseignement intérieur et de la police afin d'obtenir des informations couvertes par le secret de l'enquête⁶. Un autre volet de l'affaire concerne les tentatives de LVMH d'obtenir des informations sur la société Hermès. Bernard Squarcini a été mis en examen pour 16 délits, dont trafic d'influence, exercice illégal d'agent de recherches privées, atteinte à la vie privée, faux en écriture publique ou encore détournement de fonds publics. Il a été renvoyé devant le tribunal correctionnel en septembre 2023, avec dix autres personnes.

À travers cette affaire et par la voix de ses différentes parties prenantes se manifestent différentes conceptions de la justice, de l'intérêt public, de la finalité associée à la transaction pénale et du périmètre qui doit lui être réservé. Ce dernier chapitre retrace précisément, dans une première partie, la dynamique critique autour de cette affaire, avant de s'intéresser dans une seconde partie aux critiques et contestations qui ont accompagné l'usage de la transaction pénale aux États-Unis, avant de proposer, dans une dernière partie, une formalisation des critiques qui ont pu être émises à l'encontre de la transaction pénale en tant que dispositif⁷. Différentes tribunes provenant d'associations et d'ONG, depuis son inclusion dans le projet de loi Sapin 2, ont notamment dénoncé l'instauration de la CJIP⁸. Plutôt que de se pencher sur cette production écrite, nous nous focaliserons tout d'abord ici sur une audience visant à valider

6. Un autre aspect de l'affaire concerne la surveillance des dirigeants du groupe de luxe Hermès, qui s'étaient portés partie civile dans cette affaire. L'entreprise n'était cependant pas représentée à l'audience.

7. Brandon L. GARRETT, *Too big to jail: how prosecutors compromise with corporations*, op. cit. ; John C. COFFEE, *Corporate crime and punishment: the crisis of underenforcement*, op. cit. ; Jed S. RAKOFF, « Getting Away With Murder » [en ligne], *The New York Review of Books*, vol. 67, 2020/19, disponible sur <<https://www.nybooks.com/articles/2020/12/03/getting-away-murder-executive-prosecution/>>, (consulté le 17 septembre 2023).

8. Voir par exemple la tribune signée par sept organisations non gouvernementales et syndicales le 17 septembre 2018 dans *Le Monde*, intitulée « Non à une justice négociée qui permettrait aux fraudeurs d'acheter leur innocence », https://www.lemonde.fr/idees/article/2018/09/17/non-a-une-justice-negociee-qui-permettrait-aux-fraudeurs-d-acheter-leur-innocence_5356014_3232.html.

la signature d'une CJIP, particulièrement disputée et à laquelle nous avons pu assister. Les séances d'homologation constituent une dimension attendue de la CJIP : le juge reçoit en audience les procureurs, les avocats de l'entreprise signataire de la convention et l'un de ses représentants, et éventuellement les parties civiles, afin de s'assurer que la CJIP a bien été réalisée selon les cadres légaux. Le caractère public de cette audience et le communiqué de presse qui l'accompagne sont souvent présentés par les promoteurs de la CJIP comme deux garanties essentielles du dispositif. Ils doivent permettre d'assurer que la convention n'est pas réalisée hors du cadre judiciaire, puisque l'audience de validation se fait sous l'autorité d'un juge qui en contrôle le bon usage⁹, et d'offrir également un minimum de publicité au dispositif. Ces audiences, dont nous avons pu observer un certain nombre, sont relativement courtes et portent essentiellement sur la validité de l'usage de la CJIP dans le cadre de l'affaire discutée. Bien que recouvrant des enjeux particulièrement importants, ces audiences ne génèrent pour l'essentiel que peu d'oppositions et de débats, dans la mesure où elles réunissent procureurs et avocats de la défense pour conclure une transaction avec l'aval nécessaire du juge. Pourtant, dans le cas de l'affaire LVMH, l'audience publique a pris une tout autre tournure car des doutes y ont été émis sur la validité de l'usage du dispositif CJIP en tant que tel.

Contester une transaction pénale : audience publique, place de la victime et critiques du dispositif

L'audience qui se tient courant décembre 2021 ne porte pas sur les responsabilités individuelles, mais sur la responsabilité spécifique de la société LVMH dans cette affaire. Sont réunis dans la salle du tribunal judiciaire de Paris François Ruffin et l'avocat représentant le journal *Fakir*, le représentant de la société LVMH et ses avocats¹⁰ et enfin les procureurs et la juge. Dans l'assistance, outre le sociologue-ethnographe armé de son cahier, on peut distinguer sur les bancs de la salle quelques rares membres du public et des journalistes. L'audience s'ouvre par une explication de l'affaire par la juge. Elle indique d'emblée : « *mon rôle dans ce dossier, le juge que je suis, a un certain nombre de points que je dois vérifier* », dont notamment la « *validité de la procédure* », son « *bien-fondé* », ainsi que le « *montant de l'amende* ». La juge précise que « *l'esprit du dispositif* » de la CJIP est « *de trouver une solution rapide et de faire rentrer des sous dans les caisses de l'État. Mais un élément est la possibilité de la récidive* ». Elle rappelle les éléments de la CJIP ici considérée, qui a été acceptée par LVMH quelques jours seulement avant l'audience, impliquant le paiement d'une amende de 10 millions d'euros sous trois mois.

La juge donne ensuite la parole au représentant de la société LVMH, invité à réagir à cette convention. Il indique que les faits sur lesquels porte la CJIP ne sont plus en cours au sein du groupe et précise que, depuis, diverses mesures préventives ont été engagées : « *nous avons entrepris une refonte des départements éthique et conformité, c'est quelque chose qui prend du temps, et cette procédure a permis d'accélérer cette dynamique* ». Le représentant de cette

9. Par comparaison aux *non-prosecution agreements* américains, qui impliquent quant à eux l'arrêt de l'action publique dès la signature de l'accord et sans intervention d'un juge. Ajoutons qu'à ce jour aucune CJIP proposée à un juge n'a fait l'objet d'un refus d'homologation et que la situation est quasiment du même ordre aux États-Unis, ce qui interroge de nombreux acteurs sur le pouvoir de contrôle du juge sur ces transactions.

10. En l'occurrence deux avocats pénalistes spécialisés dans la délinquance en col blanc, l'une représentant notamment Nicolas Sarkozy, l'autre Bernard Tapie, les laboratoires Servier ou encore la banque suisse UBS.

multinationale spécialisée dans le luxe¹¹ considère que « *le montant de l'amende est fixé de manière proportionnée, car le plafond est excessivement élevé. Le parquet l'a pris en considération et a fait une proposition que nous avons acceptée* ». La juge relance alors la discussion : « *qu'est-ce qui a été mis en œuvre pour que ces faits cessent ?* », et le directeur des affaires juridiques de LVMH de répondre : « *Le groupe LVMH a répondu aux différentes demandes au cours de l'instruction judiciaire, M. Bernard Arnault a été convoqué et reçu. Concernant les prestataires mentionnés, il a été mis fin aux contrats avec ces personnes* ».

Jusqu'alors, l'audience se déroule de manière presque « habituelle », c'est-à-dire sans à-coups, même si la présence de François Ruffin sur les bancs du tribunal, comme de certains journalistes, semble avoir été clairement notée par tous les participants et suscite, avant même sa prise de parole, une tension palpable. Il revient précisément alors au député de la Somme de prendre la parole : il est une partie civile dans cette affaire et son intervention mérite une attention et une description fournies dans la mesure où elle met directement en jeu le recours à la CJIP comme moyen de régler des conflits. Il fait porter en effet dès le départ son intervention sur l'usage voire sur le concept même de la CJIP en tant que dispositif judiciaire, entraînant ensuite un débat collectif : « *La justice peut-elle s'acheter, et peut-elle s'acheter pour pas cher ? [...] L'intérêt public, ce n'est pas de faire rentrer rapidement de l'argent dans les caisses de l'État, ce n'est pas ça l'intérêt public* ». François Ruffin met directement en question « l'intérêt public » que porte dans son nom la CJIP et interroge la situation d'homologation dans laquelle il se trouve pris. La situation d'audience, qui jusqu'alors suivait son rythme pratique ordinaire, prend dès lors une tournure *métapragmatique*, au sens donné à ce terme par Luc Boltanski¹², en ce que la définition de la situation vécue est interrogée, mise en question, en la rapprochant de la classe de situations à laquelle elle appartient. La critique que François Ruffin – poursuivie à sa suite par l'avocat de *Fakir* – formule de la CJIP et du type de justice qu'elle instaure porte sur plusieurs dimensions qu'on s'efforcera progressivement de distinguer.

François Ruffin pointe d'abord du doigt l'usage pratique de la CJIP et la place faite aux victimes dans le déploiement de cette procédure : « *J'apprends qu'il y a une convention hier soir ! Je suis dans le train, et j'apprends ça en tant que victime, car je suis reconnu comme une victime !* ». La rapidité de la procédure, d'ordinaire vantée par les co-contractants que sont l'entreprise et les magistrats, est ici dénoncée pour le peu de place et de temps qu'elle laisse aux parties civiles pour exprimer leur point de vue.

Une autre dimension de la CJIP soulevée par le député a trait à la présentation des faits délictueux tels qu'ils sont décrits dans le document même que constitue la convention. Cette description amoindrirait, selon lui, la responsabilité de l'entreprise.

« Je regarde la convention, et j'ai l'impression qu'elle a été rédigée par LVMH. On y parle "d'agissement de Fakir" et "d'actions de déstabilisation". On a l'impression que ça se passe au Soudan. Donc d'un côté on amplifie, et de l'autre on euphémise. »
(François Ruffin, audience d'homologation de CJIP, notes ethnographiques)

11. Sur la manière dont les entreprises du secteur du luxe ont utilisé le passé comme processus de valorisation, voir Luc BOLTANSKI, Arnaud ESQUERRE, *Enrichissement : une critique de la marchandise*, Paris, Gallimard, « NRF essais », 2017.

12. Voir Luc BOLTANSKI, *De la critique*, Paris, Gallimard, 2009.

Cette dimension, sous ses dehors dénonciateurs, doit être prise au sérieux. Il est évident – et reconnu par les parties prenantes – que les pratiques de négociation entre magistrats et entreprises signataires portent directement sur les modalités de rédaction de la convention, sur les termes choisis, sur la description des faits qui y est donnée, sur le montant de l’amende, voire même sur les qualifications retenues¹³. La description des faits, particulièrement sensible dans des affaires impliquant de grandes entreprises, est ici réalisée dans le but de parvenir à un accord. Son objectif n’est pas nécessairement de décrire le plus précisément possible les faits concernés. Il ne s’agit nullement ici de laisser penser qu’aucune base factuelle ne soutient la description des faits adoptée, ou bien que les magistrats accepteraient toute proposition formulée par l’entreprise signataire. Mais de fait, quand une affaire implique une autre partie, c’est-à-dire une victime, qui n’a pas participé à ce processus de rédaction alors même qu’elle dispose de sa propre expérience des faits poursuivis et relatés, un décalage évident et un sentiment de minimisation peuvent s’exprimer – dont témoigne ici la réaction de François Ruffin.

Une autre forme prise par la critique de la CJIP porte sur une dimension particulièrement controversée des transactions pénales : la non-reconnaissance de sa responsabilité par l’entreprise. François Ruffin exprime ainsi à la barre : « *Il est dit dans la CJIP qu’il n’y a aucune reconnaissance de responsabilité. Je ne demande rien [en termes de réparation monétaire], mais une demande de responsabilité. On y parle de “manquements” : mais ce sont bien des actions, des choix, par le n° 2 validé par le PDG* ». La voix de la victime porte ici sur la nécessité d’une reconnaissance, voire, comme cela sera invoqué plus tard, sur la présentation d’excuses. Là encore, comme cela peut d’ailleurs être aussi le cas dans le procès pénal¹⁴, c’est le dispositif qui est mis en cause en ce qu’il implique l’absence de reconnaissance de responsabilité.

François Ruffin en vient ensuite à interroger le montant de l’amende jugé très faible par rapport aux faits incriminés, mais aussi ses effets en termes de potentielle récidive de la part de l’entreprise.

