

INTRODUCTION

Un changement de paradigme

Antoine Garapon, Pierre Servan-Schreiber

Philippe X, secrétaire général d'un grand groupe français, sort de l'ultime entrevue avec un représentant du Department of Justice à Washington, pour signer un *Non Prosecution Agreement* (NPA) au nom de son entreprise. Il est à la fois soulagé et troublé. Soulagé, car le pire a été évité : pas de procès, pas de mauvaise publicité pour son entreprise, dont le nom ne sera pas souillé par l'infamie de la corruption (il a tenu en effet à ce que le mot ne soit jamais prononcé dans l'accord final), pas de procédures interminables dans une quinzaine de juridictions, fini les tensions permanentes au sein du comité de direction ou du conseil d'administration à qui il aurait dû justifier sa position. Tout cela est définitivement derrière lui. Et, pourtant, il n'arrive pas à se départir d'un sentiment de malaise. Que vient-il de faire ? Il a signé un chèque de plusieurs centaines de millions de dollars, mais pour quelle contrepartie ? Des sommes équivalentes, voire supérieures, il en a déjà engagées pour l'entreprise mais pour des contrats, des perspectives de développement donc. Mais là, qu'a-t-il acheté ? La paix avec les autorités américaines ? N'est-elle pas un peu cher payée ? Et puis, il y a l'opération de police intérieure qu'il a dû mener avec des avocats : bien sûr, ils se sont montrés d'une efficacité redoutable, mais enfin... était-ce bien leur rôle que de faire le travail des policiers ?

Deals de justice

Une question le taraude : et s'ils avaient été au procès ? Son service juridique ne lui a-t-il pas dit et redit que l'accusation n'avait aucune preuve formelle d'une stratégie de corruption au niveau le plus élevé du groupe ? N'aurait-il pas mieux valu se débarrasser de quelques brebis galeuses dans les filiales suspectes et se battre devant les tribunaux pour le reste ? Une telle amende n'est-elle pas disproportionnée pour des fautes somme toute assez habituelles dans la vie du commerce international ?

Ce qui le perturbe le plus, c'est qu'il n'aura jamais la réponse à ses questions, car il a transigé pour éviter une peine qui n'a pas vraiment de référence. Sa seule certitude est que tous ses collègues des grands groupes font comme lui ; on paie et on se tait. Jamais aucun procès n'a eu lieu, seulement des transactions, des "deals". Mais voilà : que se serait-il passé s'il avait tenu tête ? Si son groupe avait résisté, contre-attaqué, contesté la compétence des autorités américaines, l'extraterritorialité du droit américain, fait appel aux grands principes du droit international ? Pour lui-même, il aurait bien relevé le défi, mais pour son entreprise, non, c'était décidément trop risqué.

Bien sûr, il connaît ce fond protestant qui l'amuse chez les Américains, ce besoin de contrition publique, cette sorte de moralisme inséparable du business dont il n'est jamais parvenu à savoir, au bout de trente ans de carrière dans un grand groupe international, si c'était de l'hypocrisie ou l'expression de convictions réelles. Mais, cette fois-ci, il s'est vu sommé de les partager, ou de faire comme si. Ce qui l'amusait auparavant s'est mis à le gêner ; il s'est senti tout à coup... *étranger*. C'est bien ce sentiment qu'il a commencé à éprouver : il s'est senti subitement désemparé, comme un étranger. Non pas étranger à ce pays – les États-Unis – qu'il connaît si bien et

Un changement de paradigme

que, par bien des côtés, il admire. Ni étranger au peuple américain dont il maîtrise parfaitement la langue, ni aux valeurs de l'Amérique. Non, c'est autre chose : il se sent étranger au nouveau monde qui est en train de naître et dont il s'est fait l'artisan involontaire. Tout au long de cette affaire, il a bien compris que l'on était en train de passer à autre chose, de basculer dans un nouveau modèle.

Mais dans quel monde entrons-nous, se demande-t-il ? Il se souvient de ses années à la faculté de droit de Paris où ses maîtres lui ont expliqué les fondements du droit pénal : Beccaria, le principe de la légalité des peines ; et puis de son année à Columbia où il a été fasciné par la subtilité et la force du droit américain : le droit de la procédure (*evidence*), le droit constitutionnel, l'importance accordée à la liberté et aux droits garantis par le *Bill of Rights*, notamment celui de ne pas s'incriminer. Tous ces raffinements de la pensée, toute cette sagesse accumulée par des traditions différentes au cours des siècles lui semblent tout à coup en passe de devenir inutiles dans ce nouveau monde.

