



UNIVERSITÉ PARIS II  
PANTHÉON-ASSAS

## **BANQUE DES MEMOIRES**

**Master de Droit Comparé des Affaires  
Dirigé par Madame le Professeur Marie Goré  
2020**

***Quelle place le Deferred Prosecution  
Agreement américain et la Convention  
Judiciaire d'Intérêt Public française  
accordent-ils aux garanties du procès  
pénal dans des procédures rythmées par  
les exigences du marché ?***

**Sophie de Sevin**

**Sous la direction de Monsieur le Professeur Antoine Gaudemet**



## Résumé

La création de processus de justice négociée comme instrument de lutte contre la criminalité d'affaire a engendré, pour les acteurs de la vie des affaires, une modification du rapport à la loi pénale. Si la délinquance en col blanc n'est pas nouvelle, elle se fait chaque jour plus astucieuse et sophistiquée, appelant de nécessaires réponses innovantes de la part des autorités judiciaires. Le principe des accords, ouverts aux personnes physiques comme morales, sous le nom de DPA, ont déjà bien été intégrés dans le paysage juridique américain, portant les États-Unis en modèle de lutte contre la corruption. Dans la lignée du FCPA de 1977, Washington a imposé ses standards de droit substantiel dans le monde, n'hésitant pas à conférer une portée extraterritoriale à sa législation. Néanmoins, l'admission de ce mécanisme en Europe, et notamment en France sous le nom de CJIP pour les seules personnes morales, a permis de désamorcer ce déséquilibre en offrant une alternative au modèle américain, avec des caractéristiques propres à la tradition civiliste.

Les *deals* de justice ont ainsi introduit dans le droit pénal une logique horizontale et non plus seulement verticale, où la sanction est négociée, et la réparation du dommage ainsi que la mise en conformité sont privilégiés par rapport à la répression à travers le procès public. Afin de permettre la continuité de l'activité des entreprises après qu'elles aient coopéré avec les autorités de poursuites, se soient acquittés d'une onéreuse amende et aient accepté un programme de mise en conformité, la possibilité de transiger avec le Procureur offre à ces personnes morales de calculer le risque et les avantages que représentent la commission de l'infraction. En ce sens, la loi pénale est réduite à un risque pour les délinquants d'affaires, mais aussi pour les entreprises elles-mêmes qui vont, pour le limiter, multiplier les procédures de contrôle interne et externe.

Le DPA américain comme la CJIP française apparaissent comme des procédures où chaque partie trouve son compte : les autorités de poursuite d'un côté, puisque justice est rendue et les mesures pour éviter la réitération de l'infraction sont prises ; la personne morale fautive de l'autre, puisqu'elle jouit d'une certaine discrétion lors du déroulé de la procédure et est assurée d'éviter l'aléa d'une procédure pénale traditionnelle. Pour autant, cette possibilité de transiger avec le Ministère Public a un prix : le relai des garanties du procès pénal au second rang. Une fois entamées les négociations en vue de la signature d'un accord transactionnel, les entreprises se retrouvent prises dans un engrenage où elles se voient forcer de coopérer avec la justice, sous peine de subir les conséquences plus dommageables d'une procédure pénale classique, et sans aucune garantie de voir la CJIP ou le DPA reconnues dans un autre État où elles seraient poursuivies pour les mêmes faits. De plus, les personnes physiques sont pour l'heure en France exclues du domaine de la CJIP, ce qui place les dirigeants de l'entreprise poursuivie dans une position délicate puisqu'en coopérant au nom de la personne morale, ils risquent de s'auto-incriminer eux-mêmes.

Si les bénéfices des processus de justice négociée en droit pénal des affaires sont irréfutables, le DPA comme la CJIP seront amenés à évoluer dans un futur

proche. Ces procédures sont efficaces et répondent à l'intérêt public en permettant le maintien de l'activité des entreprises, mais adapter la justice au rythme du marché ne saurait se faire au détriment des garanties du procès pénal.

# Sommaire

<b>Remerciements</b> .....	<b>8</b>
<b>Liste des abréviations</b> .....	<b>9</b>
<b>Introduction</b> .....	<b>11</b>
<b>I. Le développement de la justice négociée</b> .....	<b>12</b>
A. Le passage de la justice imposée à la justice négociée.....	12
1. L'émergence d'une forme négociée du traitement des délinquants au XXème siècle.....	12
2. L'évolution du domaine de la justice négociée.....	14
B. L'introduction de procédures adaptées à la lutte contre la corruption internationale.....	16
1. Le Foreign Corrupt Practices Act, standard de droit substantiel en matière de corruption internationale .....	17
2. Les procédures modernes de lutte contre la corruption internationale.....	19
<b>II. L'émergence d'un « modèle procédural hybride »</b> .....	<b>21</b>
A. La naissance de la justice pénale négociée de la rencontre des droits civil et pénal .....	21
1. Le consensualisme du procès civil .....	22
2. Le caractère répressif du procès pénal.....	23
B. Les sujets des procédures négociées en matière de corruption internationale	25
<b>Partie I : La négociation judiciaire, réponse à la confrontation entre la criminalité d'affaire et les impératifs de la vie économique</b> .....	<b>28</b>
<b>I. Le développement d'une criminalité d'affaires</b> .....	<b>30</b>
A. La reconnaissance de la criminalité en col blanc .....	30
1. La prise en compte de la délinquance d'affaires par les chercheurs en criminologie à partir des années 1930.....	30
2. La théorie des choix rationnels, fondement de la criminalité d'affaires .....	33
B. La spécificité des infractions en matière pénale des affaires .....	36
1. Le rôle de la personne morale en matière pénale des affaires.....	36
2. La « gestion différentielle » des criminels en col blanc.....	39

<b>II. La négociation judiciaire, gage de résultats .....</b>	<b>41</b>
A. La dépenalisation de la vie des affaires .....	42
1. La dépenalisation hésitante de la vie des affaires .....	42
2. La réduction significative du rôle du juge en matière de justice pénale négociée .....	45
B. Les avantages des processus de négociations en matière pénale des affaires	47
1. Des procédures adaptées aux effets recherchés par le Ministère Public..	48
2. Des procédures adaptées à la poursuite de l'activité par la personne morale	50
<b>Partie II : La place des principes directeurs du procès pénal en matière de négociation .....</b>	<b>59</b>
<b>I. La contractualisation du droit pénal des affaires.....</b>	<b>61</b>
A. Le contrat comme instrument de sanction .....	61
1. L'introduction en droit pénal d'un instrument issu du droit des obligations	61
2. Le risque de « sursis monnayé ».....	65
B. La place de l'intérêt public dans les processus de négociation en droit pénal des affaires.....	67
1. Les bénéfices de la justice pénale négociée pour la société.....	68
2. Le développement de la pratique du monitoring, outil de surveillance au service des pouvoirs publics.....	72
<b>II. Vers un recul des droits fondamentaux.....</b>	<b>74</b>
A. Le caractère obligatoire de la coopération .....	74
1. La violation du droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer.....	75
2. Les conséquences d'un refus de coopérer pour la personne poursuivie ..	77
B. Les processus de négociation en droit pénal des affaires au regard de non bis in idem .....	79
1. La soumission des accords transactionnels à non bis in idem .....	79
2. Le statut d'un accord issu d'un processus de justice négociée en matière pénale.....	83
<b>Conclusion.....</b>	<b>88</b>
<b>Bibliographie .....</b>	<b>100</b>



## **Remerciements**

La réalisation de ce mémoire a été possible grâce au concours de plusieurs personnes à qui je voudrais témoigner toute ma reconnaissance.

Je voudrais tout d'abord adresser toute ma gratitude au directeur de ce mémoire, Monsieur le Professeur Antoine Gaudemet, pour sa disponibilité, ses encouragements et ses judicieux conseils, qui ont contribué à alimenter ma réflexion.

Je désire également remercier Madame Le Saux, Monsieur Corbellini et toute l'équipe pédagogique de l'Institut de Droit Comparé pour leur accueil toujours chaleureux et le temps qu'ils nous ont toujours consacré, et tout particulièrement face aux circonstances particulières liées à la crise du COVID-19.

Je voudrais enfin exprimer ma reconnaissance envers ma mère, pour son soutien inconditionnel, ainsi qu'à mes amis pour leur support moral et intellectuel.

## **Liste des abréviations**

AFA – Agence Française Anti-Corruption

AMF – Autorité des Marchés Financiers

BPI France – Banque Publique d’Investissement

Convention EDH – Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l’Homme et Libertés Fondamentales

Cour EDH – Cour Européenne des Droits de l’Homme

CJIP – Convention Judiciaire d’Intérêt Public

CRPC – Comparution sur Reconnaissance Préalable de Culpabilité

DPA – Deferred Prosecution Agreement

DOJ – Department of Justice américain

FCPA – Foreign Corrupt Practices Act

ITAR: International Traffic in Arms Regulation

OCDE - Organisation de coopération et de développement économiques

RSE - Responsabilité Sociétale des Entreprise

SEC – Securities and Exchange Commission

SFO - Serious Fraud Office

UE – Union Européenne

UKEF – United Kingdom Export Finance



# Introduction

<b>I. Le développement de la justice négociée.....</b>	<b>12</b>
A. Le passage de la justice imposée à la justice négociée.....	12
1. L'émergence d'une forme négociée du traitement des délinquants au XXème siècle.....	12
a. La transformation des fonctions traditionnelles de la peine .....	12
b. Le développement de procédures nouvelles et adaptées aux États-Unis puis en France .....	13
2. L'évolution du domaine de la justice négociée .....	14
a. Aux États-Unis .....	14
b. En France .....	15
B. L'introduction de procédures adaptées à la lutte contre la corruption internationale.....	16
1. Le Foreign Corrupt Practices Act, standard de droit substantiel en matière de corruption internationale .....	17
a. La corruption internationale : définitions .....	17
b. Le FCPA, levier d'influence du droit américain à l'international .....	18
2. Les procédures modernes de lutte contre la corruption internationale ....	19
a. Le DPA américain, nouveau standard processuel dans le monde ?....	19
b. La CJIP française, inspirée du DPA américain .....	20
<b>II. L'émergence d'un « modèle procédural hybride » .....</b>	<b>21</b>
A. La naissance de la justice pénale négociée de la rencontre des droits civil et pénal .....	21
1. Le consensualisme du procès civil .....	22
2. Le caractère répressif du procès pénal .....	23
B. Les sujets des procédures négociées en matière de corruption internationale	25

Traditionnellement, la justice, rendue au nom du peuple, est mise en œuvre par les organes de la branche judiciaire, et imposée à la personne suspectée d'avoir commis une infraction par le biais d'une procédure pénale. Toutefois, la pratique a favorisé la naissance d'une forme négociée de justice (I) qui, mêlant des éléments à la fois du droit civil et du droit pénal, aboutit à un modèle procédural hybride (II).

## **I. Le développement de la justice négociée**

Si la justice négociée semblait au premier abord contre-intuitive, le passage de la justice imposée à celle-ci s'est progressivement opéré (A), d'abord aux États-Unis puis plus tardivement en France. Si les processus consensuels en matière pénale ont été adoptés pour des infractions de droit commun, ils constituent des procédures particulièrement adaptées à la lutte contre la corruption internationale (B), ce qui justifie leur développement croissant.

### **A. Le passage de la justice imposée à la justice négociée**

L'évolution de la société, notamment sous l'égide des révolutions industrielles, s'est accompagnée de modifications de la matière pénale en intégrant de nouveaux objectifs aux politiques criminelles. En particulier, la continuité de la vie des affaires est apparue comme un élément à prendre nécessairement en compte lors de la prononciation de sanctions en matière de criminalité d'affaires. C'est dans ce contexte qu'a émergé une forme négociée du traitement des délinquants (1), ainsi qu'une évolution du domaine de la justice négociée pour y intégrer - si ce n'est se spécialiser en la matière - la délinquance d'affaires (2).