« Puis tant qu’à faire, à se faire payer, autant se faire payer cher. Là on est à 0,02 % du chiffre d’affaires de LVMH. C’est l’équivalent de 10 € pour un Français. Voilà comment LVMH compte acheter la justice. [...] C’est dans l’intérêt public qu’il n’y ait pas de réitération. Mais M. Bernard Arnault a déjà fait de l’espionnage. Avec 10 millions d’euros, comment voulez-vous qu’ils ne continuent pas ? Je pense que là, ça serait un blanc-seing. »

(François Ruffin, audience d’homologation de CJIP, notes ethnographiques)

13. C’est ce dont témoigne la magistrate Santoro en entretien : « *J’admets bien volontiers que la reconnaissance soit artificielle. Dans la CRPC, mais parfois aussi dans la CJIP, la négo va même au-delà, on pouvait intégrer des négo sur des qualifications. En restant évidemment dans les clous du dossier, mais voilà, je suis assez ouverte là-dessus. [...] Moi je n’ai pas de problème à ce que la négociation soit artificielle, c’est ce que j’ai toujours dit aux avocats. Même en CRPC. Ça s’appelle une transaction, donc moi je veux que formellement il y ait une reconnaissance. Si elle n’est pas sincère, ça m’est égal, je m’en fiche. Ça ça vous appartient. [...] Moi je n’ai pas de problème avec ça à partir du moment où il y a un communiqué à la hauteur* ».

14. Sur le décalage du procès pénal par rapport à certaines attentes de réparation des victimes, voir Janine BARBOT, Nicolas DODIER, « Se confronter à l’action judiciaire. Des victimes au carrefour des différentes branches du droit », *L’Homme*, 223-224, 2017/3-4, p. 99-130.

L'argument de la valorisation financière, très mobilisé, on l'a vu, par les magistrats pour justifier de l'usage du dispositif, est ici utilisé à l'encontre même de la CJIP. L'intervention du député laisse cependant aisément comprendre que, peu importe la valeur de l'amende retenue, sa critique demeurerait et que l'essentiel de son argumentation repose sur d'autres leviers de contestation de la CJIP.

La dernière dimension critique soulevée dans cette intervention, et non des moindres, est le souhait de voir se tenir un procès, c'est-à-dire une situation publique favorisant un débat collectif sur l'affaire¹⁵. Le député insoumis argumente ainsi : « *Moi je ne veux pas de réparation. Je veux refuser cette convention. Je veux que vous [s'exprimant en direction de la juge] refusiez cette convention au nom de l'intérêt public. Je cherche à ce qu'il y ait un procès public pour l'infiltration de LVMH dans ma vie privée* ». Car le dossier en question, s'il est « *burlesque* », comme l'indique encore François Ruffin, n'en reste pas moins un « *dossier politique* ».

Cette intervention vive et critique sur le dispositif CJIP en tant quel, dont on peut voir, par les mouvements des contractants de chaque côté, représentants de l'entreprise et procureurs, combien elle les dérange, ne reste pas sans suite et débouche sur une deuxième partie d'audience impliquant nécessairement une forme de réponse de la part des autres acteurs. La juge revient ainsi sur un point revendiqué par François Ruffin, celui de voir l'entreprise – et non pas les individus impliqués – échapper à une sanction pénale. Elle l'interroge sur le besoin qu'il défend de viser le groupe LVMH en tant que tel.

« *La juge : Quelle est la différence que vous voyez entre poursuivre LVMH et les mises en examen des personnes dans ce dossier ?*

François Ruffin : Là il va ne rester que des personnes physiques, plus de personne morale. Or, quel est le donneur d'ordre ? Le commanditaire ? C'était clairement le groupe LVMH. Donc évidemment, ce qui va se passer, c'est que vous éteignez les poursuites à l'endroit de LVMH. Et ça, ça me tient à cœur. »

(François Ruffin, audience d'homologation de CJIP, notes ethnographiques)

Les différents arguments pointent donc nombre d'éléments discutés depuis l'émergence de la CJIP et, au-delà du cas français, énoncés dans les critiques émises aux États-Unis contre les transactions pénales, qu'on abordera dans la prochaine partie de ce chapitre. On les retrouve

15. Notons que certains des magistrats rencontrés récusent l'idée d'une audience publique plus à même de régler des conflits – preuve, s'il en est, que l'évaluation normative d'un dispositif se fait en référence à d'autres dispositifs. « *Moi je ne suis vraiment pas un incondtionnel de l'audience. Je trouve qu'on surévalue beaucoup l'effet cathartique de l'audience comme étant le moment où la lumière, la vérité immanente doit surgir, on est beaucoup sur des positions un peu rigides de part et d'autre, et la lumière en fait... Et les éléments qui sont disponibles au terme de l'enquête sont quand même à peu près les mêmes. Et l'audience il est très rare que... Surtout sur cette matière-là qui est technique, où vous n'aurez pas de retournement de situation. L'audience, en fait, son principal enjeu je trouve, il est dans celui de l'information du public, et le risque de la justice dite négociée, même si le terme est peut-être impropre, c'est de passer pour une justice un peu secrète et qui serait faite sous le manteau. Nous là-dessus on tient beaucoup au fait que, lors des audiences de CJIP et de CRPC, d'une part la presse est présente [...], et on tient beaucoup à ce qu'il y ait des explications développées sur les faits* » (Entretien avec le parquetier Pesenti).

quasiment point par point dans la prise de parole de l'avocat de *Fakir* venu représenter le journal à l'audience.

« Là on a un dévoiement [du dispositif] : on nous dit qu'on va appliquer le dispositif à des actions privées, et d'atteinte à la vie privée. Cela ne se prête pas à cette solution rapide et presque en catimini. On est sur un système institué d'utilisation des services de l'État pour des intérêts privés, pendant des années, pour faire du renseignement économique, pour faire un espionnage d'opposants par le tiers des services de l'État. L'affaire est d'intérêt général et justifie un débat public sur plusieurs semaines. On voudrait expédier ça en dix jours, en six pages. [...] Et les motifs qui justifient le recours à cette procédure ? Il n'y en a qu'un : les faits sont anciens [...]. On nous dit cinq ans, mais on poursuit tous les jours des faits plus anciens. [...] Pourquoi c'est important qu'il y ait un procès avec LVMH ? Parce que c'est le commanditaire, parce que c'est le principal bénéficiaire. Sinon on va nous dire que ça ne concerne pas LVMH, que c'était des francs-tireurs. »

(Avocat de *Fakir*, audience d'homologation de CJIP, notes ethnographiques)

Devant ces critiques répétées, l'un des deux procureurs présents à l'audience tente alors, à l'invitation de la juge, de justifier l'usage de la procédure de CJIP dans cette affaire : *« C'est un dispositif transactionnel, c'est le terme officiel, par sa rapidité, son efficacité, pour l'obtention d'une résolution palpable et définitive »*. Il revient une à une sur chaque critique formulée par les victimes pour en désamorcer la charge. Ainsi, sur l'absence de reconnaissance de responsabilité, il indique : *« Il n'y a pas de culpabilité, mais il y a une parole de la justice pour dire qu'il y a des choses interdites par la loi pénale, et pour lesquelles il va y avoir une sanction. [...] Avec la CJIP, la justice passe, elle agit »*. Le procureur reconnaît volontiers que le rôle réservé à la victime dans ce dispositif est *« indéniablement limité »*. Concernant la critique de l'absence de procès, il défend que le dispositif de la CJIP n'est pas de l'ordre de la décision privée, dans la mesure où il y a bien *« une dimension publique, car il y a un communiqué de presse »*. Il revient ensuite sur le montant de l'amende critiqué pour sa faiblesse : *« C'est un montant très faible, mais on peut penser qu'un patron doit dire à ses salariés qu'il n'est pas prêt à payer cela chaque année »*. Enfin, concernant les réformes à instaurer dans l'entreprise, le procureur précise les choix qui ont été effectués : *« il n'y a pas de suivi par l'AFA [Agence française anticorruption] car les faits ne sont pas de la corruption. L'enquête n'a pas permis d'identifier un fonctionnement systémique de l'entreprise, institutionnel oui, mais pas systémique »*.

La transaction pénale instaure une pratique de la négociation relativement inédite dans le processus judiciaire en France : on voit ainsi se présenter à l'audience les procureurs et les avocats de l'entreprise dans la perspective d'obtenir une même chose, la validation par le ou la juge de la convention qu'ils ont négociée ensemble. Cette alliance d'un nouvel ordre amène à voir un rapprochement temporaire entre des positions habituellement particulièrement opposées. Dans cette affaire LVMH, ce rapprochement est plus évident encore face aux critiques qui visent l'usage de la CJIP. Les avocats de LVMH prennent ainsi, à leur tour, la défense de cette CJIP.

« On assiste à une critique de principe de la CJIP. Or cette justice-là elle est la loi et il faut l'appliquer. Le recours à la CJIP est un recours qui nous a été proposé, d'abord par un magistrat du siège, puis nous avons entamé une procédure. C'est important de le rappeler. La société a accepté cette proposition et le montant de l'amende. [...] Nous ne parlons pas ici de culpabilité, nous parlons de faits sous l'emprise d'une gouvernance qui n'existe plus aujourd'hui. [...] On parle de faits de 2008 ou au plus tard il y a 5 ans. Ce sont des faits qui appartiennent au passé, qui appartiennent à une autre époque, à une autre gouvernance. »

(Avocate de LVMH, audience d'homologation de CJIP, notes ethnographiques)

Le second avocat de LVMH poursuit, de façon plus véhémement et en s'adressant en direction de la juge, sur la manière dont elle a mené l'audience.

« Vos débats, nos débats, sont particulièrement développés sur le cadre de la CJIP : et bien la loi ne donne pas la possibilité à la partie civile de donner son avis sur la CJIP. Vous avez donné [en direction de la juge] une liberté d'expression maximale à M. Ruffin. Il a tout à fait le droit de le dire, de le penser, mais cet avis est indifférent à la loi. La loi qui s'impose à nous tous. [...] Aujourd'hui ce sont les avocats qui ont à défendre les magistrats, et je le fais bien volontiers. »

(Avocat de LVMH, audience d'homologation de CJIP, notes ethnographiques)

Après ces échanges et une courte pause, la juge annonce finalement que la CJIP est validée. Le document qui entérine cette décision ne retrace aucunement l'âpreté des débats tenus en séance et les contestations dont la CJIP a fait l'objet. Pour autant, l'affaire va se poursuivre et connaître de nouveaux rebondissements car François Ruffin annonce rapidement qu'il saisira tous les moyens possibles pour contester la validité de cette transaction. Deux démarches sont notamment entreprises auprès de la cour d'appel de Paris, puis auprès de la Cour européenne des droits de l'Homme. L'une et l'autre se soldent par un échec, la décision indiquant que la transaction pénale, malgré la contestation de la victime, n'ouvre pas de voie de recours possible.

Qui contrôle l'intérêt public ? Les limites du pouvoir judiciaire face aux transactions

L'audience qui a ouvert ce chapitre, décrite succinctement à partir de notes ethnographiques, concentre l'essentiel des dimensions controversées de la CJIP, qui peuvent être soit critiquées, soit revendiquées comme ses principales qualités (rapidité de la résolution, publicité, sanction financière, lien entre responsabilité des personnes morales et des personnes physiques, extension du champ d'application du dispositif, etc.). Cette affaire montre toute la difficulté de contester la validité du dispositif de transaction pénale. Elle soulève, plus encore, la question de savoir qui peut s'instaurer en garant de l'intérêt public et questionne ainsi le rôle du juge dans la validation de la transaction. Cette question ne se pose pas qu'en France : différentes affaires aux États-Unis, dont nous retraçons brièvement la dynamique, ont interrogé de manière très proche « l'intérêt public » associé à l'usage de transactions dans le domaine pénal comme dans celui de la régulation économique.

Une première affaire, sûrement la plus débattue, est celle concernant la multinationale Citigroup, l'une des plus importantes banques d'investissement au monde. En 2012, la banque était accusée d'avoir vendu des produits dérivés à de nombreux clients, tout en prenant simultanément des positions inverses, pariant donc contre les investisseurs. L'autorité des marchés financiers, la *Securities and Exchanges Commission* (SEC), propose alors de régler cette affaire par une transaction impliquant une amende de 280 millions de dollars. Or, devant la cour du sud de New York, cet accord ne va pas être homologué par le juge new-yorkais Jed Rakoff. Durant l'une des audiences, le juge interroge le représentant de la SEC sur les motivations ayant conduit à adopter ce dispositif transactionnel. Cet échange mérite d'être largement reproduit tant il manifeste toutes les ambiguïtés qui résident dans l'usage de ces dispositifs.

« Le juge : La SEC n'a-t-elle pas intérêt, parmi toutes les agences, à établir la vérité ? Je veux dire que le cas auquel vous confrontez les tribunaux dans ces situations où rien n'est ni admis ni nié, c'est que vous formulez des affirmations – même si, dans le cas présent, relevant de la catégorie de la négligence – qui sont très sérieuses. Votre propre plainte les qualifie de fraude en matière de titres des valeurs mobilières. Et pourtant, votre adversaire ne les admet d'aucune manière juridiquement formelle. Ces faits n'ont pas été prouvés devant un tribunal. Vous justifiez cela en disant : "Eh bien, nous avons une ordonnance de non-publication qui les empêche d'appeler la presse et de dire : "Nous étions vraiment innocents", même si le premier amendement pourrait autrement les autoriser à le faire". Mais ils ont consenti à cela. Mais pourquoi est-ce une façon raisonnable de procéder plutôt que d'établir, par le biais d'un procès ou d'un aveu, quels sont les faits ?