Il ressent alors le besoin de comprendre. Non pour contester l'accord intervenu, car il a bien senti tout au long de cette affaire que ce qu'on lui demandait de faire n'était pas illégal, ni illégitime. Non, simplement comprendre. Mais vers où se tourner ? Quels ouvrages consulter ? Avec qui réfléchir ?

Monsieur X n'existe pas, naturellement, mais ses questions, elles, sont inspirées d'une multitude de conversations que nous avons eues ces dernières années avec une variété de directeurs juridiques en France et à l'étranger, et avec leurs conseils. De ce besoin de comprendre est venue l'idée de réunir un petit groupe de travail hétéroclite, composé d'avocats, d'hommes d'entre-

Deals de justice

prise, mais aussi d'un juge et d'un philosophe, pour tenter de saisir, de nommer et d'expliquer ce qui représente peut-être aujourd'hui un véritable changement de paradigme. Ce livre est le fruit de ces réflexions. Il poursuit donc un double objectif : descriptif et analytique, intellectuel et opérationnel, parce que ces dimensions sont inséparables. Il n'a d'autre ambition que d'ouvrir un débat pour faire partager notre questionnement inquiet devant le développement considérable de ces pratiques nouvelles. Inquiet, car nous avons conscience que la régulation de la mondialisation actuelle est indispensable, mais que sa mise en œuvre peut aussi remettre en question des équilibres fondamentaux : politiques, juridiques, philosophiques. Le débat entre nous a été passionnant et nous sommes rapidement convenus qu'il méritait d'être élargi au-delà d'un cercle d'initiés. Entreprises, avocats, magistrats, ONG, instances européennes : tous sont concernés. Mais n'anticipons pas, et commençons par le début, c'est-à-dire par décrire une pratique qui se généralise depuis quelques années seulement.

WHISTLEBLOWING, NPA, DPA, SETTLEMENT ET MONITOR

Les entreprises du monde entier sont confrontées à une pratique inédite de la part des autorités¹ américaines telles

1. Aux États-Unis, le terme d'*authorities* désigne aussi bien les autorités de régulation proprement dites (comme la SEC ou l'OFAC) que le procureur fédéral qui dépend du Department of Justice (ministère de la Justice) ou bien encore les procureurs des États concernés par les manquements allégués, tels que le DANY (District Attorney of New York). Comme on le sait, la notion d'État telle que nous l'entendons en France n'existe pas nommément dans la culture américaine, où ce

Un changement de paradigme

que les agences de régulation comme l'Office of Foreign Asset Control (OFAC) ou la Securities and Exchange Commission (SEC), relayées par l'administration elle-même comme le Department of Justice (DOJ) ou les procureurs des États. Celle-ci consiste, dès le début d'une suspicion de fraude pesant à leur encontre, à leur proposer un choix : coopérer ou s'opposer. Si les entreprises acceptent de coopérer – et l'on verra qu'elles n'ont guère d'autre choix que d'accepter –, elles s'engagent à faire réaliser une enquête interne approfondie, à leurs frais, à en communiquer les résultats aux autorités compétentes puis à s'acquitter d'une amende négociée et enfin, le plus souvent, à accepter la nomination d'un contrôleur interne (*monitor*). La nouveauté et la généralisation de cette pratique invitent non seulement les entreprises mais aussi le barreau, les pouvoirs publics et les institutions européennes à s'interroger ou à réagir devant ce qui apparaît comme un nouveau mode de régulation de la mondialisation économique par le droit.

Pour cela, il faut saisir la cohérence implicite de ces pratiques. Au-delà du périmètre technique de la corruption, des sanctions économiques ou de la régulation financière, ce travail

terme est réservé à d'autres (et notamment aux dictatures et aux ennemis de l'Amérique). On observe d'ailleurs que le terme qui s'en rapprocherait le plus, mais qui ne recouvre en réalité que ce que nous appelons en français « l'administration », est le mot *government*, tandis que le terme le plus adapté pour ce que nous appelons le gouvernement est *administration* (« the Obama Administration »). Cela s'explique, entre autres, par le profond attachement des Américains au fédéralisme, voire par l'aversion profonde de nombre d'entre eux pour ce que nous appelons l'État, tant ils considèrent que l'autorégulation et la conformité volontaire et intégrée par chacun aux codes sociaux reconnus de tous, valent mieux que la règle de droit imposée par le « gouvernement ». Mais en réalité, lorsque l'on parle de ces autorités américaines, il s'agit bien de l'État au sens où nous l'entendons en France.