#### *1. L'émergence d'une forme négociée du traitement des délinquants au XX<sup>ème</sup> siècle*

##### **a. La transformation des fonctions traditionnelles de la peine**

Classiquement, la justice pénale est un phénomène imposé, qui va être subi par l'auteur d'une infraction. Elle correspond à la réponse de la société face à une action ou omission préalablement prohibée par la loi. Cette réaction prend, lorsque la culpabilité de la personne en cause est avérée, la forme d'une sanction, qui va répondre à différents critères. Les fondements de cette dernière reposent sur l'infraction qui a été commise, le niveau de dangerosité de l'auteur de l'infraction ou encore la responsabilité morale de celui-ci. Quant aux objectifs poursuivis par la peine, ils peuvent répondre à des exigences de philosophie pénale, ainsi que de manière plus pragmatique à celles d'une politique pénale et criminelle. Dès lors, celle-ci poursuit différents buts, qu'il s'agisse de dissuader d'autres personnes tentées par l'infraction, de réparer dans la mesure du possible le dommage causé à la victime, d'assurer un rôle de rétribution, ou tout simplement de remplir une visée pédagogique. Enfin, il convient de souligner que la prononciation d'une sanction pénale emporte également des effets, intentionnels ou non. Ainsi, l'agent peut tirer des bénéfices de la

peine accomplie, par exemple sous la forme d'un avertissement qui peut être pour lui un élément déclencheur de la nécessité de respecter la loi. Toutefois, et de manière plus fréquente, notamment en matière d'emprisonnement, la peine peut se révéler nocive en ce qu'elle désocialise la personne, l'éloigne de ses liens familiaux, voire peut être perçue comme humiliante.

En ce sens, la justice pénale s'abat sur ce l'auteur de l'infraction « par le haut, » c'est-à-dire qu'elle est prononcée par le juge qui décide de la sanction, éventuellement adaptée par le juge de l'application des peines, et mise à exécution par les forces de police ou le personnel pénitencier dans le cas d'une peine ferme. Dans cette procédure, à partir du moment où la sanction a été prononcée et que le délai d'appel est expiré, la personne condamnée est relayée à un rôle passif. Elle subit les différentes étapes sans pouvoir s'y opposer, bien qu'elle puisse les contester a posteriori. Dans le cas des peines d'emprisonnement, elle a la possibilité d'effectuer des demandes de mises en liberté, mais ainsi que l'illustre l'appellation de cette procédure il ne s'agit toujours que d'une requête, sans garantie aucune que celle-ci soit accordée. En somme, tant que la personne demeure dans les rouages de la justice pénale, elle se voit imposer des obligations, des restrictions, des délais, qu'elle est contrainte de respecter sous peine d'aggravation de la sanction première. Dès lors, il s'agit bien d'un droit imposé à l'auteur de l'infraction, qui demeure de façon imagée « sous main de justice » jusqu'à ce qu'il ait effectué sa peine, qu'elle qu'en soit la forme.

#### b. Le développement de procédures nouvelles et adaptées aux États-Unis puis en France

Toutefois, force est de constater qu'au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, le caractère imposé de la justice a pu – ou su – battre en retraite pour laisser place à une forme négociée de traitement des délinquants. Autrement dit, dans ce cas de figure, il ne s'agit plus d'une justice qui vient exclusivement d'en haut, mais qui va s'adapter au stade de la détermination de la sanction selon que l'agent reconnaît ou non avoir commis l'infraction qui lui est reprochée. La particularité de cette procédure réside dans le fait que cette variation est le résultat d'une négociation entre la personne poursuivie et les autorités de poursuite. Or, si ce mode de réponse pénale semble être novateur en France, et plus largement dans les systèmes de droit continental, il s'agit d'une pratique acquise dans les pays de Common Law.

En effet, la procédure de *plea bargaining*, qui permet à l'auteur d'une infraction de négocier sa peine avec le Procureur après aveu de sa culpabilité, est acquise de longue date aux États-Unis. Bien que cela soit peu fréquent, il était déjà possible d'y avoir recours au XIX<sup>ème</sup> siècle, ce qui s'explique par le fait que la justice formelle soit dans les faits réservée aux marchands et propriétaires de plantations ainsi que par le fait que les avocats étaient perçus avec méfiance. Ce n'est qu'à l'aube du XX<sup>ème</sup> siècle que le *plea bargaining* a pris son essor, sous l'impulsion d'une forte augmentation du taux de criminalité à la suite de l'urbanisation de la société dans le contexte de la Révolution industrielle. Cette pratique a été introduite par les Procureurs

pour faire face à la rapide croissance de la population, en particulier dans les grandes villes telles que New York, Chicago, Boston, etc., et corrélativement au développement de la criminalité. Depuis lors, le recours à cette pratique n'a cessé d'augmenter pour diverses raisons, telles que les vagues de criminalité ayant traversé les États-Unis des années 1960 à 1980, l'importance accrue accordée aux droits fondamentaux (due process of law) et rendant la recherche de preuve moins aisée, ou tout simplement l'entrée du *plea bargaining* dans les pratiques des prétoires. Ce *plea*, cet aveu, peut prendre diverses formes, par exemple celle de *nolo contendere plea* (l'accusé renonce à contester les charges) ou de *l'alford plea* (l'accusé plaide coupable mais s'affirme innocent). Dans l'affaire *Missouri v. Frye* de 2012, Justice Anthony Kennedy a affirmé que « la justice pénale est aujourd'hui en majeure partie un système de plaidoyers, et non un système de procès<sup>1</sup>, » illustrant en ce sens la transformation de la façon de rendre la justice.

Si ce système ne semble pas au premier abord transposable dans les pays de droit civil, il est indéniable que les transformations du système pénal français est d'inspiration américaine. On observe à partir du début des années 2000 le passage d'une conception conflictuelle à transactionnelle de la justice pénale. Il s'agit par exemple de la comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité, de la composition ou de la transaction pénale, du classement sous conditions, etc. Néanmoins, cette multitude de procédures spécialisées est par essence limitée, et de fait ne possède pas l'importance que revêt le *plea bargaining* aux États-Unis.

## 2. L'évolution du domaine de la justice négociée

### a. Aux États-Unis

Le *plea bargaining* se caractérise par son champ d'application particulièrement large, et se distingue en ce sens des procédures négociées telles qu'instaurées en France. En effet, la procédure américaine du plaider coupable est ouverte aux majeurs comme aux mineurs, bien que ces derniers soient dans les faits moins amenés à l'accepter en raison de son caractère expéditif. De plus, elle peut concerner toutes les infractions, qu'il s'agisse de *misdemeanors* (infractions mineures, passibles d'une amende ou d'une peine d'emprisonnement inférieure à un an) ou de *felonies* (infractions passibles d'une peine d'emprisonnement supérieure à un an ou de la peine de mort). Toutefois, il convient de souligner que certaines infractions échappent au champ d'application du *plea bargaining*, comme c'est par exemple le cas de la « conduite en état d'ivresse, d'agressions sexuelles ou d'infractions qui mettent en danger le public par des offenses répétées ou générales<sup>2</sup>, » ce qui correspond à des objectifs de politiques criminelles. De même, il existe de facto des restrictions supplémentaires, notamment en matière fiscale, car le recours au *plea bargaining*

---

<sup>1</sup> Viano Emilio C, « Plea Bargaining in the United States: a Perversion Of Justice », Revue internationale de droit pénal, 2012/1 (Vol. 83), p. 109-145.

<sup>2</sup> Niang Babacar, « Qu'est-ce que le plea bargaining ? », Les Cahiers de la Justice, 2012/3 (N° 3), p. 89-101.

suppose dans ces cas-là un accord d'une administration ou agence fédérale. Concernant les peines qui peuvent être proposées à la personne poursuivie, elles sont exemptes de toute restriction, à l'exception des cas où des peines obligatoires ou des peines planchers ont été prévues.

La procédure du *plea bargaining* repose sur un échange : le Procureur propose une peine, contre un aveu de culpabilité qui entraîne la renonciation au *due process of law* (droits fondamentaux). Pour certains auteurs tels que G. Becker<sup>3</sup>, ce marchandage permet d'aboutir à l'optimum de Pareto, c'est-à-dire la meilleure solution possible pour les deux parties en présence, et qui bénéficie à toutes deux. Dans la pratique, c'est le pragmatisme inhérent au *plea bargaining* en termes de délais, de coûts mais surtout de sécurité juridique qui explique son succès. Ce dernier est tel que ce n'est pas moins de 90% des procédures pénales qui se soldent par un recours à cette procédure, ce qui a mené G. Fisher à qualifier la situation de « triomphe du *plea bargaining*<sup>4</sup>. » Et de fait, ces dispositifs ont également connu une évolution, allant dans le sens de leur accroissement. Ainsi, les personnes morales ont également pu en bénéficier, bien que cette pratique n'ait pu être officialisée qu'en 1997 au travers du Deferred Prosecution Agreement (DPA). Cet accord permet au Ministère Public américain de reporter le déclenchement des poursuites contre une entreprise jusqu'à ce que cette dernière ait exécuté les obligations qu'elle a contractées dans le cadre de la négociation. Très sollicité dans la pratique, cet instrument de la justice négociée américaine repose sur la capacité de la personne morale à coopérer avec les autorités, ce qui lui permet notamment d'éviter les conséquences d'un procès nécessairement médiatisé. Dès lors, la justice négociée est réellement partie intégrante de l'identité procédurale américaine en matière pénale, qu'il s'agisse des infractions les plus légères comme des crimes les plus graves.

#### b. En France

A l'origine, les procédés transactionnels français progressivement introduits en matière pénale étaient l'apanage du « petit pénal, » c'est-à-dire les infractions mineures qui ne causent à la société qu'une atteinte limitée, tels que par exemples les délits routiers. Timidement introduits en droit positif dans les années 2000, ces procédures ont été strictement encadrées et ont vues leur champ d'application largement limité par rapport au *plea bargaining*. Tout d'abord, ces procédures comportent des restrictions quant aux agents pouvant en bénéficier, puisque la CRPC est par exemple réservée aux personnes majeures. Ensuite, elles sont restreintes quant aux infractions concernées. Ainsi, la CRPC ne peut être mise en œuvre qu'en cas de délit, et la composition pénale qu'en cas de contravention ou de délit de faible gravité (c'est-à-dire puni d'une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans). Toutefois, même au sein des infractions énumérées par la loi pour ces procédés, certains actes en sont exclus. Les délits de presse comme les délits politiques sont

---

<sup>3</sup> Voir note de page de page n°2

<sup>4</sup> Fisher G., « Plea Bargaining's Triumph », 109 Yale L.J. 857 (2000).

soustraits par le législateur à ces procédures, en raison du régime spécial qui leur a été dédié. De plus, les violences, menaces, agressions sexuelles et blessures involontaires punies par une peine de prison de plus de cinq ans, de même que les homicides involontaires, ne peuvent faire l'objet d'une CRPC. De même qu'en droit américain, ces restrictions supplémentaires sont le résultat de politiques pénales notamment en matière d'infractions sexuelles, ou correspondant à un seuil de gravité considéré d'une importance suffisante pour qu'une procédure pénale classique avec toutes ses garanties de défense et d'équité soit mise en œuvre.

Néanmoins, les procédés transactionnels français, soumis à l'influence américaine, se sont progressivement élargis pour intégrer dans leur champ d'application des infractions qui relèveraient du « gros pénal, » c'est-à-dire plus graves. En effet, L'introduction en droit français de la Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II » de 2016 et son décret d'application du 27 avril 2017 constitue un pas supplémentaire dans le sens d'une justice négociée. Il s'agit d'un processus d'alternatives aux poursuites à destination des personnes morales (entreprises mais aussi associations, collectivités territoriales, etc.) pour des agissements qualifiés d'atteinte à la probité : faits de corruption, trafic d'influence, fraude fiscale, blanchiment de fraude fiscale<sup>5</sup> et toute infraction connexe. Dans l'éventualité de poursuites concernant cette dernière infraction, l'Administration fiscale est invitée à négocier aux côtés du Parquet National Financier. Cela a par exemple été le cas lors des négociations préalables à la CJIP signée avec les sociétés SARL Google France et Google Ireland LTD le 12 septembre 2019, menant à une condamnation à 500 millions d'euros d'amende dont 465 millions correspondant à un redressement d'impôts.