L'avocat représentant la SEC : Votre Honneur, nous ne croyons pas que le public soit laissé dans une situation où il ne sait pas ce que sont les faits.

Le juge : Pourquoi ? Parce que vous dites que ce sont les faits, mais que l'autre partie ne les admet pas ? Comment le public comprend qu'il s'agit nécessairement de la vérité ?

L'avocat représentant la SEC : Dans notre plainte, nous avons formulé des allégations qui décrivent en détail ce qui, selon nous, s'est passé dans cette affaire.

Le juge : La dernière fois que j'ai vérifié, corrigez-moi si je me trompe, n'importe qui peut faire une allégation. Les gens intentent constamment des procès en faisant toutes sortes d'allégations, dont certaines sont prouvées et d'autres non. Et celles qui ne sont pas prouvées ne valent pas mieux que les rumeurs et les ragots. Je ne comprends donc pas. [...]

L'avocat représentant la SEC : Votre Honneur, ce ne sont pas seulement les allégations qui font que... Nous pensons qu'elles communiquent avec précision au public ce qui s'est passé ici. Nous pensons que c'est le fait que nous ayons déposé une plainte, une plainte très détaillée, exposant ce que nous croyons s'être passé ici. Citi a accepté de payer une somme d'argent substantielle en réponse à nos allégations. Elle n'a pas nié ces allégations. Nous ne pensons pas, dans ce cas, que le public se demande ce qui s'est passé dans cette affaire.

Le juge : Voyons ce qu'il en est : posons la question à [l'avocat de Citigroup]. Est-ce que vous admettez ces allégations ?

L'avocat de Citigroup : Nous n'admettons pas les allégations, votre Honneur. Mais si cela peut vous consoler, nous ne les nions pas. »

(Source : Transcriptions de l'audience du 9 novembre 2011, Affaire U.S. Securities Exchange Commission v. Citigroup Global Markets Inc., Tribunal du Southern District de New York)

La discussion tourne ici autour de la question de l'établissement des faits et de la reconnaissance de la responsabilité par l'entreprise signataire. Chaque partie signataire de la transaction tente de défendre sa validité, tout en reconnaissant ouvertement les limites qui l'accompagnent : pour le procureur, l'affaiblissement du niveau d'administration de la preuve, s'en tenant à de simples allégations ; pour l'entreprise, rester dans un état de non-reconnaissance, mais de non-négation des faits reportés par le procureur, alors même qu'elle est pleinement signataire de la transaction. Dans la poursuite de cet échange, l'avocat de Citigroup indique que, dans le cadre d'autres procédures dans la même affaire, l'entreprise sera complètement libre de contester les faits listés dans l'accord, qui ne l'engage aucunement. Mais la reconnaissance de responsabilité n'est pas le seul point contesté dans cette affaire par le juge, d'autres dimensions de la transaction sont soulevées – qui font écho aux critiques émises contre la CJIP –, parmi lesquelles : le montant de l'amende jugé très peu important par rapport aux dommages constatés, les réformes mineures mises en place pour éviter toute récidive, ou encore l'absence de poursuites engagée contre des personnes physiques. Dans l'avis qu'il rend, le juge indique « avec regret, que le jugement par consentement proposé n'est ni équitable, ni raisonnable, ni adéquat, ni conforme à l'intérêt public. Plus fondamentalement, c'est parce qu'il ne fournit pas à la Cour une base de preuves suffisante pour savoir si la réparation demandée est justifiée au regard de l'une ou l'autre de ces normes. Des parties purement privées peuvent régler une affaire sans jamais se mettre d'accord sur les faits, car il suffit que le plaignant rejette sa plainte. Mais lorsqu'une agence publique demande à un tribunal de devenir son partenaire dans l'application de la loi en imposant des mesures d'injonction de grande envergure à un prévenu, appliquées par le formidable pouvoir judiciaire de l'outrage, le tribunal et le public doivent avoir une certaine connaissance des faits sous-jacents : sinon, le tribunal devient un simple serviteur d'un règlement négocié en privé sur la base de faits inconnus, tandis que le public, lui, est privé de la possibilité de connaître la vérité dans une affaire d'importance publique évidente¹⁶ ». Il ajoute, de manière incidente, que « la résolution réussie entre des parties aux intérêts divergents ne peut pas être automatiquement assimilée à l'intérêt public¹⁷ ». Il lie enfin, dans sa décision, l'importance de l'information du public dans les affaires financières : « dans toute affaire comme celle-ci qui touche à la transparence des marchés financiers dont les fluctuations ont tellement déprimé notre économie et débilité nos vies, il est d'un intérêt public primordial de connaître la vérité¹⁸ ». Une fois l'affaire passée devant la cour d'appel, la transaction sera finalement validée, l'arrêt soulignant que la question de « l'intérêt

16. Transcriptions de l'audience du 9 novembre 2011, Affaire U.S. Securities Exchange Commission v. Citigroup Global Markets Inc., Tribunal du Southern District de New York.

17. *Ibid.*

18. *Ibid.*

public » n'était pas du domaine de vérification du juge qui devait seulement s'assurer que la procédure avait bien été respectée.

Tournons-nous maintenant vers une seconde affaire, cette fois dans le domaine pénal, qui concerne un DPA réalisé avec une entreprise spécialisée dans les produits et services dédiés à l'industrie aéronautique nommée Fokker et portant sur des faits de corruption à l'étranger. Le juge auprès duquel est formulée la demande d'homologation de la transaction la rejette finalement, au motif notamment qu'aucune poursuite individuelle ne vise les personnes impliquées dans l'affaire, mais également qu'aucune n'a été licenciée au sein de l'entreprise. Dans sa décision, le juge indique ainsi : « Selon moi, il [le DPA] amoindrirait la confiance du public dans l'administration de la justice et encouragerait le manque de respect à l'égard de la loi, en voyant un accusé poursuivi de manière si anémique alors qu'il était engagé dans un comportement flagrant pendant une période aussi longue [...]. Par conséquent, la cour conclut que cet accord ne constitue pas un exercice approprié de la discrétion des procureurs et je ne peux l'approuver dans sa forme actuelle ». Une fois encore, le juge d'appel est revenu sur cette décision, soulignant notamment la discrétion laissée aux procureurs dans le choix des dispositifs de poursuite adaptés.

Une dernière affaire majeure et plus récente qui a généré de nombreux débats aux États-Unis est l'affaire Boeing. Celle-ci met en question de manière plus centrale la place des victimes dans les dispositifs transactionnels. En janvier 2021, le Département de la Justice est entré dans un accord de poursuite différée (DPA) avec l'entreprise américaine au sujet de problèmes de sécurité sur certains de ses modèles d'avion ayant été dissimulés à l'agence fédérale de l'aviation. Un point crucial porte sur la recommandation formulée par Boeing aux compagnies aériennes intéressées par une acquisition de ce nouveau modèle indiquant qu'il ne nécessitait pas de formation spécifique pour les pilotes. Cette dissimulation a été découverte après le crash de deux avions 737 MAX ayant coûté la vie à 346 personnes. Dans cet accord était incluse une amende de 2,5 milliards de dollars, dont une partie limitée était une véritable amende pénale (243 millions), une autre était destinée à un fonds de compensation à destination des familles des victimes (500 millions) et une dernière était dédiée aux compagnies aériennes ayant acheté ce modèle d'avion (1,77 milliard). Aucun moniteur n'était installé au sein de l'entreprise dans le cadre de cet accord dans la mesure où, toujours d'après le DPA, Boeing avait d'ores et déjà transformé son programme de *compliance*.

Certaines familles de victimes ont engagé à la suite de cet accord une procédure visant à contester la légitimité du recours à la transaction pénale, en raison notamment du rôle limité voire nul joué par les victimes dans cette procédure. L'enjeu principal de cette procédure était d'être pleinement reconnues comme victimes, tandis qu'elles avaient été écartées de la transaction. La plainte des familles des victimes indique ainsi : « Derrière des portes closes, les avocats du gouvernement et du prévenu Boeing ont subrepticement négocié un accord de poursuites différées, en violation des droits des 346 familles des victimes des crashes du vol 610 de Lion Air et de l'Ethiopian Airlines¹⁹ ». Elles y indiquent également souhaiter obtenir

19. Motion déposée par certaines familles des victimes du crash des avions auprès du tribunal du district du nord du Texas, 16 décembre 2021.

différentes « formes de réparation » et appellent notamment à une déclaration publique du gouvernement indiquant qu'en choisissant de travailler en secret avec Boeing il a piétiné certains droits des victimes. Elles attendent également une reconnaissance par le gouvernement d'avoir délibérément trompé certaines familles des victimes sur l'existence d'une enquête pénale en cours sur Boeing.

Les familles des victimes disent ainsi n'avoir jamais été contactées par le gouvernement au cours de l'enquête, dont elles n'ont eu d'échos que par la presse. Elles regrettent de n'avoir pas eu de voix dans l'établissement du montant du fonds d'indemnisation et de ne pas disposer d'éléments pour savoir comment ce montant a été déterminé. Elles ont appris par voie de presse et via la communication du gouvernement que Boeing évitait toute condamnation pénale dans cette affaire grâce à la transaction. Une critique d'une autre nature traverse également la plainte des familles : la circulation des procureurs dans l'espace judiciaire. Il est ainsi indiqué que le procureur en charge du DPA a quitté son poste pour rejoindre le cabinet d'avocat qui a représenté Boeing dans cette affaire, six mois après la signature de l'accord. Enfin, les victimes contestent la description des faits tels que présentés dans l'accord, qui « part du principe que les infractions pénales de Boeing étaient limitées aux pratiques de quelques individus isolés »²⁰. Cette plainte, reçue positivement par la cour, entraîna par la suite une audience réunissant les familles des victimes, Boeing et les procureurs. La décision du juge a été, en premier lieu, de reconnaître aux familles le statut de victimes – et donc qu'elles auraient dû être consultées dans le cadre de la transaction pénale – sans pour autant aller dans le sens d'une annulation de la transaction pour ouvrir ainsi la voie à des poursuites pénales classiques.

La forme transactionnelle et ses critiques

Les différentes affaires citées dans ce chapitre impliquent de grandes entreprises, du luxe (LVMH), de l'aviation (Boeing), ou encore de l'industrie bancaire et financière (Citigroup). Les critiques qui visent ces affaires et la manière dont elles sont réglées impliquent ainsi certains des plus importants représentants du capitalisme contemporain. Ces critiques se positionnent souvent au-delà des affaires spécifiques concernées et soulèvent la question plus générale du mode de régulation et de sanction légitime des manquements des grandes entreprises multinationales et du traitement qui doit leur être réservé. Ces multiples dénonciations de la transaction pénale ne doivent pas être prises *ex nihilo* : elles s'insèrent dans des processus critiques de temps long, par exemple dans une topique de la dénonciation de la justice comme favorisant les puissants. Il apparaît donc possible de proposer une vue plus systématique de ces critiques, de distinguer ce qui les motive et d'identifier les bases normatives sur lesquelles elles se fondent, en puisant dans les débats qui ont accompagné le recours et le développement des transactions pénales en France et aux États-Unis.

20. UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, « Deferred Prosecution Agreement with Boeing » (2021).

Tableau 1 – Tableau des critiques de la forme transactionnelle

	Absence de dispute publique	Dispositif trop peu transparent	Impunité des individus	Favoritisme de la négociation pour les puissants	Une sanction pénale n'est pas monétaire	Place réservée aux victimes	Manque de contrôle par une autorité judiciaire	Absence de reconnaissance de responsabilité
Base normative	La démocratie passe par le débat public	Les faits délictueux doivent être connus de tous et toutes	La peine ne peut s'en tenir à la seule entreprise	Les grandes entreprises ne devraient pas bénéficier de dispositifs particuliers	La sanction monétaire n'est pas le bon étalon de la peine	La justice doit entendre la voix des victimes	La transaction doit être validée par l'ordre judiciaire	La justice doit établir des faits et des responsabilités
Affaire paradigmatique	Affaire LVMH	Affaire Citigroup	Affaire Fokker	---	Affaire Boeing, Affaire LVMH	Affaire Boeing	Affaire Citigroup	Affaire Citigroup
Finalité du dispositif	Restreindre le caractère disputé des pratiques délictueuses	Restreindre la publicité des pratiques délictueuses	Limiter les poursuites des dirigeants	Rompre l'égalité devant la justice	Contourner les sanctions classiques	Empêcher la réparation	Contourner l'ordre judiciaire	Protéger les entreprises
Dispositif alternatif ou complémentaire	Le procès comme scène d'opposition entre des parties	Le procès comme scène publique d'exposition des affaires	Les poursuites individuelles comme mode d'attribution de responsabilité	---	Les poursuites correctionnelles ordinaires	---	---	---

Pour chacune de ces critiques, sont distingués la base normative sous-jacente, l'affaire paradigmatique mettant particulièrement en scène la critique considérée, ainsi que la finalité attribuée à la transaction pénale (une finalité donc ici systématiquement négative) par les porteurs de la critique. Il nous a semblé enfin important d'indiquer les dispositifs alternatifs ou complémentaires qui apparaissent, parfois explicitement, parfois plus implicitement, face à la transaction pénale. Ces dispositifs peuvent être souvent réifiés, au sens où en les opposant à la forme transactionnelle, leurs défenseurs tendent à insister sur des aspects qu'ils peuvent en retour essentialiser. Mais ce qui nous intéresse ici réside dans la manière dont différents acteurs révèlent les manques de la transaction, les repèrent et les dénoncent.

Une première critique, la plus importante peut-être, a trait à *l'absence de débat public* au cours du processus d'élaboration de la transaction pénale, ou tout du moins à son caractère extrêmement limité. Depuis les négociations jusqu'à la publication de la transaction, la seule situation publique qui accompagne le règlement de ces affaires est l'audience d'homologation. Opposant à la transaction pénale le recours au procès, les porteurs de cette critique défendent que la publicité de ces affaires est nécessaire, insistant en retour sur le caractère disputé des procès. La publicité attendue ici ne vise pas la publicisation de la décision, mais bien celle du processus judiciaire entraînant la décision. Or, ce processus, qui est dans le cas de la transaction pénale un processus de négociation, demeure évidemment hors du regard du public, et c'est d'ailleurs tout l'enjeu de ce dispositif.

Une seconde critique qui se distingue est celle concernant la *transparence du dispositif*. Si elle peut sembler de premier abord très proche de la précédente, elle ne porte pas elle sur le caractère non public des négociations, mais sur le très faible accès public aux délits poursuivis. Cette critique vise en premier lieu le mode de rédaction des transactions pénales, qui ne permettrait pas d'accéder véritablement au cœur des affaires concernées, d'en comprendre l'importance et les ramifications. En comparant par exemple deux affaires portant sur des

infractions proches de démarchage de citoyens français pour éviter l'impôt – l'affaire UBS, qui a généré un procès, et l'affaire HSBC, réglée via une CJIP – le détail public du contenu de ces affaires est indéniablement inégal.

Une troisième critique est celle de l'usage de la transaction pénale pour les entreprises et de la focalisation sur la responsabilité pénale de l'entreprise qui entraîne *une minimisation des poursuites individuelles*, tout particulièrement pour les dirigeants des entreprises concernées. Ce point est essentiel, d'autant qu'il recoupe en partie celui sur la transparence : il apparaît très difficile de savoir quelles poursuites individuelles accompagnent les transactions pénales. Dans le cas français, s'il apparaît globalement clair que peu de poursuites individuelles ont accompagné les CJIP, ce constat est difficile à établir précisément dans la mesure où l'arrêt des poursuites n'est que rarement indiqué publiquement. De plus, la signature de l'accord avec l'entreprise est le plus souvent séparée dans le temps des décisions prises dans le cadre des poursuites individuelles. Il n'est donc pas possible, pour le juge, d'évaluer si l'accord implique de passer outre certaines responsabilités dans l'affaire, même si cela a pu être soulevé durant certaines audiences.

Une quatrième critique vise la spécificité du dispositif de négociation dans le cas des grandes entreprises, qui introduirait selon certaines voix critiques une justice à « deux vitesses ». Les dispositifs dits de « justice négociée » ne se limitent aucunement aux grandes entreprises, et il existe une procédure pour les individus souvent mise en parallèle en France avec la CJIP : la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC). Ce dispositif est toutefois un peu différent puisqu'il implique une véritable reconnaissance de responsabilité et aboutit à une inscription dans le casier judiciaire du prévenu, ce qui n'est pas le cas de la CJIP. Mais c'est surtout la place de la négociation qui est visée. La négociation dans le cas de poursuites individuelles pour des délits mineurs n'est en pratique que très limitée, laissant peu de marge de manœuvre aux prévenus. La CJIP, au contraire, implique un processus au long cours, qui permet de nombreux allers-retours entre procureurs et entreprise.

Une cinquième critique repérable porte sur l'usage des amendes comme mode de sanction qui peut prendre deux formes. Une forme faible de cette critique vise uniquement le niveau trop peu élevé des amendes accompagnant la signature des transactions. Par cette orientation, elle admet donc que l'adoption d'une sanction avant tout monétaire n'est pas un problème en soi, mais qu'elle n'est pas au niveau suffisant pour être acceptable. Une forme plus radicale vient viser elle le principe même de la sanction monétaire en considérant que d'autres sanctions devraient être envisagées.

Une sixième critique, tout particulièrement exprimée au cours des affaires LVMH et Boeing, a trait à la place minimale réservée aux victimes dans les procédures de transaction pénale²¹. Ces critiques, on le sait, se sont manifestées en France dès le début d'évocation d'un tel dispositif, durant les débats autour de la loi Sapin 2. Mais le déploiement des transactions pénales et leur élargissement progressif à de nouvelles infractions n'a pas mis fin, loin s'en faut, à leur expression.

21. Sur les problématisations successives de la place des victimes dans le champ intellectuel français depuis les années 1980, voir Nicolas DODIER, Janine BARBOT, « Les raisons des victimes », in *La morale des sociologues*, Paris, PUF, « La vie des idées », 2020, p. 25-44.

Une septième critique sous-jacente aux affaires précédemment discutées, comme à d'autres affaires réglées par une transaction, vise le rôle limité du juge dans le processus de validation. Certains juges nord-américains ont ainsi défendu que leur rôle dans l'homologation de ces transactions, pénales comme civiles, ne pouvait se limiter à celui de simples « chambres d'enregistrements », qui n'auraient aucun réel pouvoir de contrôle sur les modalités de la transaction comme sur sa légitimité. Cette critique vise, autrement dit, le contrôle judiciaire, qui est parfois finalement vidé de sens dans ces procédures, et appelle à un renforcement et un élargissement du rôle du juge.

Enfin, huitième et dernière critique qu'il est possible de distinguer est celle visant l'absence de reconnaissance de responsabilité dans les transactions finales. Ce point a été soulevé dans de multiples affaires, notamment l'affaire Citigroup, pour défendre une visée normative précise de la justice en général : celle d'établir des faits et des responsabilités. Elle rejoint donc en partie la critique de l'absence de transparence et de la difficulté à se faire une opinion sur les faits couverts par la transaction.

Ces critiques, nous l'avons vu dans le chapitre précédent, ne sont pas ignorées, bien au contraire, par les magistrats, qui peuvent en accepter certaines et en rejeter d'autres. Ces derniers agissent aussi à travers le choix des instruments de poursuite en tentant de contourner des contraintes très concrètes dans la pratique de leur métier et de combiner des manières de valoriser leur action en l'inscrivant dans la défense d'un intérêt public multiforme. L'intérêt public, cependant, ne peut être réduit à l'adoption d'un dispositif, quel qu'il soit. Autrement dit, il n'est pas possible de partir du principe que l'adoption de la transaction pénale comme dispositif de règlement servirait *par définition* l'intérêt public, malgré la présence des termes dans l'expression.

Conclusion : de la place des disputes publiques dans la régulation du capitalisme

Le parcours des affaires les plus controversées réglées par des dispositifs transactionnels montre que ces derniers font l'objet de critiques vives. En France comme aux États-Unis, des voix se sont élevées pour en dénoncer l'usage et en appeler à des dispositifs alternatifs. En France, à ce jour, aucune transaction pénale avec une entreprise n'a fait l'objet d'un refus d'homologation. Aux États-Unis, pays qui a le plus développé ces transactions, le premier rejet d'une transaction par un juge est intervenu en 2015, soit 18 ans après l'introduction de ce dispositif. Avant elle, les 170 précédents DPA avaient été validés²².

En dressant un tel tableau des critiques visant la forme transactionnelle, on ne souhaite pas laisser penser qu'il serait impossible pour le sociologue de se positionner par rapport à ces différentes critiques ou même d'en formuler en propre²³. Il nous semble que le travail réalisé permet tout d'abord de mieux comprendre combien le dispositif est pris dans des dynamiques critiques. Celles-ci n'échappent pas aux professionnels du droit qui y ont recours, qui peuvent en reconnaître les limites tout en se félicitant des nouvelles opportunités qu'il offre. Mais une telle analyse permet ensuite de souligner et d'insister sur certains usages du dispositif, sur son

22. Cette décision sera finalement annulée, là encore, par la cour d'appel.

23. Comme fait par ailleurs : voir Thomas ANGELETTI, « The Differential Management of Financial Illegalisms: Assigning Responsibilities in the Libor Scandal », *Law & Society Review*, *op. cit.*.

extension progressive et ses conséquences, et sur certaines de ses dimensions qui se révèlent au gré des pratiques. À cet égard, le contournement du débat public qu'organise de fait la transaction pénale sur des affaires impliquant des entreprises au cœur du capitalisme contemporain constitue une dimension qu'il convient de tout particulièrement interroger. Certes, ce dispositif s'accompagne d'une audience d'homologation, qui prend des formes variables et entre plus ou moins dans les détails de l'affaire, dans les débats de la négociation et dans la justification des montants d'amende, selon notamment l'insistance du ou de la juge. Mais on peut légitimement s'interroger sur ce qu'il est possible d'aborder durant une telle audience, dont le format et la finalité ne peuvent générer le type de disputes qui accompagnent la tenue d'un procès.

Or, la dispute publique, une modalité parmi d'autres de l'expression de l'accord et du désaccord²⁴, a quelques vertus pour alimenter le débat démocratique sur le rôle du droit comme sur les malversations des grandes entreprises. On rejoint en cela la position défendue par Katharina Pistor dans son ouvrage sur le code du capital, qui insiste sur la privatisation progressive de la résolution des conflits et sur l'évitement croissant des tribunaux : « Les disputes sont l'oxygène qui permet au droit de vivre et de s'adapter en permanence à un monde en mutation. Lorsque les affaires ne sont plus examinées au grand jour, le droit s'assèche et les juges perdent leur expertise, ce qui donne aux avocats et à leurs clients encore plus de raisons de les éviter. Plus généralement, le règlement des litiges a des coûts et des avantages privés et sociaux [...] ; les avantages privés ne se traduisent cependant pas toujours par des avantages sociaux. Lorsque des domaines entiers du droit sont soustraits à l'espace public offert par les tribunaux, les avantages privés du règlement extrajudiciaire des litiges pourraient bien dépasser ses avantages sociaux »²⁵.

24. Francis CHATEAURAYNAUD, « La contrainte argumentative. Les formes de l'argumentation entre cadres délibératifs et puissances d'expression politiques », *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, 2007/XLV-136, p. 129-148.

25. Katharina PISTOR, *The Code of Capital*, *op. cit.*, p. 180-181.

Conclusion

La transaction pénale pour les entreprises, introduite discrètement dans l'espace judiciaire nord-américain au début des années 1990, s'est depuis largement diffusée. Son usage s'est d'abord intensifié aux États-Unis au cours des années 2000, puis elle a été intégrée comme un dispositif légitime d'action judiciaire dans de nombreux pays depuis les années 2010. Dans ce travail, nous avons souhaité revenir sur l'introduction de ce dispositif, en prenant en considération les spécificités états-uniennes qui ont conduit à son émergence ; comprendre les raisons de son succès transnational ; mais également souligner les déplacements que la transaction pénale introduit dans la gestion des affaires et les critiques qu'elle suscite. Revenons donc, pour conclure ce rapport, sur ces trois points successivement, avant d'ouvrir la réflexion sur la signification des transformations que nous avons observées.