Deals de justice

permettra également de mieux comprendre le « droit global », car nombre de traits propres à ce phénomène se retrouvent dans des domaines aussi apparemment éloignés que la lutte contre le terrorisme ou la justice transitionnelle après des crimes de masse. Ce n'est ni plus ni moins qu'une nouvelle manière de gouverner qui se met en place, qui passe par un nouvel usage du pouvoir : plus pragmatique, plus efficace, mais plus insidieux aussi, où les intérêts propres à la puissance américaine et à la moralisation des affaires se côtoient jusqu'à se confondre. Détaillons le mécanisme à partir d'un cas emblématique : l'affaire Siemens.

Fin 2006, la police allemande, suspectant des actes de corruption qui pesaient sur nombre des filiales de Siemens à travers le monde, perquisitionnait au siège de l'entreprise, ce qui alerta les autorités américaines (qui l'apprirent par la presse). Le DOJ et la SEC proposèrent un accord à l'entreprise allemande pour différer le déclenchement des poursuites à condition que celle-ci s'engage à coopérer et à enquêter à ses frais, de la manière la plus approfondie et la plus loyale, sur les allégations de corruption. L'accord fut conclu et l'enquête confiée à une *law firm*¹ américaine qui la boucla en moins de deux années².

1. Cabinet d'avocats. Nous utilisons ici l'expression américaine car, comme leur nom l'indique, il s'agit de véritables entreprises du droit qui se distinguent de la plupart des cabinets d'avocats d'Europe continentale par leur taille (environ 70 *law firms* américaines comprennent plus de 500 avocats en leur sein), par leur puissance financière (60 *law firms* ont un chiffre d'affaires annuel dépassant 500 millions de dollars) et par leur très haut degré de spécialisation.

2. D'autres enquêtes, comparables, sont toujours en cours plus de quatre années après leur ouverture.

Un changement de paradigme

Le 15 décembre 2008, une cour fédérale de Washington donnait son accord à une double amende transactionnelle entre le DOJ et la SEC pour un montant total de 800 millions de dollars (sans toutefois viser explicitement la qualification de corruption pour ne pas pénaliser l'entreprise dans certains appels d'offres internationaux). La compagnie allemande annonça le même jour qu'elle paierait 395 millions d'euros aux autorités allemandes, en plus des 201 millions d'euros déjà payés à un tribunal de Munich. Elle avait néanmoins échappé à une pénalité que le DOJ évaluait à 2,7 milliards de dollars.

Un *monitor*, chargé de vérifier la mise en œuvre des réformes nécessaires à la non-répétition de faits semblables, était nommé par le DOJ. Fait exceptionnel, il ne s'agissait pas d'un citoyen américain mais d'une personnalité allemande, M. Théo Weigel.

Des scénarios identiques se sont multipliés ces dernières années à une telle fréquence qu'il est possible de modéliser cette pratique, dont les principales étapes sont les suivantes (même si chaque affaire ne suit pas le parcours complet).

Les affaires peuvent commencer de multiples manières, mais les récentes législations ont renforcé le mécanisme de l'alerte (*whistleblowing*, c'est-à-dire un ensemble de dispositions de protection du donneur d'alerte), notamment le récent *Dodd-Frank Act* qui intéresse désormais le donneur d'alerte en lui promettant un pourcentage des sommes qu'il aura permis de recouvrer.

Dès qu'une suspicion se confirme à l'encontre d'une entreprise – et quel que soit son siège dans le monde, à partir du moment où elle est cotée sur une bourse américaine ou qu'elle a des intérêts commerciaux importants aux États-Unis, ou tout

Deals de justice

simplement qu'elle a utilisé des moyens situés aux États-Unis¹ –, elle se voit proposer par les autorités américaines de coopérer, c'est-à-dire, concrètement, de renoncer à se prévaloir d'un certain nombre de garanties légales et de faire pratiquer une enquête interne par des avocats qui se feront assister par des experts en traitement de données électroniques. Ces enquêtes n'ont pas de limites fixées au départ, ni dans l'objet, ni dans le temps, ni dans l'espace, les autorités américaines pouvant à tout moment les étendre à de nouvelles branches d'activités, allonger la période sur laquelle porteront les recherches ou élargir le nombre de juridictions couvertes. De surcroît, les autorités associent le plus souvent leurs efforts au sein de *task forces* regroupant plusieurs organes d'enquêtes (la SEC, le FBI², l'IRS³, l'OFAC) qui s'avèrent redoutablement efficaces en croisant des compétences très pointues en droit fiscal ou boursier, en comptabilité ou en droit pénal. D'autant que les mêmes faits peuvent donner lieu aussi bien à des poursuites pénales, à une action civile ou à un redressement fiscal, qu'à de multiples amendes, dommages-intérêts punitifs, redressements, etc.