Néanmoins, quelle que soit l'infraction fondant la CJIP, elle permet au Procureur de la République de passer avec l'entité en cause un accord contrôlé par le juge, et qui aboutit dans le versement au Trésor Public d'une amende ne pouvant dépasser 30% du chiffre d'affaires annuel de l'entreprise, de la mise en œuvre d'un programme de mise en conformité centré sur la lutte anticorruption ou dans la réparation du dommage causé aux victimes. Toutefois, il convient une fois de plus de mettre en exergue le fait qu'il s'agit encore d'un dispositif spécialisé et donc nécessairement limité, et non une généralisation des modes de justice négociée tels qu'ils existent aux États-Unis.

## B. L'introduction de procédures adaptées à la lutte contre la corruption internationale

Si la corruption n'est pas un phénomène nouveau, elle a pris une dimension nouvelle avec le développement de la vie des affaires, en particulier avec la multiplication des échanges et des flux à l'international. Pour y faire face, les Américains ont d'abord développé un standard de droit substantiel en la matière (1),

---

<sup>5</sup> Depuis la loi n°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude

puis ont élaboré des procédures modernes pour y faire face (2), inspirant d'autres législations dans le monde.

1. *Le Foreign Corrupt Practices Act, standard de droit substantiel en matière de corruption internationale*

a. La corruption internationale : définitions

La justice négociée en matière pénale, telle qu'elle a été élaborée pour apporter une réponse à des infractions d'une ampleur particulièrement étendue, revêt un intérêt particulier en raison de sa capacité à s'adapter aux impératifs de la vie économique. Si, conformément à leur tradition juridique, les Américains acceptent de faire bénéficier les personnes morales d'accords transactionnels en échange d'un aveu de leur culpabilité, les Français limitent cette possibilité aux atteintes à la probité, et notamment la corruption. Le droit français définit la corruption comme « l'agissement par lequel une personne investie d'une fonction déterminée, publique ou privée, sollicite ou accepte un don, une offre ou une promesse en vue d'accomplir, retarder ou omettre d'accomplir un acte entrant, d'une façon directe ou indirecte, dans le cadre de ses fonctions<sup>6</sup>. » La corruption peut être passive, que l'article 432-11 du Code pénal désigne comme « le fait, par une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public, ou investie d'un mandat électif public, de solliciter ou d'agréer, sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques pour elle-même ou pour autrui. » Elle peut également être active, c'est-à-dire selon l'article 433-1 du même Code « le fait, par quiconque, de proposer sans droit, à tout moment, directement ou indirectement, des offres, des promesses, des dons, des présents ou des avantages quelconques à une personne dépositaire de l'autorité publique, chargée d'une mission de service public ou investie d'un mandat électif public, pour elle-même ou pour autrui. » Il ressort de ces deux définitions que la différence ne tient pas à la qualité publique ou privée de la personne corrompue, mais au fait que les avantages obtenus aient été sollicités ou offerts.

Le droit américain, en revanche, opère de nombreuses distinctions, créant à ce titre des infractions différentes. L'incrimination fédérale de « corruption » est définie de manière générique comme étant la « violation de la confiance publique et/ou l'abus de position par un agent fédéral, d'état (fédéré) ou local ainsi que leurs complices du secteur privé<sup>7</sup>. » Néanmoins, il existe des incriminations spécifiques selon le comportement reproché à l'agent. Ainsi, la « corruption publique » désigne le fait pour un agent public, qu'il ait été élu, nommé ou embauché, de demander, solliciter, accepter ou s'accorde à recevoir un bien de valeur en échange d'une influence dans l'exercice de fonctions officielles<sup>8</sup>. De même, l'infraction de bribery est une sorte de corruption, et se définit comme la remise de cadeaux à un individu, dans le but de

---

<sup>6</sup> Définition proposée dans *La Corruption*, Justice.gouv.fr

<sup>7</sup> Définition proposée par Legal Information Institute, Cornell Law School

<sup>8</sup> Voir note de bas de page n°7

tenter d'influencer ses opinions ou certains types de comportement<sup>9</sup>. Malgré les approches distinctes adoptées par les droits français et américain, force est de constater que les deux législateurs répriment la corruption, sous quelle que forme qu'elle soit, d'un agent du secteur public ou privé, qu'elle soit sollicitée ou offerte.

b. Le FCPA, levier d'influence du droit américain à l'international

La lutte contre la corruption n'est pas nouvelle en France comme aux États-Unis, mais elle a véritablement pris son essor au cours des années 1970. Dans le contexte de défiance qui fait suite au scandale du Watergate et de l'affaire Lockheed, la Exchange and Securities Commission américaine mène de rigoureuses investigations et conclut que le nombre d'entreprises ayant reconnu avoir procédé à des versements de paiement illégaux, qu'il s'agisse de partis politiques, d'agents de l'administration ou d'hommes politiques américains ou étrangers, va croissant. Le montant estimé de ces transactions avoisinerait les 300 millions de dollars<sup>10</sup>. En réaction, le Foreign Corrupt Practices Act (FCPA) a été voté en 1977, afin de lutter contre les pratiques corrompues visant les agents publics étrangers. Il a été amendé une première fois en 1988 au travers de l'Omnibus Trade and Competitive Act, afin d'y introduire les notions de connaissance, de mépris conscient et d'aveuglement volontaire dans l'optique de favoriser la découverte de ces infractions, ainsi que les concepts de dons licites et de bonne foi. En 1998, cette loi a de nouveau été amendée pour intégrer dans l'ordre juridique américain la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, et corrélativement pour permettre de conférer au FCPA une portée extraterritoriale. Autrement dit, ce texte peut s'appliquer à des entreprises étrangères qui se livrent à ces pratiques illicites, en particulier lorsqu'elles possèdent des filiales ou emploient des travailleurs sur le sol américain. Toutefois, cela est également possible lorsqu'il n'y a au premier abord aucun lien avec les États-Unis. Par exemple, ces derniers estiment que le critère de rattachement est suffisant lorsqu'une entreprise non américaine s'est rendue coupable d'un acte de corruption au sein d'un pays autre que les États-Unis lorsque les fonds illégalement versés l'étaient en dollars américains. Par ailleurs, le FCPA emporte pour les entreprises cotées sur le marché boursier américain des obligations, notamment comptables et de transmission d'informations à la SEC.

Ce faisant, cette loi est devenue un élément de la diplomatie juridique américaine, en ce sens qu'elle est constituée le droit commun, le texte de référence en matière de lutte contre la corruption. Dans la mesure où les entreprises concernées savent qu'elles sont exposées à des sanctions américaines en cas de non-respect du FCPA, elles vont s'y conformer même lorsque les règles nationales des États où elles sont implantées ne l'exigent pas. En outre, elles vont développer des programmes de compliance visant à prévenir de potentielles démarches de corruption en leur sein, et donc se protéger a priori contre toute dérive illicite et corrélativement toute amende à verser à Washington. Dès lors, bien que cette loi soit américaine, elle participe à

---

<sup>9</sup> Définition proposée par Daniel Clark, *Engage in Learning*

<sup>10</sup> Tout ce que vous devez savoir sur le FCPA, Lexis Nexis

l'émergence d'un droit « global,<sup>11</sup> » puisqu'elle répond à des problèmes rencontrés par tous les Etats, et va s'appliquer de manière extraterritoriale. Il convient de souligner ici que cette tendance s'inscrit dans un plus large mouvement, initié par la Cour Suprême américaine, dont l'évolution des motifs a permis une extraterritorialité grandissante du droit américain. Ce phénomène a atteint son paroxysme au travers de la notion de « mise en balance des intérêts,<sup>12</sup> » puisqu'elle a permis à des entreprises étrangères de saisir les juridictions américaines.

Néanmoins, l'importance position du droit américain au sein de la lutte anti-corruption n'est pas exempte de limites. Ainsi, l'arrêt *Morrison v. National Australia Bank (NBA)* du 24 juin 2010 est venu borner son domaine, en excluant les actions de groupe (*class actions*) « intentées par des demandeurs non américains à l'encontre de sociétés européennes devant les tribunaux américains lorsque les titres ont été acquis en dehors des États-Unis<sup>13</sup>. » De plus, le Professeur Didier Rebut souligne que le droit français n'accuse pas un retard trop important, puisque certaines notions qu'il reconnaît sont inconnues aux États-Unis, telles que le trafic d'influence ou la corruption passive d'agent étrangère. « La plus grande efficacité du droit américain réside donc davantage dans la souplesse en matière d'attribution des responsabilités, le FCPA sanctionnant en définitive les entreprises pour n'avoir pas vu - et donc pas traité - ce qu'elles auraient dû voir, là où le droit français se borne à les condamner pour n'avoir pas agi sur ce qu'elles ont vu<sup>14</sup>. »

## 2. *Les procédures modernes de lutte contre la corruption internationale*

### a. Le DPA américain, nouveau standard processuel dans le monde ?

La lutte accrue menée contre la corruption à l'international par le Department of Justice (DOJ) américain a naturellement favorisé l'émergence de procédures de justice négociée. En effet, il s'agit ici du moyen idéal pour se rapprocher de l'optimum de Pareto. D'un côté, les entreprises concernées voient leur peine, majoritairement pécuniaire, revue à la baisse afin de garantir la continuité de leur activité tout en étant assurées de la discrétion des autorités américaines quant à leur implication dans un scandale de corruption. De l'autre, le DOJ voit la recherche de la preuve de la culpabilité de l'entreprise facilitée, et est certain qu'une peine sera prononcée dans des délais relativement brefs. L'instrument créé pour permettre ce type d'accords est le Deferred Prosecution Agreement, créé en 1997, dont la spécificité est de pouvoir inclure les personnes morales dans les processus de justice négociée.

Cette procédure nouvelle met le Procureur au centre du processus de négociation. C'est lui qui va fixer les conditions de l'accord, à savoir la qualification des

---

<sup>11</sup> *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Emmanuel Breen, Lextenso, 2017

<sup>12</sup> Propos de Madame le Professeur Elizabeth Zoller, recueillis par Jean-Baptiste Combe in *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 3, Octobre 2017, act. 51

<sup>13</sup> Maître Pierre Servan-Schreiber

<sup>14</sup> Propos de Monsieur le Professeur Didier Rebut, recueillis par Jean-Baptiste Combe in *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 3, Octobre 2017, act. 51

faits reprochés à l'entreprise, ainsi que le Statement of Facts (exposé des faits dans la procédure pénale américaine), le montant de l'amende ou l'objet des restitutions à effectuer, ainsi que les obligations à respecter dans le cadre des procédés de compliance mis en place pour éviter que l'infraction ne puisse être commise à nouveau à l'avenir. De plus, l'appréciation du bon déroulé de la procédure lui revient : il décide de la durée de la période probatoire à laquelle est soumise la société poursuivie, qu'il peut revoir à la hausse comme à la baisse, et s'il ne s'estime pas satisfait il peut unilatéralement rompre l'accord pour engager une procédure pénale classique. Une fois l'accord signé par la société et le Procureur, le juge l'homologue pour lui conférer toute sa validité. Il convient de souligner que, même ce stade dépassé, la société n'est pas à l'abri de toute poursuite judiciaire. En effet, jusqu'à l'exécution totale et complète de ses obligations, l'entreprise ne voit ces poursuites que suspendues, et non éteintes.

Au travers du FCPA, les États-Unis avaient déjà imposé le cadre de référence pour les poursuites judiciaires en matière de corruption internationale. Dans la continuité de ce mouvement, le DPA est lui aussi progressivement en train de devenir la nouvelle norme à adopter, un outil moderne et nécessaire qui semble être le plus adapté pour apporter une réponse efficace à un fléau récurrent. Ainsi, le DPA a par exemple été introduit en droit anglais en 2014, bien qu'il ait connu certaines adaptations pour lui permettre d'être conforme aux exigences constitutionnelles du Royaume-Uni, notamment au regard du rôle du juge. Au Canada, si des processus de justice négociée existaient déjà, les débats relatifs à l'introduction en droit canadien d'un DPA ont été initiés début 2016. En France, elle a été introduite en 2016 par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II », sous la forme d'une Convention Judiciaire d'Intérêt Public.