L'invention américaine des *deferred prosecution* et des *non-prosecution agreements* visant spécifiquement les entreprises est intimement liée au microcosme judiciaire new-yorkais de la fin du vingtième siècle. Au sein du Southern District de New York en particulier, la lutte contre la délinquance en col blanc a acquis un nouveau prestige professionnel et a créé de nouvelles trajectoires de carrière pour les juristes, faites de multiples va-et-vient entre les bureaux de procureurs et les cabinets d'avocats. Cette circulation professionnelle a contribué à la construction d'un espace de négociation inédit en droit pénal des affaires, favorisant les échanges d'arguments et de pratiques de part et d'autre et permettant d'envisager un rôle plus pro-actif du procureur. Ce dernier se conçoit désormais comme un « réformateur » des entreprises délinquantes, dont l'action ne se limite pas aux seules poursuites pénales, mais dispose au contraire d'une gamme élargie de moyens, incluant la conclusion d'ententes négociées.

La diffusion des dispositifs de transaction pénale pour les entreprises en dehors des États-Unis s'explique par des ressorts différents. Dans des pays qui, comme la France et le Royaume-Uni, étaient dépourvus de culture de négociation entre les autorités de poursuite et les prévenus, c'est surtout la multiplication des actions extraterritoriales menées par la justice américaine contre des entreprises nationales qui fut le déclencheur des réformes observées dans les années 2010. L'histoire de la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers par des entreprises transnationales est particulièrement révélatrice des dynamiques qui ont mené à l'adoption de dispositifs de justice négociée pour les entreprises au sein de systèmes judiciaires qui y étaient *a priori* plutôt réfractaires. L'intrusion des procureurs américains dans des dossiers de corruption impliquant certains fleurons de l'industrie nationale, comme Alstom pour la France et BAE Systems pour le Royaume-Uni, est ce qui a effectivement entraîné dans ces pays le changement de paradigme observé depuis quelques années en matière de lutte contre la grande criminalité économique et financière. En dehors des États-Unis, la transaction pénale pour les entreprises a été conçue, par les législateurs et les autorités judiciaires, comme un moyen de reprendre le contrôle des enquêtes, des poursuites et des sanctions visant leurs entreprises ; elle répond simultanément au désir de ces entreprises d'échapper au bras long de la justice

américaine, auquel elles parviennent difficilement à imposer un rapport de force qui leur soit favorable.

Le succès de la transaction pénale pour les entreprises entraîne toutefois son lot de critiques, émanant de victimes, d'organisations de la société civile, de journalistes et même parfois des magistrats responsables d'entériner les ententes intervenues entre une entreprise et le parquet. Afin de produire ses effets juridiques, la CJIP négociée sous le sceau de la confidentialité doit obligatoirement être homologuée par un juge et se confronter au regard du public. Ce déplacement de la transaction pénale sur la scène publique est l'occasion, pour d'autres acteurs, d'évaluer la justice de l'accord, voire de réinterroger la légitimité du dispositif transactionnel lui-même, comme l'a bien montré les débats autour de l'affaire LVMH que nous avons pu observer. Dans les controverses entourant la validation des transactions pénales conclues avec les entreprises s'expriment différentes conceptions de la justice et de l'intérêt public, dont le troisième chapitre de ce rapport a tenté de reconstituer la topique en en dégagant les principaux lieux communs. Absence de débat public, manque de transparence, justice à deux vitesses, impunité des dirigeants impliqués : les critiques visant la transaction pénale à l'intention des entreprises sont aussi nombreuses que vives, et interrogent la place qui revient aux disputes publiques dans la régulation contemporaine du capitalisme.

La gestion différentielle des illégalismes d'affaires : toujours la même histoire ?

Plusieurs travaux ont souligné avant nous combien la délinquance d'affaires échappe globalement aux poursuites pénales et au stigmatisme social associé aux autres formes de criminalité. Depuis les travaux initiaux d'Edwin Sutherland¹ jusqu'aux recherches de Pierre Lascoumes² furent mises en évidence les multiples voies alternatives de règlement dont bénéficient les criminels en col blanc, qui leur permettent d'échapper au procès pénal et au prononcé officiel de culpabilité qui pourrait s'ensuivre. Avec la notion de gestion différentielle des illégalismes, P. Lascoumes et d'autres après lui se sont efforcés de mieux cerner les pratiques de *mise en visibilité sociale* de la délinquance, en observant les multiples possibilités de qualification des comportements déviants et l'éventail des procédures qui permettent de les objectiver et d'en assurer le règlement³. La gestion différentielle des illégalismes repose ainsi sur la coexistence d'une pluralité de cadres normatifs susceptibles de s'appliquer à une situation donnée, ainsi que sur l'inégale capacité des acteurs sociaux à influencer le choix des cadres et le déroulement des procédures qui les visent. Ces travaux ont bien montré que le déroulement d'une affaire, par exemple son acheminement vers une instance judiciaire ou administrative et les degrés différents d'exposition publique qui s'ensuivent, dépend largement des ressources dont dispose l'infracteur. Pierre Lascoumes écrivait à ce sujet : « Détenir et conserver la maîtrise de la qualification juridique qui sera donnée à la controverse dans laquelle on se trouve engagé, participer au choix de la forme de règlement qui y sera appliquée, y demeurer partie

1. Edwin SUTHERLAND, *White collar crime*, op. cit.

2. Pierre LASCOUMES, *Les affaires ou l'art de l'ombre ?*, op. cit.

3. *Ibid.*, p. 9.

prenante comme à une négociation, jusqu'à la décision résolutoire, c'est détenir une position dominante »⁴.

À première vue, l'apparition et la diffusion rapide de la transaction pénale pour les entreprises en France et ailleurs dans le monde semble s'inscrire parfaitement dans ce schéma de gestion différentielle des illégalismes : la CJIP et les autres ententes de poursuites différées ont en effet élargi la gamme des options disponibles pour les grandes entreprises soupçonnées de conduites délinquantes, en créant une procédure additionnelle qu'elles peuvent choisir et qui leur offre un degré de contrôle jusque-là inédit en matière pénale et leur évite l'opprobre d'une déclaration de culpabilité. En avançant progressivement dans cette recherche, il nous a toutefois semblé important d'éviter un écueil qui nous semble parcourir cette littérature sur les délinquances économiques et financières, qui laisse souvent penser, plus ou moins implicitement, qu'au fil des décennies rien ou presque n'a changé dans la prise en charge judiciaire de ces affaires. Par exemple, près de quarante ans après ses premières études sur le sujet, Pierre Lascoumes écrivait récemment que « [l']aptitude des élites à jouer avec les règles, les spécificités de leurs transgressions, la faiblesse des sanctions qui leur sont appliquées et leur tolérance à l'égard des fraudes commises par leurs pairs ne cessent d'être démontrées »⁵ et que l'impression d'une réprobation sociale aujourd'hui plus forte à l'égard des dirigeants transgressifs n'est qu'un « phénomène superficiel qui ne se retrouve pas au niveau des sanctions prononcées »⁶. Or, peut-on vraiment considérer, en regardant de près les évolutions récentes de l'espace judiciaire et parajudiciaire de gestion des illégalismes d'affaires, que la situation est au fond identique à celle qui prévalait dans les années 1980 ? Le succès mondial de la transaction pénale pour les entreprises, en particulier, ne ferait-il que confirmer un phénomène de gestion des illégalismes d'affaires connu et décrié par les sociologues depuis plusieurs décennies ?

Nous croyons au contraire que les transformations des dernières années entourant la lutte contre la criminalité d'affaires ont été majeures, l'émergence des dispositifs de justice négociée à l'intention des entreprises n'en étant qu'une parmi d'autres. Depuis son adoption en France, la CJIP a élargi, en droit, la gamme des procédures dont disposent les magistrats pour traiter les dossiers de criminalité économique et financière. Comme en témoigne le tableau de l'ensemble des CJIP conclues à ce jour présenté en annexe du présent rapport, les magistrats français se sont effectivement saisis de ce nouveau dispositif pour imposer des amendes sans précédent aux grandes entreprises soupçonnées d'atteintes à la probité et de fraude fiscale : depuis l'instauration du dispositif à la fin de l'année 2016, ils ont obtenu près de cinq milliards d'euros d'amendes au total de la part des entreprises délinquantes, dans le cadre d'une vingtaine de dossiers en matière de corruption et d'infractions fiscales ou financières – soit près de 200 millions d'euros d'amendes en moyenne, infligées le plus souvent à de très grandes entreprises françaises (Société Générale, Airbus, LVMH, etc.) ou étrangères (HSBC, Google, McDonald's, etc.)⁷. Parmi les professionnels impliqués, tant du côté des magistrats que des avocats de la

4. *Ibid.*, p. 248.

5. Pierre LASCOUMES, *L'économie morale des élites dirigeantes*, Paris, Presses de Sciences po, 2022, p. 5.

6. *Ibid.*, p. 184.

7. Les CJIP pour atteintes à l'environnement, possibles depuis 2021, laissent voir un profil très différent de celles concernant les atteintes à la probité ou la fraude fiscale : plus nombreuses et conclues par des parquets régionaux, elles visent généralement des entreprises plus petites ou même des collectivités territoriales, et donnent lieu à des

défense, la CJIP passe aujourd'hui largement pour un succès, étant perçue comme un instrument permettant la résolution efficace de dossiers complexes qui, dans le passé, tendaient à se prolonger durant des années, se soldant souvent par des arrêts de procédure ou la relaxe des prévenus, faute de preuves établies de manière satisfaisante.

Il ne s'agit pour nous ni de déplorer ni de se réjouir de ces changements, mais bien d'engager un travail descriptif et analytique des transformations en cours. En se positionnant d'emblée dans la perspective critique d'un idéal de justice et de démocratie jamais atteint, on risque en effet de passer à côté de phénomènes qui méritent d'être soulignés, sans doute pas sur le plan normatif de l'évaluation morale des sociétés contemporaines, mais certainement sur celui de l'analyse sociologique des transformations du droit et de la justice en lien avec celles du capitalisme. C'est la raison pour laquelle ce travail s'est particulièrement nourri des propositions formulées par Katharina Pistor dans son étude du code juridique du capital⁸. K. Pistor met en effet en évidence le rôle créateur des grands cabinets d'avocats dans le maniement et le remodelage des instruments juridiques qui doivent régir les activités de leurs clients, une dynamique qui est manifestement à l'œuvre depuis quelques années dans le domaine du droit pénal et qui gravite, précisément, autour des dispositifs de justice transactionnelle pour les entreprises.

Investissement et renouvellement du droit pénal

Les travaux sociologiques portant sur les délinquances économiques et financières ont souvent dénoncé la faiblesse de la répression visant cette criminalité propre aux classes dirigeantes. Une telle dénonciation se transpose aisément à la transaction pénale pour les entreprises, du moins au premier abord : en effet, par la maîtrise incomparable sur la procédure qu'elle réserve aux prévenues et par l'abandon du rituel stigmatisant du procès débouchant sur un verdict de culpabilité, cette procédure alternative aux poursuites répond bien aux désirs des entreprises et laisse effectivement planer le doute d'une justice d'exception réservée aux mieux nantis. Dans la foulée de ses travaux précédents, P. Lascoumes décrivait la CJIP comme une nouvelle manière, pour les élites dirigeantes, d'échapper aux sanctions que pourraient attirer leurs inconduites, une évolution qui va selon lui dans le sens d'une continuelle *dépénalisation* des illégalismes d'affaires⁹. S'il est indéniable que la CJIP élargit le répertoire des modes de résolution des conflits pénaux accessibles aux entreprises et qu'elle leur ménage un degré de contrôle jusque-là inégalé sur la procédure pénale, on peut cependant douter qu'elle relève d'une réelle dépénalisation de la vie des affaires. Elle nous semble au contraire être le signe d'un surcroît d'*investissement du pénal* par les avocats d'affaires, un investissement qui contribue à renouveler les modalités de ce champ juridique.

Soulignons d'abord que la CJIP, alors même qu'elle reconnaît aux entreprises la qualité de parties à une procédure négociée, a paradoxalement pour effet de les ramener dans le giron du droit pénal « classique », soit celui du *Code pénal* et des incriminations qui s'ancrent dans une

amendes d'envergure beaucoup moindre, soit 25 000 € en moyenne. Elles nécessiteraient, pour être mieux comprises, une étude dédiée.