Tout cela ne serait pas possible sans un arsenal législatif qui le permette, à commencer par le *Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)* qui a été précédé et suivi par de multiples autres textes comme la loi RICO⁴, votée pour lutter contre le

1. Par exemple un compte en banque situé aux États-Unis, voire, notamment pour les sanctions supervisées par l'OFAC, tout paiement fait en dollars, même s'il n'a pas transité par le territoire américain.

2. Federal Bureau of Investigations.

3. Internal Revenue Service.

4. *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*, loi fédérale de 1970 prévue à l'origine pour permettre d'incriminer les chefs de la mafia, responsables de crimes qu'ils n'avaient pas commis eux-mêmes.

Un changement de paradigme

crime organisé, et qui permet de tripler les dommages et intérêts.

Le plus souvent, l'accord prévoit la nomination d'un *monitor*, chargé de vérifier la mise en œuvre des engagements pris par l'entreprise pour prévenir la réitération de faits semblables. Initialement, ce dernier était toujours un avocat américain mais il est, depuis l'affaire Siemens, de plus en plus souvent d'une autre nationalité, ce qui n'empêche pas qu'il doive toujours rendre compte aux autorités américaines.

Enfin, l'accord¹ intervenu entre l'entreprise et la ou les autorités administratives devra dans certains cas être homologuée par un *consent judgment*, c'est-à-dire un jugement d'homologation prononcé par un juge fédéral, ce qui a pour effet, non seulement de lui accorder plus de poids, mais aussi de faciliter les poursuites en cas d'inexécution.

LES ENQUÊTES INTERNES

Un des éléments clés de cette nouvelle approche de la conformité est donc l'obligation faite à l'entreprise de procéder à une ou plusieurs enquêtes internes afin de déterminer si, et dans quelle proportion, ont bien eu lieu en son sein des manquements aux obligations dont l'autorité a la charge (de supervision ou de sanction). Le groupe concerné devra faire une première analyse assez générale pour pouvoir proposer à l'autorité compétente une

1. Un tel accord peut porter différents noms (Defend Prosecution Agreement, Non-Prosecution Agreement, Settlement Agreement) ou, plus familièrement, un "deal".

Deals de justice

méthodologie et un périmètre d'investigation : trop étroit, il sera considéré par l'autorité comme indicatif de mauvaise foi ou de non-professionnalisme ; trop large, il entraînera le groupe dans un programme de dépenses considérables, en termes de ressources internes mais aussi de frais et honoraires de prestataires.

On peut se demander pourquoi les entreprises se soumettent à de telles exigences. Que se serait-il passé, par exemple, si Siemens avait refusé de transiger et qu'elle avait réclamé l'application normale du droit ? Au moins trois droits nationaux étaient applicables pour chaque fait de corruption : la loi allemande, la loi américaine (qui se déclare compétente pour tous les faits imputables à une entreprise cotée aux États-Unis) et la loi de chaque État sur le territoire duquel les actes de corruption étaient suspectés. Cela multipliait d'autant les incertitudes, ainsi que la durée des procédures. Pourtant, il semble que cela ne soit pas tant ces complications que l'entreprise allemande ait redoutées, que la durée, le pourrissement de l'affaire et une forme d'incommunication avec les policiers, juges et procureurs qui en seraient chargés.

L'entreprise souhaite être fixée le plus rapidement possible sur son sort. Elle ne peut se permettre de subir le temps « impérial » de la justice, sur l'agenda de laquelle elle n'a aucune prise, et qui se montre insensible aux pertes importantes que peut engendrer cette incertitude. Or, quelle que soit la longueur de l'enquête interne, elle sera toujours plus rapide qu'une enquête de police judiciaire qui, elle, aurait dû emprunter les voies classiques de l'entraide et des commissions rogatoires internationales. Même si le coût des enquêtes internes est très élevé, il doit ainsi être mis en perspective avec celui d'une procédure qui peut durer une dizaine d'années et porter un préjudice considérable à la réputation du groupe.

Un changement de paradigme

Outre l'avantage du temps, les entreprises ont, avec le dispositif de la coopération, un interlocuteur unique, et surtout, plénipotentiaire. C'est assez rare, parce que tous les systèmes ne disposent pas d'un procureur à la fois central, indépendant, compétent et sensible aux exigences de la vie économique. Dès lors, un *deal* avec les autorités apparaît vite aux entreprises concernées comme un choix raisonnable. Elles acceptent donc, quasi systématiquement, de mettre en œuvre le processus de coopération proposé en commençant par l'enquête interne qu'elles confient systématiquement à des *law firms*.