#### b. La CJIP française, inspirée du DPA américain

Contrairement au DPA américain, la CJIP française emporte l'extinction de l'action publique pour les faits reprochés à la société poursuivie. Ainsi, s'il est indéniable que cette procédure nouvelle ait directement été inspirée des processus américains de justice négociée, il ne s'agit pas d'une transposition en droit français, mais d'une intégration au sens où les contraintes propres à ce système juridique ont été prises en compte. L'inspiration se ressent notamment au niveau du rôle octroyé au Procureur de la République, ce qui se justifie particulièrement par sa qualité de magistrat du Parquet. La marche à suivre par ce dernier est dictée par les articles 41-1-2 et R. 15-33-60-1 à R.15-33-60-10 du Code de procédure pénale. C'est lui qui propose le recours à une CJIP, lui qui comme son homologue américain en fixe le contenu, et lui enfin qui en contrôle la bonne exécution. Toutefois, là aussi le recours à un magistrat du siège, en l'occurrence du Président du Tribunal judiciaire<sup>15</sup> est requis : lors d'une audience publique, il est chargé d'homologuer l'accord conclu entre le Procureur et

---

<sup>15</sup> Président du Tribunal de Grande Instance avant la réforme de la procédure civile en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 2020

l'entreprise poursuivie. Cette homologation est rendue sous la forme d'une ordonnance de validation, non susceptible de recours. Comme son nom l'indique, il ne s'agit pas d'un jugement de condamnation, qui de ce fait n'entraîne pas d'inscription au bulletin numéro 1 du casier judiciaire de la personne concernée. En cas de refus de validation, le Procureur de la République ne peut faire appel de cette décision mais il demeure libre d'enclencher l'action publique sous la forme d'une procédure classique.

Il convient de mentionner l'intervention d'un acteur supplémentaire, à savoir l'Agence Française Anti-Corruption (AFA), en vertu des articles 131-39-2 et 434-43-1 du Code pénal, ainsi que l'article 764-44 du Code de procédure pénale. Tout d'abord, l'AFA, inspirée du monitoring américain, joue un rôle au niveau de la publicité, puisque la CJIP ainsi que l'ordonnance de validation sont toutes deux publiées sur son site Internet, et sont accompagnées d'un communiqué de presse du Procureur de la République. Ensuite, si l'accord conclu dans le cadre de la CJIP prévoit un programme de mise en conformité, le Procureur lui en communique le contenu, la CJIP en tant que telle ainsi que l'ordonnance de validation. Dès lors, l'AFA est tenue d'informer au moins une fois par an le magistrat du siège de l'avancement du programme mis en œuvre, ou à chaque fois que ce dernier en fait la demande. Toutefois, la société tenue de se conformer aux exigences fixées par le Procureur n'est pas exclue de ce dialogue, car elle conserve la possibilité de l'avertir en cas de difficulté. En ce sens, la CJIP dans un premier temps, et le rôle de l'AFA dans un second temps répondent à la volonté du législateur de désengorger les tribunaux, et d'apporter une réponse spécialisée et adaptée à la criminalité d'affaires, tout en étant efficace de manière à ne pas neutraliser l'activité de l'entreprise concernée.

## **II. L'émergence d'un « modèle procédural hybride<sup>16</sup> »**

Les processus de justice négociée sont tout à fait innovants en ce qu'ils sont le résultat de la rencontre entre les droits civil et pénal (A), et permettent en ce sens d'aboutir à des résultats inédits en matière criminelle. Dès lors, il est logique qu'ils ne soient pas ouverts à tous, et que les sujets de la justice négociée (B) soient limités.

### **A. La naissance de la justice pénale négociée de la rencontre des droits civil et pénal**

Pour le Professeur Etienne Vergès, l'innovation qu'est la justice pénale négociée constitue « l'avènement d'un modèle procédural hybride, » qui « emprunte son consensualisme au procès civil (1) et son caractère répressif au procès pénal<sup>17</sup> (2). »

---

<sup>16</sup> Vergès, Etienne. « Procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3, no. 3, 2017, pp. 579-586.

<sup>17</sup> Voir note de bas de page numéro 15

## 1. *Le consensualisme du procès civil*

Le DPA américain comme la CJIP française reposent sur le même principe : une convention passée entre la société poursuivie et le Procureur, homologué par le juge, permet respectivement de suspendre et d'éteindre les poursuites pour les faits mentionnés. Il s'agit en ce sens d'un accord de volontés qui a vocation à produire des effets de droit. En d'autres termes, il s'agit bien d'un contrat, ce qui rapproche les processus de justice négociée de la matière civile. Toutefois, ces termes se révèlent être très – trop ? – ambitieux pour décrire la réalité de la situation, puisque l'aspect négocié du DPA comme de la CJIP sont en réalité illusoires. En effet, l'entreprise poursuivie a tout intérêt à négocier avec le Procureur, car les procédures pénales classiques prévues pour les faits de corruption seraient plus rigoureuses et aboutiraient à des peines plus sévères à leur encontre, avec tous les désavantages liés à la médiatisation des procès. Pour autant, elle ne se trouve pas réellement en position de négociateur, elle peut accepter ou refuser les exigences du Ministère Public (montant de l'amende, mise en conformité), mais pas essayer de les rendre plus favorables pour elle-même. La seule réelle marge de manœuvre qui peut lui être accordée consiste en la possibilité qu'elle a de présenter oralement des observations au juge ou au Procureur, et qui pourraient avoir du poids dans les décisions que prennent respectivement ces deux acteurs lorsqu'elles portent sur la possibilité dans la pratique de se conformer aux exigences projetées. En effet, dans l'éventualité d'un programme de mise en conformité trop ambitieux, que ce soit en termes de calendrier ou de contenu, la société a tout intérêt à l'exprimer sous peine d'être certaine de ne pas pouvoir respecter l'accord, et donc de s'exposer à des sanctions plus graves. Dès lors, si le DPA et la CJIP sont des contrats, ils ne sont pas de gré à gré mais d'adhésion.

L'originalité des processus de négociation en matière pénale des affaires réside précisément dans ce statut ambivalent, qui joue à la fois sur plan civil et pénal. En effet, le contrat devient ici un instrument de sanction. Or, le recours au droit des obligations n'est pas cette fois au service de l'intérêt de la victime, il ne s'agit pas ici de réparer les conséquences dommageables de la faute que constitue l'infraction, mais de sanctionner l'entreprise coupable. Si, aux États-Unis, le *plea bargaining* existait déjà depuis longtemps, il ne s'agissait pas pour autant d'un contrat. La convention propre au DPA emprunte alors aux mécanismes du droit des obligations de manière innovante. En revanche, ce détournement de la fonction contractuelle n'est pas tout à fait nouveau en France. En effet, la procédure de composition amiable propre à l'Autorité des Marchés Financiers (AMF), qui a un caractère administratif, s'en rapproche. Instaurée par la loi de régulation bancaire et financière d'octobre 2010 et son décret d'application d'août 2011, ce procédé constitue une alternative à la procédure classique de sanction de l'AMF. « Classiquement, la sanction s'inscrit dans une relation individuelle entre celui qui commet un acte répréhensible et l'autorité de

sanction<sup>18</sup>. » Or, en l'espèce, la transaction administrative permet d'y échapper par le biais d'un accord entre l'auteur de l'infraction et l'AMF. Pour Marie-Anne Frison-Roche, cela se justifie car « la mission du régulateur a un objet collectif, l'efficacité du marché<sup>19</sup>. » Dès lors, il apparaît que, comme le prévenait le Rapport parlementaire sur les Autorités administratives indépendantes en 2006, il se pourrait que la « perspective juridique traditionnelle en France soit perturbée par cette contractualisation de la répression »<sup>20</sup>. Pour autant, elle est justifiée par une conception économique des rapports propres à la vie des affaires.

## *2. Le caractère répressif du procès pénal*

Au-delà de leur aspect théoriquement consensuel, le DPA américain comme la CJIP française comportent certains caractères du procès pénal. Il en va notamment ainsi du caractère répressif de celui-ci. D'une part, la nécessaire homologation par un juge de l'accord en droit français comme américain ne va pas sans rappeler l'aspect imposé de la justice pénale, puisque le juge peut toujours considérer que la convention n'est pas opportune, et implicitement exiger le retour à une procédure classique. D'autre part, une place importante est accordée aux fonctions traditionnelles de la peine, la rétribution et la dissuasion. En effet, le DPA comme la CJIP contiennent des stipulations relatives à l'amende qui devra être versée par l'entreprise poursuivie, ce en quoi ces deux processus de justice négociée constituent un véritable instrument de sanction pénale. Au-delà de l'aspect pécuniaire, les deux conventions prévoient un programme de mise en conformité auquel la société doit se soumettre, d'abord pour prévenir la réitération des actes illicites, ensuite pour que celle-ci soit réintégrée dans le fonctionnement normal de la vie des affaires. Plus qu'une sanction pénale en tant que telle, le DPA et la CJIP seraient alors la prolongation des procédures préventives de conformité, permettant une remise en conformité de la personne morale avec les normes légales et éthiques en vigueur. Néanmoins, il convient de souligner que la CJIP n'aboutit pas à l'inscription au casier judiciaire et n'implique aucune reconnaissance préalable de culpabilité, et que le DPA ne figurera pas sur l'historique pénal de la société, à condition qu'elle n'ait pas été jugé coupable ou admis sa culpabilité devant un juge. Or, justement, le principe même de la justice négociée est pour la société de plaider coupable en échange d'une peine espérée plus douce, et pour la société au travers du Ministère Public de faire en sorte que l'entreprise soit assainie tout en évitant les coûts financiers et temporels d'une recherche de preuve et d'un procès pénal classique.

---

<sup>18</sup> Cellupica Nicolas, Oudin Charles Joseph, « Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers. Vers une contractualisation de la répression en matière boursière », dans : Marie-Anne Frison-Roche éd., *Droit et économie de la régulation*. 5. Responsabilité et régulations économiques. Paris, Presses de Sciences Po, « Hors collection », 2007, p. 157-169.

<sup>19</sup> M.-A. Frison-Roche, Entretien, *Petites Affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 3.

<sup>20</sup> Rapport parlementaire sur les Autorités administratives indépendantes par Patrice Gelard, sénateur, et, plus particulièrement, annexé au rapport, l'étude dressant un bilan des autorités administratives indépendantes, réalisée par Marie-Anne Frison-Roche, § 8.1.7 et s.

En ce sens, et suivant une analyse économique du droit, le DPA et la CJIP permettent de sacrifier l'idéal de manifestation de la vérité du procès au profit de l'efficacité économique. En effet, il est considéré plus profitable pour toutes les parties en présence, toujours suivant le modèle de l'optimum de Pareto, que l'entreprise puisse poursuivre son activité à condition qu'elle cesse de commettre des infractions. Au plan philosophique, il est possible de voir ici la figure du marché qui s'insère dans le fonctionnement de la justice. De fait, les exigences du premier vont fortement influencer celles du second, puisque l'efficacité économique détermine le montant optimal de l'amende pour permettre à l'entreprise de se relancer. Dès lors, il est possible de constater que la violation de la règle de droit passe au second plan, ce qui permet de privilégier la mise en conformité de la personne morale avec les règles de la vie des affaires.