8. Katharina PISTOR, *The Code of Capital*, *op. cit.*

9. Pierre LASCOUMES, *L'économie morale des élites dirigeantes*, *op. cit.*, p. 216.

morale collective et qui véhiculent une forte réprobation sociale. La justice négociée qui s'est développée au cours des dernières années se distingue à cet égard nettement des modes plus anciens de gestion discrète des illégalismes d'affaires, tels qu'ils furent analysés par P. Lascoumes, qui reposaient dans une large mesure sur la prise en charge administrative d'infractions relevant d'une panoplie de législations spécialisées – relevant tantôt de la fiscalité, tantôt de la concurrence, de la sécurité du travail, de la comptabilité d'entreprise, etc. – ayant en commun une grande technicité dépourvue de référent moral manifeste¹⁰. La transaction pénale pour les entreprises marque en ce sens un retour aux qualifications pénales plutôt qu'aux qualifications administratives, dont P. Lascoumes a bien montré l'effet d'euphémisation qu'elles produisaient sur les délits commis dans le cours des affaires. Elle est en outre prise en charge par un acteur-clé du droit pénal classique, le procureur ou magistrat du parquet, à qui il revient d'évaluer l'opportunité d'engager des poursuites ou d'initier des pourparlers en vue d'une résolution négociée du dossier. Du point de vue du parquet, on peut certainement dire que la CJIP relève d'une logique de sanction, dont l'objectif est de punir le prévenu, bien davantage que d'une logique de réparation ou de restitution portée par une autorité administrative dont la préoccupation première serait de réguler l'activité économique. Mais la valorisation souvent financière qui est faite de la transaction pénale par le biais des amendes et des revenus qu'elle rapporte à l'État laisse penser qu'elle permet aussi un mode de contrôle indirect de l'activité économique, en délaissant le registre strict de la peine. Ce retour au droit pénal a donc quelque chose de paradoxal, dans la mesure où il n'implique ni condamnation, ni reconnaissance de responsabilité, mais qu'il prend un tournant régulateur.

En entrant de plain-pied dans le champ du droit pénal, le barreau d'affaires en a simultanément renouvelé les pratiques. Sont ainsi apparues de nouvelles spécialisations au sein de la profession d'avocat, qui s'articulent autour du dispositif transactionnel : celle d'enquêteur interne, chargé d'investiguer les éventuelles infractions commises au sein de l'entreprise, et celle de moniteur ou de contrôleur interne, responsable du suivi des réformes de l'entreprise en application d'une transaction judiciaire conclue avec une autorité de poursuite¹¹. Les stratégies de défense des avocats-conseils se sont transformées, comme en témoignait une avocate impliquée dans ces affaires en décrivant le passage d'une « défense-résistance », devenue beaucoup trop risquée pour les entreprises dans un contexte international, à une « défense-coopération », qui cherche à gagner la confiance des autorités et à anticiper le risque pénal, en mettant en place des systèmes de conformité pour le gérer¹². Bref, les pratiques des professionnels du droit impliqués de part et d'autre dans les procédures pénales engagées contre ou avec les entreprises se sont significativement transformées au cours des dernières années et méritent l'attention des chercheurs et des chercheuses.

10. P. Lascoumes opposait ainsi, comme deux idéaux types, un « droit pénal de sanction » à un « droit pénal de discipline », le premier contenu dans le Code pénal et réservant un rôle central au juge, le second éparpillé dans des réglementations particulières et appliqué en première ligne par des agents administratifs : Pierre LASCUMES, *Les affaires ou l'art de l'ombre ?*, op. cit., p. 95-97.

11. Antoine Garapon et Pierre Servan-Schreiber parlaient à cet égard du trio enquête interne, transaction et monitoring comme d'un « dispositif cohérent », « un nouvel art de gouverner dans le contexte inédit de la globalisation » : Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, op. cit., p. 11.

12. Astrid MIGNON COLOMBET, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, op. cit..

Il est finalement possible de s'interroger sur la mise en visibilité sociale que réserve la CJIP à la délinquance d'affaires. La transaction pénale, plusieurs l'ont souligné avant nous, se caractérise par la confidentialité des négociations et par l'opacité de l'enquête et du raisonnement juridique menant à la détermination de la peine infligée à l'entreprise délinquante. Comme l'écrivaient par exemple deux juristes de l'association de lutte contre les crimes économiques Sherpa, le développement de la justice négociée rend « plus difficile la compréhension et l'exposition publique des faits et des schémas complexes »¹³ propres à la criminalité financière, lorsqu'on la compare au procès pénal. Il faut toujours prendre garde, dans l'analyse que nous faisons de la justice pénale contemporaine, à ne pas en essentialiser les différents dispositifs : si le procès représente souvent un idéal d'exposition publique des actes délictueux commis par une entreprise et ses dirigeants, force est de constater qu'il est également contesté par de nombreux acteurs, magistrats, avocats, victimes, etc. En France, la CJIP émerge dans un contexte caractérisé jusque-là par la rareté des poursuites et la quasi-absence de condamnations, ce qui est le cas surtout en matière de corruption transnationale. Mais en adoptant un dispositif né au cœur des débats judiciaires new-yorkais, dans un milieu intriqué de relations entre avocats, procureurs et autres professionnels du droit, les pays ayant importé la transaction pénale ont également charrié avec elle toute une culture de la discrétion chèrement défendue par les entreprises, qui est au cœur de la possibilité même du dispositif. La négociation est rendue possible par la discrétion, elle en est la condition indispensable. Mais elle s'étend bien au-delà de cette seule phase de négociation, en restreignant jusqu'au bout du processus judiciaire la publicité sur les faits concernés et le contenu des affaires.

13. Laura ROUSSEAU et Martin MÉRIC, « Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière », *Dalloz Actualité*, 2 juin 2020.

Annexe : Tableau des conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP)

conclues en France depuis l'instauration du dispositif en 2016¹

Liste des CJIP par année et par catégorie d'infractions	Amendes	Notes
<u>2017</u>		
<i>Infractions fiscales ou financières</i>		
HSBC Private Bank Suisse SA (démarchage bancaire illicite, blanchiment aggravé de fraude fiscale), 17 novembre 2017	300 000 000 €	
		<i>Amendes totales en 2017 : 300 000 000 €</i>
<hr/>		
<u>2018</u>		
<i>Atteintes à la probité</i>		
Set Environnement SAS (corruption publique active), 23 février 2018	800 000 €	
Kaeffer Wanner SAS (corruption publique active), 23 février 2018	2 710 000 €	
Poujaud SAS (corruption publique active), 25 mai 2018	420 000 €	
Société Générale SA (corruption active d'agents publics étrangers), 4 juin 2018	250 150 755 €	DPA simultané aux É-U (250 150 755 €)
		<i>Amendes totales en 2018 : 254 080 755 €</i>
<hr/>		
<u>2019</u>		
<i>Atteintes à la probité</i>		
Egis Avia SAS (corruption d'agent public étranger), 10 décembre 2019	2 600 000 €	
<i>Infractions fiscales ou financières</i>		
Carmignac Gestion SA (fraude fiscale), 28 juin 2019	30 000 000 €	
SARL Google France et Google Ireland Ltd (fraude fiscale), 12 septembre 2019	500 000 000 €	
		<i>Amendes totales en 2019 : 532 600 000 €</i>

¹ Sources : les informations colligées proviennent des CJIP publiées sur les sites internet de l'Agence française anticorruption (<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public>), du ministère de l'Économie, des Finances et de la Souveraineté industrielle et numérique (<https://www.economie.gouv.fr/cedef/convention-judiciaire-interet-public-cjip>), du Parquet national financier (<https://www.tribunal-de-paris.justice.fr/75/convention-judiciaire-dinteret-public-cjip>) et du ministère de la Transition écologique et de la Cohésion des territoires (<https://www.ecologie.gouv.fr/convention-judiciaire-dinteret-public-cjip>), selon les données disponibles au 27 novembre 2023.

2020*Atteintes à la probité*

Airbus SE (corruption d'agent public étranger), 31 janvier 2020

2 083 137 455 €

DPA simultanés au R-U (983 974 311 €) et aux É-U (525 655 000 €)

Infractions fiscales ou financières

Bank of China Ltd (blanchiment de fraude fiscale), 15 janvier 2020

3 000 000 €

Swiru Holding AG (complicité de fraude fiscale), 11 mai 2020

1 400 000 €

*Amendes totales en 2020 :***2 087 537 455 €**

2021*Atteintes à la probité*

Bolloré SE & Financière de l'Odet SE (corruption d'agent public étranger et infraction connexe), 26 février 2021

12 000 000 €

Refus de validation des CRPC des personnes physiques impliquées

Systra SA (corruption d'agent public étranger), 13 juillet 2021

7 496 000 €

LVMH Moët Hennessy Louis Vuitton (trafic d'influence et infractions connexes), 17 décembre 2021

10 000 000 €

Infractions fiscales ou financières

JPMorgan Chase Bank National Association (complicité de fraude fiscale), 2 septembre 2021

25 000 000 €

Infractions environnementales

Syndicat mixte de production et d'adduction d'eau (pollution de l'eau), 16 décembre 2021

5000 €

*Amendes totales en 2021 :***54 501 000 €**

2022*Atteintes à la probité*

Doris Group SA (corruption d'agent public étranger), 7 juillet 2022

3 463 491 €

Idemia France (corruption d'agent public étranger), 7 juillet 2022

7 957 822 €

Airbus SE (corruption d'agent public étranger), 30 novembre 2022

15 856 044 €

Faits révélés ultérieurement à la CJIP de 2020, mais s'inscrivant dans le même contexte temporel et organisationnel que ceux visés par la première CJIP.

Infractions fiscales ou financières

La Financière Atalian (blanchiment de fraude fiscale et infractions connexes), 7 février 2022

15 000 000 €

McDonald's France et autres (fraude fiscale), 16 juin 2022

1 245 624 269 €

Crédit Suisse AG (blanchiment aggravé de fraude fiscale et démarchage illégal), 24 octobre 2022

238 000 000 €

Unilabs France G.I.E (fraude fiscale aggravée), 15 décembre 2022

13 816 000 €

Infractions environnementales

Groupement agricole d'exploitation commun des Beaudor (pollution de l'eau), 18 février 2022

1000 €

SAS AFF Visserie (pollution de l'eau), 4 mars 2022	3000 €	
TUI Cruises GmbH (pollution de l'air), 17 mai 2022	60 000 €	
SAS Immofôret, Naturabress, SARL John Denis Bonnot TP (dégradation de l'habitat d'une espèce protégée), 25 août 2022	0 €	Aucune amende, mais engagement à réparer le préjudice écologique dans un délai maximum de trois ans en effectuant les travaux d'aménagement nécessaires.
SAS Scierie Borie (pollution de l'eau), 12 septembre 2022	10 000 €	
Syndicat intercommunal de collecte et de traitement des ordures ménagères Velay-Pilat SICTOM (pollution de l'eau), 12 septembre 2022	50 000 €	
SCEA Maison de la Mirabelle (pollution de l'eau), 28 septembre 2022	3000 €	
Groupeement agricole d'exploitation commun du Boulbout (destruction de l'habitat d'une espèce protégée), 14 décembre 2022	0 €	Aucune amende, mais engagement à réparer le préjudice écologique dans un délai maximum de trois ans en effectuant les travaux d'aménagement nécessaires.
SCEA Letac Lecerf (destruction de l'habitat d'une espèce protégée), 14 décembre 2022	0 €	
		<i>Amendes totales en 2022 :</i>
		1 539 844 626 €

2023

Atteintes à la probité

Guy Dauphin Environnement (trafic d'influence active), 17 mai 2023	1 230 000 €
Bouygues Bâtiment Sud-Est et Linkcity Sud-Est (corruption active d'agents publics et infractions connexes), 17 mai 2023	7 964 000 €
Technip Energies France et Technip UK (corruption d'agent public étranger), 28 juin 2023	208 938 000 €

Infractions fiscales ou financières

Abanca Corporation Bancaria (blanchiment de fraude fiscale et infractions connexes), 23 mars 2023	3 800 000 €
---	-------------

Infractions environnementales

Ville de Besançon (détention d'espèces animales non domestiques), 16 mars 2023	8500 €
Campbell Shipping Company Ltd (pollution de l'air), 29 mars 2023	140 000 €
Société fromagère de Vercel (pollution de l'eau), 1 ^{er} juin 2023	100 000 €
SAS Cerza (exploitation irrégulière d'un zoo), 3 juillet 2023	À déterminer

Communauté d'agglomération du Puy-en-Velay (pollution de l'eau), 10 juillet 2023	5000 €
--	--------

Amendes prévues entre 50 000 € et 1 375 335 € selon le résultat à venir des analyses génétiques.

Amendes totales en 2023 :
222 185 500 €

<i>Amendes totales depuis 2016 :</i>	4 990 749 344 €	(soit près de 5 milliards d'euros)
incluant	2 614 723 567 €	pour chefs d'atteinte à la probité,
	2 375 640 269 €	pour infractions fiscales / financières,
	385 500 €	pour infractions environnementales.

Tables des illustrations

Encadré 1. Combattre la délinquance en col blanc

Encadré 2. La condamnation de Total et de Vitol dans l'affaire *Pétrole contre nourriture* et les limites perçues de la procédure judiciaire traditionnelle dans la répression de la corruption transnationale

Encadré 3. L'affaire LVMH

Tableau 1. Tableau des critiques de la forme transactionnelle.