Ces cabinets d'avocats n'ont rien à voir avec des institutions publiques comme la police ou la justice. Ils combinent le dynamisme et la réactivité de l'entreprise – organisée pour maximiser ses intérêts –, avec l'indépendance et l'impartialité que requiert l'application du droit. Non seulement la loi du marché et l'impartialité de l'auxiliaire de justice ne sont plus opposés dans ce modèle, mais, au contraire, ils sont devenus complémentaires : la fonction tierce est le marché lui-même (du moins le pensent-ils, on verra que c'est plus compliqué). Ils sont à la fois dans le marché et remplissent une fonction tierce qui était autrefois exclusivement associée aux pouvoirs publics.

On assiste ainsi à une unification culturelle très en amont, dans la manière même de recueillir les éléments de preuve. Avec cette nouvelle manière de faire, on reste entre soi, ce qui montre comment la mondialisation se réalise, concrètement, par la création d'une culture commune¹. De ce côté-ci de l'Atlantique, certains voient d'un mauvais œil l'omniprésence

1. Les hauts fonctionnaires de la SEC ou de l'OFAC viennent le plus souvent du barreau et retourneront ensuite, pour beaucoup d'entre eux, dans des *law firms* pour la suite de leur carrière.

Deals de justice

de ces avocats qui semblent jouer tous les rôles puisque, dans le même temps, ils défendent leurs clients et enquêtent afin de trouver des éléments qui devront être soumis aux autorités, fussent-ils très compromettants pour eux. Cette prévention vient de ce que, dans la mentalité romano-canonique, le modèle de l'enquête est intimement lié au pouvoir¹. Or, dans le système global qui se met en place, c'est bien le modèle de l'enquête qui triomphe (et non le modèle accusatoire de la *discovery*), cependant que l'enquête ne semble plus liée à aucun pouvoir centralisé.

UN DISPOSITIF COHÉRENT

Le scénario mis en place par les agences américaines doit être ainsi interprété comme un *dispositif*, et non pas seulement comme une procédure. Quelle différence ? Alors que celle-ci ne ressort que du droit, celui-là doit être considéré comme un nouvel art de gouverner dans le contexte inédit de la globalisation, une forme de gouvernementalité², dirait Michel Foucault. Ce mode de gouvernement ébranle les trois piliers sur lesquels reposait le paradigme juridique ancien – à savoir, la souveraineté de l'État, tout d'abord ; l'autorité du droit, ensuite (*the rule*

1. Voir sur ce point Mirjan R. Damaška, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, New Haven, Yale University Press, 1986.

2. La gouvernementalité peut se définir comme la méthode de gouvernement par opposition à l'idéologie qui est son discours explicite. Elle renvoie au projet implicite, à la cohérence de l'ensemble et à la raison sur laquelle s'appuient les règles de droit.

Un changement de paradigme

of law); enfin, le territoire sur lequel elle s'exerçait. En s'éloignant d'un gouvernement direct par le droit sur un territoire et une population donnés, ces nouvelles pratiques américaines inaugurent un nouveau type de gouvernement : indirect, puisque s'appuyant moins sur les mécanismes juridiques que sur les exigences économiques ; déterritorialisé, car s'appliquant à des opérations commerciales globales ; et universel, car s'adressant de la même manière aux entreprises, qu'elles soient américaines ou non. Le système qui se met ainsi en place sans jamais s'annoncer n'est pas entièrement nouveau, tant il est empreint de culture américaine. Mais son application aux relations économiques transnationales lui confère une stature inédite qui ne peut être réduite à une pure et simple américanisation. Il est alimenté par une double source d'énergie : la première émane du pouvoir américain qui y trouve une manière d'étendre son emprise à moindre coût, l'autre réside dans les entreprises elles-mêmes qui sont heureuses de trouver un interlocuteur, dur, certes, mais au fait de leurs préoccupations et capable de transiger rapidement.