Cela peut sembler quelque peu perturbant, puisque cette logique est très éloignée de celle qui est d'ordinaire propre au droit pénal. De plus, dans la mesure où les procédures de justice négociée ne sont pas ouvertes à tous les acteurs de la société civile, ni même de la vie économique, et ne sont pas non plus susceptibles de s'appliquer à toutes les infractions, cette conception de la justice pénale peut engendrer des inégalités. En effet, qu'est-ce qui justifie que certains puissent bénéficier dans des cas limitatifs de procédés plus compréhensifs, principalement orientés vers la poursuite de leur activité ? Au plan pratique, la réponse se trouve dans la nécessité de permettre la continuité de la vie économique, en dans le versement d'une amende, ce dont la société bénéficie de manière générale. Par exemple, pour la France seulement, la mise en œuvre d'une CJIP a pu aboutir à des montants conséquents, comme par exemple 300 millions d'euros pour HSBC (CJIP du 14 novembre 2017) et 250 millions d'euros pour Société Générale (CJIP du 4 juin 2018). Aux États-Unis, ces montants sont décuplés, comme le montre la somme de 700 millions d'euros versés par le Crédit Agricole en 2015 aux autorités américaines<sup>21</sup>. Au plan théorique, toutefois, cette rupture d'égalité est plus problématique, et pourrait être qualifiée d'amorale. En effet, bien que la société bénéficie indirectement du versement de fortes amendes pécuniaires, cette source de recettes pour l'État peut sembler discutable. Ainsi, le Parquet National Financier s'était réjoui dans un communiqué de presse en 2015 de faire « [abonder] le budget général de l'Etat français » au travers de l'amende infligée à HSBC. Dès lors, certains ne tarderont pas à critiquer le sacrifice de la règle de droit sur l'autel de la conjoncture économique, et à voir dans les processus de justice négociée la naissance d'une justice à deux vitesses. Ce sentiment ne peut être que renforcé lorsque le constat que les infractions qui ne peuvent bénéficier de ces procédures avantageuses sont souvent de moindre gravité que celles qui le peuvent.

---

<sup>21</sup> Selon Vers une justice pénale négociée en matière de fraude fiscale ?, *Les Echos*, N. Vergnet, 2/07/2019

## B. Les sujets des procédures négociées en matière de corruption internationale

Malgré l'importante influence qu'a eu le DPA américain sur la CJIP française, l'introduction de ce mécanisme au sein de ce système civiliste n'a pas été opérée par le biais d'une transposition pleine et entière. Au contraire, il a fallu prendre en considération les possibles frictions qui pourraient découler de la mise en œuvre d'un procédé étranger au droit français, et les anticiper en soustrayant de cette procédure nouvelle les éléments susceptibles de se heurter à la tradition juridique. De ce point de vue, la nature des sujets qui pourraient bénéficier de processus de justice négociée varie en France et aux États-Unis. Ainsi, Washington admet qu'un DPA puisse être conclu non seulement avec une personne morale, c'est-à-dire l'entreprise poursuivie pour avoir enfreint la législation pénale, mais aussi avec une personne physique. Ce sont ici les dirigeants de la personne morale mise en cause qui sont visés, et qui peuvent par ce biais échapper à des poursuites pénales. En France, au contraire, une CJIP ne peut être accordée qu'à une personne morale, ce qui revient de facto à en limiter le champ d'application.

Le fondement de cette divergence repose sur les traditions juridiques distinctes de deux pays, et sur des conceptions parfois éloignée de la justice. Ainsi, les Américains prévoyant déjà dans leur droit commun la possibilité pour des personnes physiques, poursuivies pour des infractions de droit commun, de recourir au *plea bargaining*, il aurait été difficile de justifier de les en priver en matière pénale des affaires. En 2004, dans l'affaire U.S. v. Richard Green, le Chief Judge de la US District Court, William Young, affirmait « notre système de justice pénale tout entier s'est déplacé bien loin des procès, des jurys et de l'arbitrage vers un système massif de négociation des peines, qui est lourdement truqué à l'encontre du citoyen poursuivi<sup>22</sup>. » Par cette affirmation, ce juge américain dépeint un système de justice qui repose très largement sur les processus de justice négociée, et qui justifie d'autant plus leur utilisation lorsque les dirigeants d'une entreprise sont soupçonnés d'avoir pris part dans des pratiques illicites de corruption. En France, en revanche, la justice négociée est très novatrice, et si la CRPC est désormais entrée dans la procédure pénale, diffuser cette possibilité à tous les domaines du droit serait pour le moment une trop grande rupture avec la tradition française. Aux États-Unis, le choix qui a été fait d'adopter la position contraire possède également un fondement logique : dans la mesure où une personne morale, qui est en réalité une pure fiction juridique, ne peut agir qu'au travers de ses représentants, refuser que ces derniers ne puissent voir leur responsabilité atténuée voire exonérée grâce à ces « deals de justice » alors même que l'entreprise le peut serait revenu à manquer de cohérence.

Pour autant, ce dernier argument peut également servir la cause inverse. En effet, permettre aux dirigeants de la société soupçonnée de corruption de monnayer les poursuites pénales qu'ils sont susceptibles d'encourir est une façon d'accepter qu'ils échappent à la justice. Or, précisément parce que c'est à travers la personne morale, mais sous l'impulsion de ces personnes physiques que l'infraction a pu être commise,

---

<sup>22</sup> Voir note de bas de page numéro 1

cette possibilité se révèle quelque peu troublante. C'est ce qui justifie qu'en droit français cela ne soit pas admis, ainsi que le fait que les considérations économiques applicables à l'entreprise en matière de poursuite de son activité ne le sont pas pour la personne physique. De plus, cette possibilité serait de nature à accentuer le sentiment de justice à deux vitesses, d'un système favorable aux classes aisées. Néanmoins, cette différenciation est elle-même susceptible d'aboutir à la création d'effets pervers. En effet, les dirigeants de la société poursuivie « subissent alors une sorte de double peine : alors qu'ils ne bénéficient pas des effets de la convention, ils sont malgré tout tenus de coopérer lors de l'enquête qui glisse de fait vers une auto-incrimination particulièrement discutable<sup>23</sup>. » Par conséquent, les dirigeants ne sont pas incités à s'auto-dénoncer, ce qui est de nature à nuire au bon fonctionnement même de la CJIP.

Les différences entre le Deferred Prosecution Agreement américain et la Convention Judiciaire d'Intérêt Public française, ainsi que les effets que celles-ci engendrent, soulèvent de nombreuses interrogations. Si dans le premier cas, ce mécanisme est ancré dans la pratique depuis bien longtemps, il demeure innovant dans le second et tend encore à se préciser. Néanmoins, dans les deux cas, il semblerait que la pratique y ait de plus en plus recours, ce qui se justifie par les bénéfices qu'en tirent les deux parties aux accords, du moins au premier abord. Pour autant, ces processus de justice moins lourds, moins longs, moins coûteux apparaissent sous certains aspects plus éloignés de la conception traditionnelle de la justice pénale, et présentent un lien de plus en plus distendu avec les garanties fondamentales inhérentes au procès pénal.

Dès lors, il est légitime de s'interroger : quelle place le DPA et la CJIP accordent-ils aux garanties du procès pénal dans des procédures rythmées par les exigences du marché ?

Si ces processus de justice négociée adaptés à la criminalité d'affaires répondent avec succès à des impératifs d'efficacité économique (Partie I), leur développement croissant dans la vie des affaires n'est pas sans risques pour les principes directeurs du procès pénal (Partie II).

---

<sup>23</sup> Voir note de bas de page numéro 20



# **Partie I : La négociation judiciaire, réponse à la confrontation entre la criminalité d'affaire et les impératifs de la vie économique**

<b>I. Le développement d'une criminalité d'affaires</b> .....	<b>30</b>
A. La reconnaissance de la criminalité en col blanc .....	30
1. La prise en compte de la délinquance d'affaires par les chercheurs en criminologie à partir des années 1930 .....	30
a. L'immoralité inhérente à la vie des affaires .....	30
b. L'évolution de la raison d'être de l'entreprise .....	31
2. La théorie des choix rationnels, fondement de la criminalité d'affaires....	33
a. La notion de faute lucrative .....	33
b. La justification de l'infraction .....	35
B. La spécificité des infractions en matière pénale des affaires .....	36
1. Le rôle de la personne morale en matière pénale des affaires .....	36
a. La délimitation de la criminalité d'entreprise : l'enjeu de sa définition ..	36
b. De l'adage latin <i>societas delinquere non potest</i> à la reconnaissance de la responsabilité de la personne morale.....	37
2. La « gestion différentielle » des criminels en col blanc.....	39
a. Par la société .....	39
b. Par l'autorité judiciaire.....	40
<b>II. La négociation judiciaire, gage de résultats</b> .....	<b>41</b>
A. La dépénalisation de la vie des affaires .....	42
1. La dépénalisation hésitante de la vie des affaires .....	42
a. L'autonomisation théorique de la vie des affaires par rapport au droit pénal commun .....	42
b. Le renforcement pratique des sanctions .....	43
2. La réduction significative du rôle du juge en matière de justice pénale négociée .....	45

a.	Le maintien du juge dans les processus de justice négociée pour des raisons de validité constitutionnelle.....	45
b.	Un contrôle de surface du contenu de l'accord transactionnel.....	46
B.	Les avantages des processus de négociations en matière pénale des affaires	47
1.	Des procédures adaptées aux effets recherchés par le Ministère Public	48
a.	La prise en compte de la temporalité de la vie des affaires .....	48
b.	La négociation d'une peine pécuniaire.....	49
2.	Des procédures adaptées à la poursuite de l'activité par la personne morale	50
a.	La mise en conformité privilégiée par rapport à la répression.....	50
b.	La remédiation morale : vers un assainissement de la culture d'entreprise .....	52

Contrairement aux infractions de droit commun, les infractions à la législation pénale des affaires présentent de nombreux avantages et peu d'inconvénients pour le délinquant, ce qui justifie que se soit progressivement développée une criminalité d'affaires (I) et corrélativement des instruments de lutte contre ce phénomène. Néanmoins, devant les importants obstacles rencontrés par la justice, ainsi que devant les conséquences négatives des sanctions imposées aux délinquants personnes physiques et morales sur l'ensemble de la société, les processus de négociation judiciaire sont apparus comme étant gage de résultats (II).

## **I. Le développement d'une criminalité d'affaires**

La criminalité d'affaires s'est développée en parallèle de la vie des affaires, mais contrairement aux infractions de droit commun que l'on retrouve majoritairement dans toutes les sociétés, indépendamment de critères temporels et géographiques, sa prise en compte est relativement récente. La lutte contre celle-ci a été initiée dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle par la reconnaissance de la criminalité en col blanc (A), et développée au travers de la prise en compte de la spécificité des infractions en matière pénale des affaires (B).

### **A. La reconnaissance de la criminalité en col blanc**

Si la vie des affaires a longtemps été considérée comme intrinsèquement amoral, voire immorale, la criminalité s'y rattachant a longtemps été méconnue. Elle n'a été prise en compte par les chercheurs en criminologie qu'à partir des années 1930 (1), pour qui elle repose sur la théorie des choix rationnels (2).

#### *1. La prise en compte de la délinquance d'affaires par les chercheurs en criminologie à partir des années 1930*

##### **a. L'immoralité inhérente à la vie des affaires**

Initialement, la criminologie s'est intéressée à la criminalité violente de rue, fortement corrélée avec la précarité des sujets étudiés. De nombreuses théories ont vu le jour, de la théorie du criminel né de Cesare Lombroso<sup>24</sup> à celle du microbe et du bouillon de culture d'Alexandre Lacassagne<sup>25</sup>, qui met plus l'accent sur l'effet qu'exerce sur le délinquant son environnement. Ce n'est qu'à partir des années 1930, suite à la crise financière engendrée par le krach boursier de 1929, que la discipline

---

<sup>24</sup> *L'Homme criminel*, Cesare Lombroso, 1876

<sup>25</sup> « Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912 », Alexandre Lacassagne, *Archives d'anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique*, vol. 28 1913, p. 364

va s'ouvrir à la « criminalité en col blanc<sup>26</sup>, » qui désigne par opposition aux « cols bleus » des ouvriers les chemises les auteurs d'infractions issus de classes aisées. Cette notion va alors désigner la criminalité d'affaires, c'est-à-dire la délinquance lucrative au profit d'entreprises, d'organisation privées, de personnes publiques dotées d'une existence légitime. La vie des affaires repose sur le postulat que celles-ci seraient au mieux amoraux, au pire immoraux. Pour Milton Friedman, « la responsabilité sociale de l'entreprise est d'accroître son profit<sup>27</sup>. » Cette déclaration sous-tend que ce but lui permettrait d'écarter toute considération morale. Cela se justifie par la logique de concurrence et de compétitivité qui est le propre de l'entreprise, que ce soit en son sein en raison de sa hiérarchie pyramidale, ou par rapport à ses rivaux. En somme, l'idée que tous ne peuvent être gagnants prévaut, ce qui induit Karl Marx à évoquer un « capitalisme prédateur<sup>28</sup>, » ou encore le journaliste Matthew Josephson à qualifier les grands magnats américains de « barons voleurs<sup>29</sup>. » Dès lors, il ne tient plus qu'aux acteurs de la vie des affaires de s'affranchir des limites légales pour chercher à maximiser leur profit.