Bibliographie

- « Stock Fraud Indictments Gain By 100 Per Cent Here in a Year », *New York Times*, 1^{er} septembre 1962.
- ABEL Richard L., *American Lawyers*, Oxford, Oxford University Press, 1991.
- ABEND Gabriel, *The Moral Background : An Inquiry into the History of Business Ethics*, Princeton, Princeton University Press.
- AGRIKOLIANSKY Eric, COLOVALD Annie, « Mobilisations conservatrices : comment les dominants contestent ? », *Politix*, 106, 2014, p. 9-29.
- ALBERTIN Sarah, « Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle », *AJ Pénal*, 2015.
- AMICELLE Anthony, « “Deux attitudes face au monde” : La criminologie à l'épreuve des illégalismes financiers », *Cultures & Conflits*, 94-95-96, 2014/2-3-4, p. 65-98.
- AMICELLE Anthony, NAGELS Carla, « Les arbitres de l'illégalisme : nouveau regard sur les manières de faire du contrôle social » [en ligne], *Champ pénal/ Penal Field*, (2018/Vol. XV), Association Champ pénal / Penal field, disponible sur <<https://journals.openedition.org/champpenal/9774>>, (consulté le 12 décembre 2023).
- ANGELETTI Thomas, « Finance on Trial: Rules and Justifications in the Libor Case », *European Journal of Sociology / Archives Européennes de Sociologie*, 58, 2017/1, p. 113-141.
- ANGELETTI Thomas, « The Differential Management of Financial Illegalisms: Assigning Responsibilities in the Libor Scandal », *Law & Society Review*, 53(4), 2019, p. 1233-1265.
- ANGELETTI Thomas, « Le statut de la preuve dans les procès de la finance. Causalité directe vs causalité relationnelle », *Droit et société*, 110, 2022/1, p. 71-86.
- ANGELETTI Thomas, « Quand le capitalisme négocie ses peines. Genèse de la justice négociée pour les entreprises », *Actes de la recherche en sciences sociales*, 2024/1, n° 251, p. 74-91.
- ANGELETTI Thomas, GALONNIER Juliette et HIM-AQUILLI Manon, « En venir aux mots », *Tracés. Revue de Sciences humaines*, 2022, n° 43, p. 7-32.
- ANGELETTI Thomas, LEMOINE Benjamin, « The Laws of Finance: For a Sociology of Finance and Law Entanglement », *European Journal of Sociology*, 62(2), 2021, p. 183-212.

- ARON Matthieu, « “L’Affaire Alstom, une guerre secrète à 12 milliards d’euros”, les dessous d’un scandale », *L’Obs*, 25 octobre 2021, <https://www.nouvelobs.com/ce-soir-a-la-tv/20211025.OBS50261/l-affaire-alstom-une-guerre-secrete-a-12-milliards-d-euros-les-dessous-d-un-scandale.html>.
- AUDREN Frédéric, « Un tournant technique des sciences (sociales) du droit ? » [en ligne], *Clio@Themis. Revue électronique d’histoire du droit*, 2022/23, disponible sur <<https://journals.openedition.org/cliiothemis/2635>>, (consulté le 13 septembre 2023).
- BALLESEIN Edward, *Fraud. An American History from Barnum to Madoff*, Princeton, Princeton University Press, 2019.
- BARBOT Janine et DODIER Nicolas, « Se confronter à l’action judiciaire. Des victimes au carrefour des différentes branches du droit », *L’Homme*, 223-224, 2017, n° 3-4, p. 99-130.
- BEAN Bruce W. et MACGUIDWIN Emma H., « Unscrewing the Inscrutable: The UK Bribery Act 2010 », *Indiana International & Comparative Law Review*, 23, 2013, p. 63-109.
- BIRON Julie et MANIRABONA Amissi, « L’adoption et la mise en œuvre d’un programme de conformité : quelques éléments à prendre en considération », *Revue générale de droit*, 50, 2020/1, p. 203-243.
- BOLTANSKI Luc, *De la critique : précis de sociologie de l’émancipation*, Paris, Gallimard, 2009.
- BOLTANSKI Luc et ESQUERRRE Arnaud, *Enrichissement : une critique de la marchandise*, Paris, Gallimard, 2017.
- BOLTANSKI Luc et THÉVENOT Laurent, *De la justification : les économies de la grandeur*, Paris, Gallimard, 2008.
- BREEN Emmanuel, « La “compliance”, une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, 2019/2, p. 327-331.
- CHANTRAINE Gilles et Grégory SALLE, « Pourquoi un dossier sur la « délinquance en col blanc » ? » [en ligne], *Champ pénal/ Penal field*, 2013/Vol. X, disponible sur <<https://journals.openedition.org/champpenal/8555>>, (consulté le 15 septembre 2023).
- CHATEAURAYNAUD Francis, « La contrainte argumentative. Les formes de l’argumentation entre cadres délibératifs et puissances d’expression politiques », *Revue européenne des sciences sociales. European Journal of Social Sciences*, février 2007, n° XLV-136, p. 129-148.
- CHATEAURAYNAUD Francis, « Des expériences ordinaires aux processus critiques non-linéaires. Le pragmatisme sociologique face aux ruptures contemporaines », *Pragmata*, 5, 2022, p. 18-92.

- CHRISTIE Christopher J., HANNA Robert M., « A Push Down the Road of Good Corporate Citizenship: The Deferred Prosecution Agreement between the U.S. Attorney for the District of New Jersey and Bristol-Myers Squibb Co. », *American Criminal Law Review*, 43(3), 2006, p. 1043-1062.
- COFFEE John C., *Corporate Crime and Punishment. The Crisis of Underenforcement*, Oakland, Berrett Koehler, 2022.
- CORNUT ST-PIERRE Pascale, *La fabrique juridique des swaps : quand le droit organise la financiarisation du monde*, Paris, Presses de Sciences Po, 2019.
- CORNUT ST-PIERRE Pascale, « La technique juridique, objet de science sociale ? Pour une sociologie pragmatique des controverses techniques en droit », *Jurisprudence – Revue Critique*, 9, 2020, p. 89-107.
- D'AMBRIOSO Luca, « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2019.
- DE VAUPLANE Hubert, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Presses universitaires de France, 2020, p. 27.
- DAOUD Emmanuel et LE CORRE Clarisse, « La conformité des entreprises en matière de lutte anti-corruption », *AJ Pénal*, 2015.
- DELABRUYÈRE Dominique, HERMILLY Jocelyne et RUELLAND Nadine, « La délinquance économique et financière sanctionnée par la Justice », Infostat Justice, 2002.
- DEPARTMENT OF JUSTICE OF THE UNITED STATES, « Memorandum. Federal prosecution of corporations », 1999.
- DEPARTMENT OF JUSTICE OF THE UNITED STATES, « Department's sentencing memorandum », 15 décembre 2008.
- DEPARTMENT OF JUSTICE OF THE UNITED STATES, *Foreign Corrupt Practices Act Enforcement Actions*, 22 février 2023, <https://www.justice.gov/criminal-fraud/enforcement-actions> (consulté le 29 mai 2023).
- DEZALAY Yves, « The *Big Bang* and the Law: The Internationalization and Restructuration of the Legal Field », *Theory, Culture & Society*, 7, 1990, p. 279-293.
- DEZALAY Yves, « Des notables aux conglomérats d'expertise : Esquisse d'une sociologie du "big bang" juridico-financier », *Revue d'économie financière*, 25, 1993, p. 23-38.
- DODIER Nicolas et BARBOT Janine, « Les raisons des victimes », *La morale des sociologues*, Paris, PUF, « La vie des idées », 2020, p. 25-44.

- DODIER Nicolas et BARBOT Janine, « La force des dispositifs », *Annales. Histoire, Sciences sociales*, 2016/2, p. 421-450.
- DOIG Alan, « Non-conviction financial sanctions, corporate anti-bribery reparation and their potential role in delivering effective anti-corruption pay-back: The emerging UK context », in Liz CAMPBELL et Nicholas LORD (dir.), *Corruption in Commercial Enterprise: Law, Theory and Practice*, Londres, Routledge, 2018, p. 269-271.
- FELSTINER W. L. F., ABEL R. L., SARAT A., « The Emergence and Transformation of Disputes: Naming, Blaming, Claiming », *Law & Society Review*, 15(3-4), 1980-1981, p. 631-654.
- FISHER Alice, Procureur général adjoint, Département de la Justice des États-Unis, « Prepared Remarks at the American Bar Association National Institute on the Foreign Corrupt Practices Act », 16 octobre 2006.
- FISCHER Nicolas et Alexis SPIRE, « L'État face aux illégalismes », *Politix*, 87, 2009/3, p. 7-20.
- FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir : naissance de la prison*, Paris, Gallimard, 2011 (1975).
- FOUCAULT Michel, *La société punitive : cours au Collège de France, 1972-1973*, Paris, EHESS, Gallimard, Seuil, 2013.
- FREEDBERG Sydney P., KEHOE Karrie et ARMENDARIZ Agustin, « As US-style corporate leniency deals for bribery and corruption go global, repeat offenders are on the rise » [en ligne], *International Consortium of Investigative Journalists*, 3 décembre 2022.
- GALANTER Marc, PALAY Thomas, *Tournament of Lawyers: The Transformation of Big Law Firm*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- GALANTER Marc, HENDERSON William D., « The Elastic Tournament: A Second Transformation of the Big Law Firm », *Stanford Law Review*, 60, 2008, p. 1867-1906.
- GALLOIS Julie, « *Pétrole contre nourriture* : précisions en matière de corruption d'agents publics étrangers et d'abus de biens sociaux », *Dalloz actualité*, 4 avril 2018, https://www.dalloz-actualite.fr/flash/petrole-contre-nourriture-precisions-en-matiere-de-corruption-d-agents-publics-etrange-et-d-#.YivqRt_CppQ.
- GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre (dir.), *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Presses universitaires de France, 2020.
- GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre (dir.) *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*, Paris, Presses universitaires de France, 2020, p. 13-20.

- GARRETT Brandon L., *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge, Belknap Press, 2014.
- GARRETT Brandon L., « The Rise of Bank Prosecutions », *The Yale Law Journal Forum* [en ligne], 126, 2016, <http://www.yalelawjournal.org/forum/the-rise-of-bank-prosecutions> (consulté en décembre 2022).
- GEIS Gilbert, « A research and action agenda with respect to white-collar crime », in GEIS Gilbert, *On White-Collar Crime*, Lexington, Lexington Books, 1982, p. 145-170,
- GOLDSTOCK Ronald (dir.), *Corruption and Racketeering in the New York City Construction Industry: The Final Report of the New York State Organized Task Force*, New York, New York University Press, 1991.
- GOLDSTOCK Ronald, « The Prosecutor as a Problem Solver: Leading and Coordinating Anticrime Efforts », *Criminal Justice*, 48-49, 1992, p. 3-9.
- GORDON Robert W., « The American Legal Profession, 1870-2000 », in M. Grossberg, C. Tomlins (dir.), *The Cambridge History of Law in America, Volume 3: The Twentieth Century and After (1920-)*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, p. 73-126.
- HURET Romain, *American Tax Resisters*, Harvard, Harvard University Press, 2014.
- HURET Romain, *Les millions de monsieur Mellon. Le capitalisme en procès aux États-Unis (1933-1941)*, Paris, La Découverte, 2023.
- INTERNATIONAL ANTI-BRIBERY AND FAIR COMPETITION ACT OF 1998, Pub. L. No. 105-366, 112 Stat. 3302 (1998).
- ISRAËL Liora, « Retour à Chicago. Généalogies de la sociologie des avocats (et de leur politisation) », *Sociologie du travail* [en ligne], 65(3), 2023, mis en ligne le 25 août 2023 (consulté le 28 octobre 2023).
- JARRETT Tim et TAYLOR Claire, « Bribery allegations and BAE Systems », Library, House of Commons, Standard Note: SN/BT/5367, 2010,
- JOHNSON David T., RICHARD A. Leo, « The Yale White-Collar Crime Project: A Review and Critique », *Law & Social Inquiry*, 18, 1993, p. 63-99.
- JOVANOVIC Franck, *Finance offshore et paradis fiscaux : Légal ou illégal ?*, Québec, Presses de l'université du Québec, 2022.
- KARMEL Roberta S., *Regulation by Prosecution: The Securities and Exchange Commission vs. Corporate America*, New York, Simon and Schuster, 1981.
- KATZ Jack, « The social movement against white-collar crime », in Bittner E. and Messinger S. L. (dir.), *Criminology Review Yearbook*, vol. II., Beverly Hills, Londres, Sage, 1980, p. 161-182.