De leur point de vue, les autorités américaines tentent, par ce dispositif, de remédier au décalage créé par la mondialisation entre un marché déterritorialisé et des États régulateurs qui ne le sont pas (et ne le seront jamais, sauf peut-être les États-Unis). Marché et État ne sont pas des formes homogènes et ne se sont superposés qu'occasionnellement dans l'histoire. Le modèle classique – celui du droit international aussi bien public que privé – ne valait que lorsque les marchés étaient territorialisés, donc fragmentés, et qu'ils restaient largement dépendants des États. L'État était censé contrôler politiquement son marché et l'encadrer juridiquement. Mais, à présent, les marchés sont défragmentés au point de constituer une

Deals de justice

seule et même entité, par le biais de la finance et des échanges instantanés d'information, notamment. Le marché devient trop puissant et il tend à se mettre hors de portée du droit qui reste national et territorialisé ; d'où la nouveauté de cette stratégie américaine qui s'appuie directement sur le marché. Elle le fait de deux manières : en exploitant tout d'abord la *force* du marché réel, mondialisé, en brandissant la menace d'une ostracisation mortelle à brève échéance ; et en puisant ensuite son modèle dans le marché, mais entendu cette fois comme *forme d'organisation de la coexistence humaine* (mise en concurrence des hommes, réduction de l'homme à ses intérêts, sollicitation de la capacité de calcul et sanction automatique) ; un marché sans marché en quelque sorte, ou, pour reprendre l'expression de Foucault, un marché devenu une « instance de vérédiction¹ ». La pratique des agences américaines est un excellent révélateur de ce que devient le droit dans une ère où l'économie est devenue le dernier discours de vérité.

DU CONTRÔLE DU TERRITOIRE AU CONTRÔLE DES RELATIONS

Puisque le marché global est à ce point intégré, il faut imaginer la régulation la moins tributaire possible des frontières. Mais où trouver le support du droit en l'absence d'un territoire correspondant à son application ? Dans les *relations* formant la texture du droit global. Tous les types de relations :

1. Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Paris, Gallimard-Seuil, « Hautes Études », 2004, p. 33.

Un changement de paradigme

relations internes à l'entreprise, relations des entreprises entre elles, entre les entreprises et les autorités américaines, ou, enfin, dans les relations entre les consommateurs (ou, plus généralement, l'opinion publique) et ces grandes entreprises.

Les rapports globalisés ne sont plus « triangulés » par les États selon les territoires, mais envisagés comme une relation entre des entités calculantes (États, entreprises, ONG, groupes de pression). C'est donc à partir des personnes, physiques ou morales, et par elles – et non par les États – que va s'échafauder la régulation ; aucune instance ne s'interpose entre les sources de régulation et les individus régulés. Cette nouvelle approche met dans le même panier personnes physiques et personnes morales, car elles vont les unes comme les autres faire des choix rationnels, économiquement valides, qui protègent leurs intérêts et maximisent leurs profits. C'est ainsi qu'il sera possible d'anticiper et d'agir sur leurs décisions.

En se concentrant sur la relation d'intérêt, cette approche dépersonnalise le sujet et désocialise l'entreprise. Ce n'est plus la volonté qui devient la cible des politiques, comme dans la gouvernamentalité précédente, qui reposait sur la loi et le contrat social, mais le calcul, supposé être beaucoup plus universalisable. Typiquement néolibérale, cette conception de la liberté limite cette dernière à la faculté de faire des choix rationnels, aux dépens de la liberté de s'opposer, de s'affirmer contre le système ou de contester l'interprétation de la loi.

Le marché semble être un monde qui ne répond plus qu'aux risques, où tout, jusqu'à la loi pénale, est assimilé à un risque¹.

1. C'est le tournant pris par Gary Becker qui ne considère plus le champ du droit pénal comme l'ensemble des actes punis par la loi mais toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné à une peine.

Deals de justice

Le nouveau dispositif de contrôle que décrit cet ouvrage renforce ainsi le risque d'être dénoncé. C'est ce qu'illustrent aussi bien la procédure de clémence, qui donne une prime à celui des co-auteurs d'une infraction qui dénonce les autres en premier, que le *whistleblowing* – encouragé depuis le *Dodd-Frank Act* par une puissante incitation financière. Un même mécanisme, qui s'applique aussi bien à l'entreprise (*clemency*) qu'à l'individu (*whistleblowing*), a pour effet de créer un risque pénal ou réglementaire à l'intérieur des relations traditionnellement nouées par la confiance comme celles du commerce ou encore les liens de subordination dans le travail. Alors que le droit classique conférait des statuts en leur garantissant une certaine protection¹, cette nouvelle approche a pour effet, au contraire, d'*insécuriser* toutes les relations. Alors que ces relations étaient justifiées par le profit ou le salaire, la loi propose un surprofit ou un substantiel complément de rémunération. Le reste est affaire de calcul. La clé de ce nouvel art de gouverner est de faire converger l'intérêt et le calcul.