A cet égard, il convient de s'interroger afin de comprendre dans quelle mesure la complexité croissante du droit des affaires n'a pas facilité le développement de cette criminalité. En effet, la professionnalisation de la discipline s'est accompagnée d'une multiplication de lois visant à l'encadrer, que ce soit par le biais d'obligations ou d'interdictions. Or, en raison de leur nombre particulièrement important, ainsi que de leur complexité, ces lois sont difficiles à respecter pour les acteurs de la vie des affaires, et plus encore à contrôler pour les agents régulateurs de cette discipline. En ce sens, Friedrich Hayek oppose dans *Droit, législation et liberté*<sup>30</sup> « l'ordre fabriqué, » c'est-à-dire issu de la législation d'une société, à « l'ordre mûri, » à savoir celui qui découle de la société de droit et qui précède au premier. Pour autant, Hayek désigne l'origine de la complexité de la société, en particulier au sein de la vie des affaires, comme étant le résultat d'un « ordre spontané, » c'est-à-dire né des actions de chaque individu qui, sans aucune consultation avec autrui, met en œuvre ses propres intérêts au moyen d'échanges librement menés sur le marché. Dès lors, il affirme que « chacun est conduit, par le gain qui lui est visible, à servir des besoins qui lui sont invisibles<sup>31</sup>. » En ce sens, à partir du moment où la vie des affaires est rythmée par des lois aussi nombreuses que complexes, elle ne peut aboutir qu'à un but commun artificiel, car déterminé par un groupe d'individus, et potentiellement amoral.

#### b. L'évolution de la raison d'être de l'entreprise

Acteur majeur de la vie des affaires, l'entreprise a dans un premier temps embrassé cette conception. En effet, il s'agit pour elle de mobiliser des facteurs de production,

---

<sup>26</sup> "The Problem of White Collar Crime", *White Collar Crime. The Uncut Version*, préface de Gilbert Reis et Colin Goff, New Haven & London, Yale University Press, 198

<sup>27</sup> Milton Friedman, *New York Times Magazine*, 13 September 1970

<sup>28</sup> Karl Marx, *Le Capital*, 1867

<sup>29</sup> Matthew Josephson, *The Robber Barons*, 1934

<sup>30</sup> *Droit, législation et liberté*, Friedrich Hayek, 1973

<sup>31</sup> Voir note de bas de page numéro 29

sous la forme de matières premières, d'employés, d'outils, etc. pour les transformer en biens ou services. Ces derniers ayant vocation à être ensuite mis en vente sur le marché, à un prix supérieur au coût qui a été nécessaire pour les créer, ils doivent en principe rapporter du profit. En ce sens, l'entreprise apparaît par son essence même orientée vers la maximisation du profit, fondement de la perception amoralisée que certains peuvent avoir de cette entité. Ce sentiment est renforcé par le fait que les actionnaires, qui prennent en principes les décisions majeures concernant l'entreprise, perçoivent des dividendes proportionnels au profits de l'entreprise, et seraient en ce sens poussés à ne faire que des choix visant à les augmenter. Dans la pratique, notamment pour les entreprises plus importantes en raison de leur taille, ces décisions sont assurées par un dirigeant, en principe plus concerné par le prestige qu'il peut faire gagner à l'entreprise au travers d'une augmentation non pas tellement du profit mais du chiffre d'affaire, ou alors de la taille de la personne morale. Néanmoins, le dirigeant peut parfois obtenir des primes indexées sur le profit obtenu par l'entreprise, légitimant ainsi à nouveau la critique traditionnelle sur le but poursuivi par la société. A partir de cette idée, la voie menant à la criminalité d'affaires semble toute tracée, puisqu'il ne serait plus surprenant que l'entreprise viole quelques règles afin de maximiser ses recettes.

Or, si l'entreprise cherche effectivement à faire du profit, elle ne se limite pas uniquement à cela. En effet, ne prendre en compte que cette seule conception serait ignorer le rôle qu'elle joue dans l'économie mais aussi dans la société, et des conséquences que son action peut avoir sur les différents acteurs qui composent cette dernière. C'est dans cette optique que la Commission Européenne a développé le concept de Responsabilité Sociétale des Entreprise (RSE), définie par l'Union Européenne (UE) comme « l'intégration volontaire par les entreprises de préoccupations sociales et environnementales à leurs activités commerciales et leurs relations avec les parties prenantes<sup>32</sup>. » Autrement dit, les entreprises qui le souhaitent peuvent, tout en maintenant une activité économique viable et donc en faisant du profit, exercer un effet positif sur la société. Dans la pratique, toutefois, la RSE s'est progressivement imposée dans le mode de fonctionnement de l'entreprise, ne serait-ce qu'en raison de son caractère désormais indispensable pour disposer d'une image positive à l'égard des consommateurs. Aux États-Unis, la notion de « Corporate Social Responsibility<sup>33</sup> » conduit à considérer l'entreprise comme une entité animée par des objectifs moraux, qui la mène à s'investir dans l'environnement qui l'entoure. Dans la pratique, cela se traduit par du mécénat, du bénévolat des employés, etc... ainsi que la création de labels, tels que le B-Corp, dont le slogan est « Ne pas chercher à être la meilleure entreprise du monde mais la meilleure pour le monde. » Ce label se développe par ailleurs en France, où il séduit un nombre croissant d'entreprises.

C'est dans ce contexte qu'a été votée en France la Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises (loi PACTE). Par ce texte, qui a mené à la modification de l'article 1835 du Code civil, le législateur incite les

---

<sup>32</sup> Livre Vert de la Responsabilité Sociale des Entreprises, UE, 2001

<sup>33</sup> Responsibility of the businessman, H. Bowen, 1953

entreprises à élaborer une « raison d'être, » c'est-à-dire « à exprimer leur contribution à la société, à dire ouvertement quelle est leur mission et son rapport à l'intérêt collectif, à énoncer la manière de faire, c'est-à-dire les valeurs mais aussi la ligne de partage de la valeur<sup>34</sup>. » Ce plan d'action la pousse ainsi à s'interroger sur sa place dans le monde, au-delà de sa création dans le but de faire du profit. De plus, lorsqu'elle s'engage dans cette démarche, l'entreprise est forcée de faire un pas en direction d'une augmentation de la transparence, ainsi que des efforts pour acquérir une certaine légitimité, ce qui est de nature à la rapprocher des consommateurs d'une part, et de la société dans son ensemble d'autre part. Dès lors, la vie des affaires n'apparaît plus comme un monde rythmé par la création de richesse. Les entreprises ne sont plus des organisations amORALES, mais des acteurs de la vie économique et de la société, qui contribuent au développement de celles-ci. Dès lors, le fondement de la criminalité d'affaires n'est pas intrinsèque à l'entité qu'est la société.

## 2. *La théorie des choix rationnels, fondement de la criminalité d'affaires*

### a. La notion de faute lucrative

Le mode de fonctionnement de ce type de délinquants est une illustration de la théorie des choix rationnels. Formulée en 1985 par Ronald Clarke et Derek Cornish<sup>35</sup>, elle va s'insérer dans le prolongement de la théorie utilitariste. Développée par Cesare Beccaria en 1764 dans son *Traité des délits et des peines*, cette dernière fonde le droit de punir sur la défense et la protection de la société, c'est-à-dire qu'elle applique le critère de l'utilité sociale pour la détermination de la sanction. Autrement dit, la peine est pensée au regard d'un critère unique : sa fonction utilitaire, à savoir sa capacité à remplir les fonctions de la peine, et non plus des considérations morales, éthiques, etc. Or, de la même façon que la société cherche à mettre en œuvre des mécanismes de réponse aux infractions le plus efficaces possibles, le délinquant va agir de manière logique en évaluant les coûts et les profits de la violation de la loi, et passer à l'acte lorsque les avantages l'emportent.

En ce sens, la théorie des choix rationnels trouve à s'appliquer. Celle-ci part du postulat selon lequel l'individu est un être rationnel qui définit son comportement en mesurant le plaisir retiré d'un côté et la peine attendue de l'autre, autrement dit le rapport entre les avantages et les coûts de l'acte illicite. Cette théorie n'est pas propre à la criminologie, et se retrouve notamment en sciences politiques. En matière criminelle, elle va en particulier mettre l'accent sur la motivation, les intentions, les décisions ou jugements du délinquant d'un côté, et de l'autre les caractéristiques matérielles, circonstancielles du délit. En effet, les circonstances qui entourent la commission de l'infraction vont influencer sur le comportement du délinquant, notamment en ce qui concerne le niveau de protection prévu par la victime de l'infraction pour

---

<sup>34</sup> « Définir la raison d'être de l'entreprise, un nouvel exercice stratégique », *Le Monde*, Patrick d'Humières, Agnès Rambaud, Martin Richer, Gilles Vermot Desroches et Pierre Victoria, 15/03/2011

<sup>35</sup> Cornish, D., & Clarke, R. (1987). Comprendre le déplacement de la criminalité : Une application de la théorie du choix rationnel. *Criminologie*, 25 (4), 933-947

éviter que cette dernière ne se produise. Ainsi, Ronald Clarke et Derek Cornish soutiennent que le délinquant craint plus d'être pris en flagrant délit plus que celui d'être puni, ce qui signifie qu'il est plus sensible à la possibilité d'être surpris sur le fait qu'à la possibilité de subir une peine, aussi lourde soit elle. Dès lors, ils misent plus sur des actions de prévention que de rétorsion. De plus, Clarke a relevé une série de mesures qui conduisent le délinquant à fournir un effet supplémentaire (par exemple, l'existence d'une porte blindée) et qui lui permettent de mieux évaluer les risques de l'action (vigiles, surveillants) et visent ainsi à éviter toute angoisse, toute tentation, toute frustration. Cette conception n'est pas sans rappeler la théorie de Lawrence Cohen et Marcus Felson<sup>36</sup>, pour qui la criminalité n'est pas tant le fruit d'une personnalité propice à enfreindre la loi ou d'un environnement social que le fruit d'opportunités, c'est-à-dire des circonstances pour passer à l'acte. Ces dernières supposent la réunion de trois éléments : un délinquant potentiel, capable et déterminé, une cible revêtant un certain intérêt, et l'absence de gardien ou de système de protection. Ainsi, le contexte offert par l'entreprise apparaît comme étant favorable pour l'agent capable d'effectuer un acte illicite.

Rapportées à la criminalité d'affaires, ces théories trouvent pleinement à s'appliquer. En effet, il n'est pas question de s'introduire par effraction dans un lieu fermé voire gardé, ni d'avoir recours à la violence, ou encore de se procurer des biens dont l'usage est interdit et sont par conséquent hors du commerce, etc. Au contraire, les infractions à la législation du droit des affaires sont le plus souvent commises par des salariés de l'entreprise, qui ont accès aux informations protégées dans le cadre de leurs fonctions ; par les dirigeants d'une société, des tiers en contact avec ces derniers, etc. Dès lors, ce sont des infractions qui sont peu particulièrement peu risquées pour ceux qui les commettent, puisqu'elles sont rendues possibles par les circonstances d'un emploi, facilitées par les relations d'affaires qui se construisent parfois dans un cadre informel et dès lors éloigné des bureaux, voire parfois dans un lieu privé. De plus, le risque d'être découvert est réduit, puisqu'en raison de la prolifération législative en la matière, la complexité des infractions et surtout la nature secrète de ces dernières, les délinquants jouissent d'une certaine sécurité. De l'autre côté, les bénéfices sont importants, puisque le domaine concerné étant celui des affaires, les sommes en jeu, voire celles que certains agents sont prêts à investir dans une action prohibée sont particulièrement importantes dans la mesure où elles ont vocations à garantir de plus amples gains encore.