- KOEHLER Mike, « The Story of the Foreign Corrupt Practices Act », *Ohio State Law Journal*, 73, 2012.
- KOHLMEIR Louis M., « The Bribe Busters », *New York Times*, 26 septembre 1976.
- LACHNER Todd, « Strategic Behavior and Prosecutorial Agenda Setting in United States Attorney' Offices: The Role of U.S. Attorneys and their Assistants », *The Justice System Journal*, 23(2), 2002, p. 271-294.
- LASCOUMES Pierre, *Les affaires ou l'art de l'ombre ? Les délinquances économiques et financières et leur contrôle*, Paris, Le Centurion, 1986.
- LASCOUMES Pierre, « L'illégalisme, outil d'analyse », *Sociétés & Représentations*, 3, 1996/2, p. 78-84.
- LASCOUMES Pierre, *Corruptions*, Paris, Presses de Sciences Po, 1999.
- LASCOUMES Pierre et Patrick LE GALÈS, *Gouverner par les instruments*, Paris, Presses de Sciences Po, 2005.
- LASCOUMES Pierre, « Témoignage sur un parcours de recherche. Légalistes et transgresseurs : le rapport paradoxal des élites dirigeantes aux règles sociales », *Criminologie*, 49, 2016/1, p. 15-24.
- LASCOUMES Pierre et Carla NAGELS, *Sociologie des élites délinquantes : de la criminalité en col blanc à la corruption politique*, 2^e éd., Paris, Armand Colin, 2018.
- LASCOUMES Pierre, *L'économie morale des élites dirigeantes*, Paris, Presses de Sciences po, 2022.
- LEIGH David et EVANS Rob, « BAE accused of arms deal slush fund » [en ligne], *The Guardian*, 11 septembre 2003.
- LIEBERMAN Jethro K., *The Litigious Society*, New York, Basic Books, 1981.
- LIÉVAUX Chloé, « Lutte contre la corruption et application internationale de ne bis in idem », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1, 2020,
- LIMAN Arthur L., *Lawyer: A Life of Counsel and Controversy*, New York, Public Affairs, 2002.
- MACDONALD Ross, « Setting Examples, Not Settling: Towards a New SEC Enforcement Paradigm », *Texas Law Review*, 91(2), 2012, p. 419-447.
- MAINGUY Daniel, « 3 Questions : Pourquoi un droit de la guerre économique ? », *La Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, 2020.

- MANN Kenneth, *Defending White-Collar Crime. A Portrait of Attorneys at Work*, Yale, Yale University Press, 1985.
- MARKOFF Gabriel, « Arthur Andersen and the Myth of the Corporate Death Penalty: Corporate Criminal Convictions in the Twenty-First Century », *University of Pennsylvania Journal of Business Law*, 15(3), 2013, p. 797-842.
- MASCALA Corinne et AMAUGER-LATTES Marie-Cécile, « Les évolutions de la responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'entreprise », in *La Personnalité juridique*, Toulouse, Presses de l'université Toulouse Capitole, 2013, p. 291-304.
- MIGNON COLOMBET Astrid, « La défense des entreprises à l'heure du droit global », *AJ Pénal*, 2015, p. 346.
- MILLER R., SARAT A., « Grievances, Claims, and Disputes: Assessing the Adversary Culture », *Law & Society Review*, 15(3-4), 1980-1981, p. 525-566.
- MITCHELL Timothy, *Carbon Democracy : le pouvoir politique à l'ère du pétrole*, Paris, La Découverte, 2017.
- MNOOKIN Robert H., KORNHAUSER Lewis, « Bargaining in the Shadow of the Law: The Case of Divorce », *The Yale Law Journal*, 88(5), 1979, p. 950-997.
- MORGENTHAU Robert M., « What Prosecutors Won't Tell You », *New York Times*, 7 février 1995.
- OCDE, Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, 27 novembre 1997.
- PIERUCCI Frédéric, *Le piège américain : l'otage de la plus grande entreprise de déstabilisation économique témoigne*, Paris, Jean-Claude Lattès, 2019.
- PISTOR Katharina, « A Legal Theory of Finance », *Journal of Comparative Economics*, 41, 2013/2, p. 315-330.
- PISTOR Katharina, *The Code of Capital: How the Law Creates Wealth and Inequality*, Princeton, Princeton University Press, 2019.
- PISTOR Katharina, *Le Code du capital: comment la loi crée la richesse capitaliste et les inégalités*, Paris, Seuil, 2023.
- PONCELA Pierrette, « Le combat des gladiateurs. La procédure pénale au prisme de la loi Perben II », *Droit et société*, n° 60, 2005, p. 473-493.
- PUCCIO-DEN Deborah, « Juger la mafia. Catégorisation juridique et économies morales en Italie (1980-2010) », *Diogène*, 239-240, 2012, p. 16-36.

- RACKMILL Stephen J., « Printzlien's Legacy, the 'Brooklyn Plan,' a.k.a. Deferred Prosecution », *Federal Probation*, 60, 1996, p. 8-15.
- RAKOFF Jed, « Why Innocent People Plead Guilty », *New York Review of Books*, 2014.
- RAKOFF Jed, « Getting Away With Murder », *New York Review of Books*, 2020.
- RIVERA Lauren, « Hiring as Cultural Matching : The Case of Elite Professional Service Firms », *American Sociological Review*, 77 (6), 2012, p. 999-1022.
- ROSE Cecily, « The UK Bribery Act 2010 and Accompanying Guidance: Belated Implementation of the OECD Anti-bribery Convention », *The International and Comparative Law Quarterly*, 61, 2012.
- ROUSSEAU Laura et MÉRIC Martin, « Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière », *Dalloz Actualité*, 2 juin 2020.
- ROUSSEL Violaine, *Affaires de juges. Les magistrats dans les scandales politiques en France*, Paris, La Découverte, 2002.
- ROUSSEL Violaine, « Les changements d'éthos des magistrats », in Jacques Commaille, Martine Kaluszynski (dir.), *La fonction politique de la justice*, Paris, La Découverte, 2007, p. 25-46.
- SAINT-MARTIN Denis, « À la rescousse des champions nationaux : le pouvoir politique des entreprises et la refonte du régime global de lutte contre la corruption », Laboratoire interdisciplinaire d'évaluation des politiques publiques de Sciences Po, Working Paper n° 99, 2020.
- SARAT Austin, SCHEINGOLD Stuart (dir.), *Cause Lawyering. Political Commitments and Professional Responsibilities*, Oxford, Oxford University Press, 1998.
- SASSEN Saskia, *The Global City: New York, London, Tokyo*, Princeton, Princeton University Press, 2001.
- SECURITIES AND EXCHANGE COMMISSION, « Report on Questionable and Illegal Corporate Payments and Practices », 1976.
- SEWELL Jr. William H. « The temporalities of capitalism », *Socio-Economic Review*, 6, 2008, p. 517-537.
- SEYMOUR Jr. Whitney North, *United States Attorney: An Inside View of « Justice » in America Under the Nixon Administration*, New York, William Morrow and Company, 1975

- SEYMOUR Jr. Whitney North, « Fighting White Collar Crime, A Handbook on How to combat Crime in the Business World », Office of United States Attorney for the Southern District of New York, 1972.
- SHAPIRO Susan, *Wayward Capitalists: Target of the Securities and Exchange Commission*, Yale, Yale University Press, 1984.
- SOULEZ LARIVIÈRE Daniel, « Avis du Comité d'éthique du barreau de Paris sur l'application de la loi Sapin 2 », *La Semaine Juridique*, 2019/20, p. 529.
- SPIRE Alexis, « Pour une approche sociologique de la délinquance en col blanc », *Champ pénal*, 10, 2013.
- SUTHERLAND Edwin H., *White Collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, Yale University Press, 1983 (1949).
- SUTHERLAND Edwin H., « Le problème de la criminalité en col blanc », *Champ penal/Penal Field*, trad. Gilles Chantraine et Grégory Salle, 10, 2013.
- SUTTON John R., *Law/Society: Origins, Interactions, and Change*, Londres, Pine Forge Press, 2001,
- TAMANAH Brian Z., « A Non-Essentialist Version of Legal Pluralism », *Journal of Law & Society*, 27(2), 2000, p. 296-321.
- UNITED STATES DISTRICT COURT FOR THE NORTHERN DISTRICT OF TEXAS, « Deferred Prosecution Agreement with Boeing », 2021.
- VAUCHEZ Antoine, *Public*, Paris, Anamosa, 2022.
- VAUCHEZ Antoine, FRANCE Pierre, *Sphères publiques, intérêts privés. Enquête sur un grand brouillage*, Paris, Presses de Science Po, 2017.
- VERGÈS Etienne, « Chronique législative, Procédure pénale : La procédure pénale hybride », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, 2017.
- WHITNEY Craig R., « Seymour Gets 900 Indictments in 10 Months as U.S. Attorney and Strives to Cut Court Jam as Pledged », *New York Times*, 9 novembre 1970.
- WILLIAMS-ELEGBE Sope, « Corruption, Anti-Corruption Measures and Disqualification », in *Fighting Corruption in Public Procurement: A Comparative Analysis of Disqualification or Debarment Measures*, Hart Publishing, 2012.
- ZARING David, « Against Being Against the Revolving Door », *University of Illinois Law Review*, 2013 (2), 2013, p. 507-550

ZIRIN James D., *The Mother Court: Tales of Cases that Mattered in America's Greatest Trial Court*, Chicago, American Bar Association, 2014.

À la fin de l'année 2016, la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « loi Sapin 2 », introduisait en droit français un nouveau dispositif de transaction pénale ouverte aux entreprises : la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP). Inspirée des deferred prosecution agreements (accords de poursuite différée) pratiqués depuis les années 1990 aux États-Unis et depuis 2014 au Royaume-Uni, la CJIP offre une alternative aux poursuites contre les personnes morales soupçonnées en particulier d'infractions liées à la corruption et à la fraude fiscale : parquet et prévenus peuvent désormais convenir de la suspension de l'action publique en échange de la reconnaissance de faits incriminables, du paiement d'une amende et, dans certains cas, de la mise en œuvre de réformes organisationnelles afin de prévenir le risque de récidive – le tout, sans déclaration formelle de culpabilité. Cette possibilité nouvelle d'une issue négociée aux poursuites pénales contre les entreprises constitue une petite « révolution culturelle » de la justice française, qui ne fut d'ailleurs pas accueillie sans débats.

Issu de la collaboration d'un sociologue et d'une juriste qui ont en commun de s'intéresser aux usages et aux contournements du droit que déploient les acteurs économiques et financiers, ce rapport retrace la genèse, la circulation et les usages de la transaction pénale pour les entreprises, depuis ses origines américaines jusqu'à sa mise en œuvre récente dans le système judiciaire français. Il présente les résultats d'une enquête reposant sur des entretiens qualitatifs menés auprès d'une cinquantaine de professionnels du droit, aux États-Unis et en France, sur des observations ethnographiques des audiences publiques de validation des CJIP en France, ainsi que sur une analyse documentaire visant à reconstituer les débats – médiatiques, parlementaires, judiciaires et doctrinaux – qui ont façonné l'évolution de la transaction pénale pour les entreprises au cours des dernières décennies.

Le rapport montre comment s'est progressivement imposé, au cours des trente dernières années et dans plusieurs pays du monde, un nouveau mode de règlement des conflits avec les grandes entreprises. L'ascension rapide de l'accord négocié comme mode privilégié d'action publique dans la lutte contre la criminalité économique et financière est indissociable d'un investissement sans précédent du droit pénal par les avocats d'affaires. Fruit de l'espace de négociation inédit entre procureurs et avocats de la défense qui caractérisait le microcosme judiciaire new yorkais de la fin du vingtième siècle, la transaction pénale pour les entreprises fut ensuite importée en France et au Royaume-Uni dans la foulée de scandales de corruption impliquant certains fleurons de l'industrie nationale visés par l'action extraterritoriale de la justice américaine. En dehors des États-Unis, la transaction pénale fut conçue comme un moyen de reprendre le contrôle des enquêtes, des poursuites et des sanctions visant de telles entreprises et de protéger celles-ci du bras long de la justice américaine. Cet investissement du pénal par les avocats d'affaires contribue en retour à renouveler les dynamiques de l'espace juridique, en transformant non seulement le travail des magistrats, mais aussi les conditions de mise en visibilité et de critique sociale de la délinquance d'affaires.

Thomas ANGELETTI, Chargé de recherche au CNRS, IRISSO-Université Paris Dauphine-PSL.

Pascale CORNUT ST-PIERRE, Professeure agrégée à la Faculté de droit (Section de droit civil) de l'Université d'Ottawa.