Ainsi est institué un contrôle à 360 degrés où les contrôleurs se trouvent aussi bien au-dessus d'une personne, dans les autorités étatiques, que sur le plan horizontal parmi ses pairs (*clemency*) et au niveau inférieur par ses subordonnés (*whistleblowing*). Ce contrôle peut être exercé par des coquins², d'anciens complices que l'appât du gain a retournés, peu importe : seul le résultat compte. À la différence de

1. Voir à ce sujet Frédéric Gros, *Le Principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p. 235.

2. Comme le cas récent d'un *whistleblower* qui a été largement rémunéré alors qu'il avait été auparavant incarcéré pour des faits connexes.

Un changement de paradigme

l'univers juridique soucieux de l'intention, le monde économique est un monde *objectif*.

UTILISER LES MÊMES ARMES QUE L'ADVERSAIRE

Sur un plan plus pragmatique, les autorités, en transférant la charge de l'enquête, c'est-à-dire en exigeant et en obtenant de la part des entreprises concernées qu'elles fassent elles-mêmes les diligences et enquêtes internes nécessaires pour identifier tout manquement aux règles dont elles sont les gardiennes, s'économisent beaucoup de temps et d'argent et peuvent se concentrer sur la seule détermination du montant de la sanction (ou, plus exactement, de la transaction) qui sera imposée à l'entreprise. Cette dernière y trouve son compte en évitant les contraintes, les aléas et la publicité d'un procès public aux États-Unis (tout en promettant « qu'on ne l'y reprendra plus »).

Les autorités américaines recrutent ainsi des collaborateurs à moindre coût puisqu'ils seront rémunérés soit par les entreprises (enquêtes privées), soit sur le prélèvement des sommes qu'ils auront permis de récupérer dans le cas du *whistleblowing*. Ces collaborateurs rapporteront de surcroît des sommes considérables, à en juger les montants parfois faramineux des amendes. On voit comment un investissement législatif initial permet aux autorités américaines de collecter des sommes d'argent très importantes qui augmentent leur capacité de réaction en cas de résistance d'une entreprise récalcitrante.

L'incitation offerte par l'État à des personnes physiques ou morales ayant commis des infractions, de se voir accorder une certaine clémence en échange d'informations permettant

d'incriminer d'autres personnes délinquantes, a toujours été pratiquée aux États-Unis. En revanche, la rationalisation et la mise en œuvre quasi systématique en matière d'infractions économiques de l'incitation à la délation sur des fondements légaux, c'est-à-dire prévus par la loi, sont plus récentes. La logique est simple et implacable : l'État a besoin de savoir qui viole la règle pour pouvoir sanctionner les fautifs et faire régner l'ordre. L'entreprise qui sera la première à dénoncer le comportement de ses acolytes sera donc privilégiée dans le traitement de l'infraction et des sanctions : ainsi, quiconque aurait participé à une violation collective de la règle a intérêt à révéler cette dernière à l'État. Dès lors, un simple raisonnement économique conduira de nombreuses entreprises à aller à Canossa plutôt que de risquer une amende d'un montant très largement supérieur. On retrouve ici la convergence entre l'intérêt et le calcul. En échange de la dénonciation, le repentir se voit accorder une diminution de peine. Celle-ci n'étant que pécuniaire, c'est donc un avantage financier qui est accordé à l'entreprise fautive (sous forme d'une réduction des charges) en contrepartie de l'information. S'agit-il d'un système créé dans le but vertueux de sanctionner les coupables et de faire triompher le droit, ou s'agit-il, en réalité, d'obtenir le plus grand nombre de transactions, et donc de récupérer le plus d'argent possible ?

Sans doute les deux, en réalité. Cette bonne opération pour le Trésor américain s'explique certes par des impératifs budgétaires, mais elle trouve aussi sa justification dans le défi que constituent ces nouvelles formes d'illégalismes. La criminalité organisée n'est certes pas nouvelle, pas plus que ne le sont la corruption ou la subversion politique, mais la mondialisation les favorise en raison de leur souplesse intrinsèque et de leur aptitude à se coordonner de manière secrète (ce qui

Un changement de paradigme

sera combattu par un surcroît de transparence). L'ouverture des marchés a profité aux entreprises qui sont devenues de véritables mastodontes dont la taille atteint celle de certains États. Cette puissance financière est convertible en intelligence juridique. Le dernier rapport de l'OCDE sur la situation en France¹ montre que les techniques de corruption se sont sophistiquées et qu'il devient de plus en plus difficile de les détecter avec des moyens publics. Si un montage financier est le fruit de cent heures de travail de juristes très qualifiés, comment un Parquet pourra-t-il le « percer » entre mille autres dossiers, en n'ayant que quelques heures à lui consacrer ? Les chiffres parlent d'eux-mêmes...