Dès lors, la criminalité d'affaire apparaît comme étant particulièrement lucrative, ce qui justifie sans doute que des personnes qui n'auraient pas commis une infraction de droit commun soient tentées, notamment dans le cadre offert par l'entreprise.

---

<sup>36</sup> Cohen, L., & Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44, 588–608.

## b. La justification de l'infraction

Au-delà des motivations des délinquants d'affaires, le passage à l'acte est également fondé sur les justifications qu'ils invoquent. Ces dernières sont également fondées sur la théorie des choix rationnels, c'est-à-dire que le profit qu'ils retirent de l'infraction est calculé selon la méthode des coûts et avantages. A cet égard, il convient de souligner que les criminels en col blanc ne se considèrent pas comme étant des délinquants, fussent-ils d'affaires. S'ils ont conscience de violer la loi, ils se perçoivent comme étant très différents des délinquants de droit commun. En effet, ils ne sont a priori pas violents, ne sont pas armés, et de ce fait ne pensent pas être dangereux pour autrui. De plus, ils considèrent que le préjudice causé par leur action n'est pas supporté ou du moins de manière très faible par le citoyen. Cette perception est renforcée par le fait que les victimes de la délinquance d'affaire sont, le plus souvent, anonymes et ne sont pas individualisées. En effet, il est possible de s'interroger sur l'identité des êtres lésés lorsqu'une entreprise accepte un pacte de corruption. Or, la réponse ne se trouve pas tant en la personne d'individus déterminés, mais dans la violation des règles régissant les marchés financiers, entraînant de ce fait une rupture d'égalité avec les autres entreprises placées dans une même situation, et qui doivent de facto faire face à davantage de difficultés.

Or, c'est précisément dans cette optique que les criminels en col blanc trouvent opportun de passer à l'acte. Ainsi, ils avancent notamment l'impossibilité de gérer une entreprise de façon compétitive en raison d'un formalisme excessif, et l'on retrouve en ce sens l'idée selon laquelle c'est la complexité croissante du droit des affaires qui a facilité, voire même encouragé, la criminalité d'affaires. Dans le prolongement de cette idée, les auteurs d'infractions en matière pénale des affaires affirment souvent avoir agi au bénéfice de la personne morale ou d'un tiers, et donc de ne pas s'enrichir personnellement. Dès lors, l'écart de perception entre ces délinquants et ceux de droit commun se creuse, empêchant les premiers de prendre conscience de la nature délictueuse de leurs actes. Ainsi, ils estiment le plus souvent avoir accompli leur travail en faisant ce qui était nécessaire pour l'entreprise. A ce propos, deux remarques s'avèrent nécessaires. La première est que, précisément, ces personnes ont tout à fait intégré l'idée selon laquelle la continuité de la vie des affaires est primordiale, et en ce sens permettre à l'entreprise de progresser (en taille, sur un marché, etc.) apparaît comme plus important que les risques liés à la violation de la loi. En d'autres termes, on retrouve le calcul coûts/avantages. La seconde remarque vise à, paradoxalement, rapprocher ces délinquants d'affaires de celle de droit commun. En effet, les criminels ont souvent tendance à justifier leurs actes par une nécessité qui serait supérieure au respect de la loi, qu'il s'agisse par exemple d'une famille à soutenir économiquement ou de biens de valeur à acquérir pour s'intégrer dans un groupe social donné, etc. On retrouve donc chez les criminels en col blanc cette même justification, puisque l'entreprise leur apparaît comme cette nécessité supérieure à toute autre et qu'il convient de satisfaire.

Enfin, les délinquants d'affaires dont l'activité illicite a été découverte vont être tentés par l'invocation d'une faute de négligence, et non un comportement délictueux

délibéré. A nouveau, ils vont profiter de la complexité de la législation en matière pénale des affaires pour se soustraire à leur responsabilité, et vont en ce sens rejeter la faute sur le système qui soit ne leur a pas permis d'agir autrement, soit les a incités à adopter ce comportement car ils n'avaient pas intégré les trop nombreuses règles en la matière.

Or, si ces justifications trouvent lieu à s'appliquer, c'est en grande partie en raison de la spécificité des infractions en matière pénale des affaires.

## B. La spécificité des infractions en matière pénale des affaires

Si les délinquants d'affaires ont tendance à rejeter la faute sur le « système » pour échapper à leur responsabilité, c'est en partie en raison du rôle joué par la personne morale en matière pénale des affaires (1). Corrélativement, ces criminels en col blanc sont invisibles pour la société civile, menant à une gestion particulière de leurs cas (2).

### 1. *Le rôle de la personne morale en matière pénale des affaires*

#### a. La délimitation de la criminalité d'entreprise : l'enjeu de sa définition

Si « les affaires et le droit pénal ne se sont jamais ignorées,<sup>37</sup> » ainsi que l'illustrent à titre d'exemple les accusations de concussion à l'encontre de Verrès en -70 a.v. J.-C. ou de péculat envers Fouquet en 1664<sup>38</sup>, la création d'un droit pénal des affaires autonome n'a émergé qu'à partir de la création de règles spécialisées, à destination de cette matière seule. M. Véron et G. Beaussonie<sup>39</sup> remarquent à juste titre qu'il n'existe pas de Code de droit pénal des affaires, ni même de section qui soit réservée aux lois régissant cette discipline au sein du Code pénal ou du Code de commerce, ni d'aucun autre. Au contraire, les multiples infractions se rapportant à ce domaine sont disséminées dans différents recueils, notamment, au-delà des Codes précités, le Code monétaire et financier, le Code de la consommation le Code de la construction et de l'habitation ou encore le Code de l'urbanisme. L'aspect pénal de la vie des affaires pose alors un problème de définition. Il s'agit sans aucun doute d'une branche spéciale du droit pénal, qui vise à protéger certaines valeurs dans le cadre des affaires : « protection de la propriété, nécessaire à tous les échanges juridiques ; incitation à la probité, sans laquelle ces échanges seraient biaisés ; consolidation de la confiance, afin que les supports des échanges soient véridiques ; recherche de transparence, l'opacité des échanges dissimulant bien souvent une ou plusieurs fraudes<sup>40</sup>. » Au sein du Code pénal, les infractions qui ont trait à la criminalité d'affaires peuvent être classées selon certaines catégories : les appropriations frauduleuses (vol, escroquerie, abus de confiance), les manquements au devoir de probité (concession,

---

<sup>37</sup> R. Vouin, préface à la 1<sup>ère</sup> édition du Droit pénal des affaires de M. Delmas-Marty aux PUF en 1973

<sup>38</sup> Selon M. Véron et G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 2019

<sup>39</sup> Voir note de bas de page numéro 37

<sup>40</sup> Voir note de bas de page numéro 37

corruption et trafic d'influences, prise illégale d'intérêts, favoritisme, péculat), les faux et les infractions de conséquences (recel, blanchiment). Néanmoins, force est de constater que nombre de ces infractions peuvent être commises indépendamment du cadre de la vie des affaires.

En ce sens, toute la difficulté réside dans la distinction entre les infractions de droit commun violant ces valeurs, et celles commises par les délinquants identifiés comme étant des cols blancs. Pour certains, la criminalité d'entreprise est caractérisée par le fait qu'elle profite à la personne morale ou à son dirigeant, mais cela exclut de nombreuses hypothèses. Pour d'autres, c'est le concept de criminalité occupationnelle qui doit prévaloir. Cela fait référence au fait que les salariés d'une entreprise sont dans une position privilégiée pour commettre ce type de délits, qui vont leur profiter directement. Enfin, il existe des cas de figure mixtes où c'est un acteur de l'entreprise qui va agir dans un but personnel, mais en causant à préjudice à la personne morale (exemple : abus de biens sociaux). Pour autant, dans ces trois variantes, force est de constater que l'entreprise n'est souvent pas en retrait, et peut tolérer voire organiser elle-même par son mode de fonctionnement les possibilités d'enfreindre la loi.

b. De l'adage latin *societas delinquere non potest* à la reconnaissance de la responsabilité de la personne morale

Ces divergences de définitions ont mené à l'identification de différents responsables, et corrélativement à faire varier la responsabilité de l'auteur du délit, en France comme aux Etats-Unis. Au départ, prévalait au sein de l'Hexagone l'adage latin *societas delinquere non potest* (les sociétés ne peuvent commettre des délits), mais l'introduction de la responsabilité de la personne morale a été introduite par la loi du 22 juillet 1992, après la réforme du Code pénal, créant ainsi l'article 121-2 du ce texte. Toutefois, cette reconnaissance n'était que limitée, car elle obéissait au principe de spécialité, ce qui signifie qu'une entité légale ne pouvait voir sa responsabilité pénale imputée que pour les infractions prévues par la loi ou le règlement. Le législateur a abandonné ces limites par la loi du 9 mars 2004, dite loi « Perben II, » en généralisant à l'article 121-2 du Code pénal la responsabilité pénale des personnes morales. Néanmoins, malgré cette volonté d'extension de la responsabilité pénale, la loi prévoit des exclusions. Il s'agit de l'Etat, des groupements en formation car ils sont dénués de personnalité morale, et selon l'arrêt du 20 juin 2000<sup>41</sup> de la chambre criminelle de la Cour de cassation, la société absorbante dans le cadre d'une fusion absorption, car celle-ci ne saurait être tenue responsable de l'infraction commise par la société absorbée selon le principe « nul n'est responsable que de son propre fait. » Par ailleurs, il convient de souligner que les personnes morales de droit public n'échappent pas à cette généralisation de la responsabilité pénale, mais elles ne peuvent voir leur engagée qu'en cas d'infraction commise dans le cadre d'une délégation de service public. Bien entendu, la nationalité de la personne morale poursuivie est indifférente à la mise en jeu de sa responsabilité, dès lors que le droit français est applicable.

---

<sup>41</sup> Crim. 20 juin 2000, n° 99-86.742

L'article 121-2 du Code pénal précise toutefois les conditions de l'engagement de la responsabilité pénale de la personne morale : elles ne répondent que des infractions commises pour leur compte, par leurs organes ou leurs représentants. Ce faisant, le législateur vise ainsi les actions commises par des personnes physiques, qui selon l'arrêt du 30 mai 2000<sup>42</sup> de la chambre criminelle de la Cour de cassation, exercent des fonctions d'administration, de contrôle, de gestion ou de direction, ainsi que toute personne jouissant d'une délégation de pouvoirs, de la compétence, de l'autorité et des moyens nécessaires pour mener à bien la tâche qui lui a été confiée. Ces précisions impliquent que, pour imputer pénalement la responsabilité de la société, la personne physique ayant agi pour son compte doit pouvoir être identifiée. Pour éviter que la personne morale ne s'y soustraie, la chambre criminelle de la Cour de cassation, par un arrêt du 20 juin 2006, a créé une présomption de commission par un organe ou un représentant de la personne morale lorsque la personne physique auteur de l'acte illicite n'a pu être identifiée. Pour J.-H. Robert, il s'agit en ce sens d'une responsabilité pénale « indirecte ou par ricochet<sup>43</sup>. » Dès lors, le risque est d'aboutir à une imputation excessive des fautes pénales à la société, et corrélativement une déresponsabilisation de la personne physique. Au bénéfice de ces dernières, le législateur a introduit par la loi du 10 juillet 2000 une distinction selon que le lien entre la faute et le dommage est direct ou non. Lorsque c'est le cas, la responsabilité pénale de l'individu est engagée. A défaut, seule une faute caractérisée ou la violation délibérée de règles de sécurité est de nature à la mettre en œuvre. Si ces nuances n'ont pas été étendues à la personne morale, c'est parce qu'elles « servent de contrepoids à l'allégement ainsi opéré, permettant de compenser ce qui est désormais en dehors du champ de la répression pour les personnes physiques,<sup>44</sup> » créant de ce fait une responsabilité pénale de la personne morale autonome de celle de ses organes ou représentants. Pour autant, rien n'empêche le cumul de la responsabilité de ces derniers et de la société, ainsi que le précise l'article 121-2 alinéa 3 du Code pénal.