La mondialisation accuse la dissymétrie entre les forces non étatiques – entreprises, organisations criminelles ou associations terroristes – et les États. Elle accorde une prime aux organisations souples, réactives, informelles, aux déplacements rapides, qui ne sont encombrées ni d'un territoire, ni d'une administration ; et pénalise réciproquement les États territorialisés et tenus à respecter des procédures démocratiques lourdes et contraignantes. Le marché global exaspère la dialectique réglementaire.

Quels que soient leurs moyens, les États ne peuvent tout savoir de ce qui se passe sur leur territoire et encore moins dans le monde. Les méthodes dont ils disposaient jusqu'ici – notamment l'enquête classique – peuvent atteindre des coûts exorbitants pour des résultats modestes. Cette difficulté est accrue par le type de délits que combat ce nouveau dispositif : la corruption, les ententes illicites, la violation des embargos ou le

1. *Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption*, 23 octobre 2012.

Deals de justice

délict d'initié. Ces infractions sont particulièrement difficiles à prouver car elles ne violent pas le droit frontalement mais le *faussent*. Elles mettent en échec non seulement l'ordre public, mais aussi le droit lui-même. La corruption est un crime contre la possibilité même du droit, comme l'entente illicite ou le délict d'initié réduisent à néant la concurrence elle-même, qui est le cœur du marché. Comme la violation des embargos, elles ont en commun de faire primer la relation sur la règle.

En choisissant de se situer sur le plan de la relation, les autorités américaines jouent sur le même registre que celui où le mal se produit. Leur action s'efforce de ressembler le plus possible à celles de leurs adversaires¹ pour les contrarier mais en adoptant le même langage. Le monde est désormais exclusivement mû par l'intérêt ? Elles renchérissent la prime. Le péril vient d'ententes illicites ? Elles tentent de briser la solidarité malsaine par l'appât du gain. La guerre devient cybernétique ? Elles vont recruter des initiés, des *hackers*. Le statut juridique du repenti mis en place par les différentes législations² en matière de lutte contre la criminalité organisée (ou de terrorisme) répond à la même logique.

On retrouve dans la lutte anticorruption, et plus généralement contre la criminalité économique, des traits communs à la lutte anti-mafia d'avant-hier ou au combat d'hier contre le terrorisme : un certain relâchement des preuves, une tendance inquisitoriale (qui semble historiquement se renforcer

1. On retrouve la même attitude en matière de terrorisme : Les terroristes déformalisent la guerre ? Les États déformalisent leur riposte en utilisant des agents secrets, des drones, des « liquidations » ciblées. Les organisations criminelles reposent sur le secret et la confiance ? Elles dérogent aux principes du droit pour faire de la relation le support de la politique.

2. Par exemple : lois Perben I.

Un changement de paradigme

à chaque fois que le monde s'ouvre et qu'augmente la mobilité sociale). La lutte contre une criminalité liée à la circulation, profitant de la liquidité de la mondialisation, doit se montrer aussi astucieuse et inventive.

En apparence, tout le monde y gagne. Moins de procès, moins de publicité, une conformité accrue... Et la justice, y gagne-t-elle ? La réponse est délicate car la justice s'accomplit bien, mais sans jamais se montrer. D'un côté, après ce traitement radical, les faits sont établis, les sommes litigieuses restituées et les mesures préventives sont prises ; en bref, le travail judiciaire est réalisé. Le procès en revanche est remis indéfiniment et n'aura sans doute jamais lieu. C'est donc en quelque sorte une justice « dealatoire » : en référence d'abord aux arrangements qui en sont le moteur, mais aussi à cette curieuse attitude qui consiste à remettre toujours le moment de la justice. Dans la justice ordinaire, une partie peut invoquer des arguments dilatoires pour retarder le jugement ; ici, la justice est passée sans jamais se dire. Le moment de vérité, celui qui pourrait donner au citoyen la réponse à ses questions sur les agissements des multinationales, à ses ressentiments peut-être, n'arrive jamais. Ces *deals*, qui portent sur des sommes considérables, parlent-ils au peuple ? Voici encore une question ouverte. La justice dealatoire, nouvelle et déroutante, soulève en effet nombre de difficultés, dont on semble parfois hésiter à parler, de peur de passer pour une vieille lune. Efficace et moderne, cette pratique sidère en partie la critique : c'est ce manque que le présent ouvrage voudrait contribuer à combler, en recensant quelques-unes des questions qu'elle pose à l'entreprise, à la défense, à la justice, aux autorités françaises et à l'Europe.