Enfin, l'infraction doit avoir été commise pour le compte de la personne morale pour que sa responsabilité pénale soit engagée, c'est-à-dire selon un arrêt du 7 juillet 1998 de la chambre criminelle de la Cour de cassation<sup>45</sup>, dans son intérêt. Particulièrement large, cette notion inclut un but lucratif comme non, par exemple pour des fautes pénales liées à l'organisation ou au fonctionnement interne de la personne morale. Il convient par ailleurs de souligner que la tentative de commission d'une infraction peut être reprochée à la société, qui peut également être poursuivie pour avoir été complice par aide, assistance ou provocation. Dès lors, le régime de la responsabilité pénale de la personne morale a tout à fait été transformé, au point qu'il apparaît désormais difficile d'exonérer cette dernière.

Aux États-Unis, l'évolution législative a suivi le même cheminement. Le principe *societas delinquere non potest* prévalait traditionnellement, comme c'était le cas en

---

<sup>42</sup> Crim. 30 mai 2000, n° 99-84.212.

<sup>43</sup> J.-H. Robert, Droit pénal général, 6e éd., PUF, coll. « Thémis », 2005, p. 376.

<sup>44</sup> Crim. 24 oct. 2000, n°00-80.378.

<sup>45</sup> Crim. 7 juill. 1998, n°97-81.273

France, mais il était admis que les salariés d'une société puissent individuellement commettre des délits. Progressivement, cette conception a évolué : responsabilité de la personne morale pour manquement à ses obligations légales, ou pour mauvaise exécution. En 1909, le revirement de jurisprudence est opéré par un arrêt *New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States* de la Cour Suprême, par lequel elle admet qu'une personne morale puisse se rendre coupable de délits pour lesquels une intention (*mens rea*) est traditionnellement exigée.

## 2. La « gestion différentielle<sup>46</sup> » des criminels en col blanc

### a. Par la société

Si le domaine de la criminalité d'entreprise et le rôle joué par chaque agent ayant pris part à l'infraction, de manière directe ou indirecte, ont incité des évolutions législatives en la matière, il est possible d'observer un processus similaire au sujet de l'appréhension par la société civile du phénomène des cols blancs. Ainsi, le régime du droit pénal des affaires s'est rapidement heurté à des obstacles de taille. En effet, il vise des infractions spécifiques : complexes, secrètes, invisibles, anonymes, indirectes. Autrement dit, elles passent le plus souvent inaperçues, du moins du grand public, dont la perception est largement atténuée par rapports aux infractions de rue. C'est ce qui a conduit Michel Foucault à évoquer une « gestion différentielle des illégalismes<sup>47</sup>. » Cela signifie que tous les actes illicites ne reçoivent pas le même traitement, en l'espèce par la population elle-même.

Une première explication à cette clémence qui pourrait paraître surprenante réside dans la nature des délits en cause, qui semblent n'affecter personne individuellement. Ainsi, les justifications invoquées par les délinquants d'affaires pour temporiser leur responsabilité jouent également en leur faveur du point de vue de la société. Puisqu'il n'y a pas de victime personne physique identifiable, les individus qui ne sont pas issus d'un contexte professionnel en lien avec la finance ou les affaires ne perçoivent ni ne ressentent les conséquences de l'infraction. Au contraire, les journaux et chaînes de télévision surmédient des individus poursuivis car ils auraient causé un préjudice à d'importantes sociétés, tels que cela a été le cas de Jérôme Kerviel. Dès lors, ces personnes, très éloignées de l'image populaire du délinquant, et par opposition aux multinationales, peuvent plutôt inspirer un sentiment d'empathie. Il convient toutefois de souligner que cette conception de la criminalité d'affaires peut facilement être écornée, ce qui est systématiquement le cas à partir du moment où les victimes identifiées s'avèrent être des particuliers. Cela a par exemple été le cas aux États-Unis, lorsque le système frauduleux de Bernard Madoff, fondé sur une pyramide de Ponzi, s'est effondré, entraînant une perte estimée entre 23 et 65 milliards de dollars<sup>48</sup>. Pourtant, malgré les pertes significatives engendrées pour les particuliers

---

<sup>46</sup> Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, 1975

<sup>47</sup> Voir note de bas de page numéro 45

<sup>48</sup> Selon Le célèbre escroc Bernard Madoff demande sa libération pour maladie, *Le Parisien* avec AFP, 6/02/2020

comme pour les personnes morales, ces premiers sont souvent des individus disposant d'un patrimoine important à l'origine de leur volonté d'investir leurs richesses, ce qui atténue à nouveau l'empathie de la société civile à leur égard. Celle-ci est, en revanche, plutôt portée sur l'auteur de l'infraction, qui va subir une importante peine de prison, notamment aux États-Unis où les peines sont cumulables à l'infini, comme le montre la condamnation de Bernard Madoff à 150 ans de prison.

Une seconde explication possible à la perception clémente de la société à l'égard des délinquants en cols blancs reposerait sur le fait qu'il s'agirait d'une justice de classe, moins dangereuse. En effet, ces individus ne sont pas violents, et conséquemment n'apparaissent pas comme une menace pour les personnes ou pour les biens. La délinquance d'affaires n'entraîne pas de dégradations dans l'espace public, n'augmente pas l'insécurité dans la rue, et devient de ce fait invisible. Dès lors, l'opinion publique n'est pas choquée ni même ébranlée lorsque les auteurs d'une faute pénale liée au monde des affaires bénéficient d'un régime plus souple, moins sévère que celui applicable aux infractions de droit commun.

#### b. Par l'autorité judiciaire

La « gestion différentielle » évoquée par Foucault existe aussi, voire surtout, dans le traitement des délinquants d'affaires par l'autorité judiciaire. En effet, les professionnels composant cette catégorie ne sont pas issus du monde des affaires, et sont donc sensibles aux variations de perception qui séparent les auteurs de ces infractions particulières de ceux de droit commun. Par ailleurs, cette criminalité en col blanc étant considérée comme moins dangereuse pour la société à tout point de vue que ne le sont les autres crimes et délits, les efforts des autorités de poursuite sont en priorité dévolus à ces derniers. Cela se justifie d'autant plus compte tenu du rôle important que peut jouer la personne morale dans la commission de l'infraction, qui peut corrélativement atténuer la responsabilité de la personne physique. Autrement dit, les agents responsables d'une faute pénale bénéficient d'un traitement de faveur.

Foucault évoque ainsi le fait que toutes les infractions prévues par le Code pénal ne sont pas systématiquement poursuivies, mais qu'en revanche une population correspondant aux classes sociales les moins favorisées l'est quant à elle. De plus, parmi les actes incriminés, certains seraient plus facilement tolérés car ils sont économiquement rentables. Dès lors, tant au stade des poursuites pénales qu'à celui du prononcé d'une sanction, ces infractions distinctes bénéficieraient de cette « gestion différentielle. » Ainsi, force est de constater que les dirigeants d'entreprises échappent relativement peu de peines de prison, car ils ne sont pas considérés comme des individus dangereux et que le stigmate infâmant de l'incarcération n'est pas estimé comme nécessaire, creusant à nouveau l'écart qui sépare ces derniers des délinquants de droit commun. Pourtant, la criminalité d'affaires est bien plus lucrative que la criminalité de rue. Au-delà de la relative tolérance de la société comme de l'autorité judiciaire à l'égard de ces délits, Edwin Sutherland y voit le résultat de la position sociale privilégiée des délinquants en col blanc, qui ont souvent une forte

influence et peuvent se permettre d'être aussi bien conseillés que possible en amont et en aval de la commission de l'infraction.

Ces délits sont difficiles à déceler d'une part, et à prouver d'autre part. Dans les faits, cela se traduit par un nombre plus réduit de poursuites d'abord, et corrélativement de condamnations ensuite. Or, ce constat résulte bien plus de l'existence d'obstacles de taille à la répression de ces infractions que d'une politique pénale de tolérance, ainsi que l'illustre à titre d'exemple le taux de réponse pénale de 94,9% presque constant entre 2013 et 2017 pour les infractions de manquement à la probité (Annexe 1). Dès lors, la négociation judiciaire apparaît comme une solution idéale pour surmonter ces difficultés et assainir la vie des affaires.

## Annexe 1

**Tableau 1 : orientations des personnes mises en cause dans les affaires de manquements à la probité**

	2013	2014	2015	2016	2017
<b>Affaires orientées</b>	<b>660</b>	<b>725</b>	<b>774</b>	<b>765</b>	<b>816</b>
<b>Auteurs dans les affaires...</b>					
<b>Orientées</b>	<b>1 100</b>	<b>1 082</b>	<b>1 119</b>	<b>1 143</b>	<b>1 134</b>
Non poursuivables	535	601	682	631	667
dont absence d'infraction	194	174	229	205	167
dont infraction insuffisamment caractérisée	321	364	387	351	441
dont extinction de l'action publique	10	45	55	62	39
Poursuivables	565	481	437	512	467
Classées-inopportunité	29	30	48	46	24
dont recherches infructueuses	11	9	8	12	10
dont carence du plaignant	10	10	29	12	9
dont régularisation d'office	2	4	0	11	4
<b>Réponse pénale</b>	<b>536</b>	<b>451</b>	<b>389</b>	<b>466</b>	<b>443</b>
<i>Taux de réponse pénale</i>	<i>94,9%</i>	<i>93,8%</i>	<i>89,0%</i>	<i>91,0%</i>	<i>94,9%</i>
<b>Procédures alternatives</b>	<b>74</b>	<b>69</b>	<b>85</b>	<b>118</b>	<b>105</b>
<i>Taux de procédures alternatives</i>	<i>13,8%</i>	<i>15,3%</i>	<i>21,9%</i>	<i>25,3%</i>	<i>23,7%</i>
dont rappel à la loi / avertissement	35	33	31	67	44
dont autres poursuites ou sanctions de nature non pénale	16	24	26	30	41
dont régularisation sur demande du parquet	12	8	22	18	13
<b>Poursuites</b>	<b>462</b>	<b>382</b>	<b>304</b>	<b>348</b>	<b>338</b>
<i>Taux de poursuites</i>	<i>86,2%</i>	<i>84,7%</i>	<i>78,1%</i>	<i>74,7%</i>	<i>76,3%</i>
dont saisines du JI	299	211	163	156	185
dont poursuites correctionnelles	161	170	140	187	152
Citations directes	80	61	47	76	61
COPJ	54	69	52	80	55
CRPC	12	23	28	25	21

Source : SID-Cassiopée - Traitement DACG-PEPP ; unité de compte : affaires puis auteurs

## **II. La négociation judiciaire, gage de résultats**

Face à la relative impunité dont jouissent les délinquants d'affaires, la gauche socialiste française va fonder sa politique sur un programme de lutte accrue. Néanmoins, en dépit des obstacles rencontrés par l'autorité judiciaire dans la poursuite

et la répression de la délinquance d'affaires, elle va devoir faire face à des accusations de judiciarisation à outrance de la vie des affaires, ce qui serait nuisible pour l'économie nationale. Toujours dans l'optique de réguler les pratiques en matière commerciale, la thématique de la dépénalisation de la vie des affaires (A) va alors faire son apparition dans la vie publique, pour évoluer ensuite vers des processus de négociation (B) entre les personnes poursuivies et le ministère public, qui présentent de nombreux avantages (B).

### A. La dépénalisation de la vie des affaires

La dépénalisation de la vie des affaires s'est opérée de manière hésitante (1) et relativement restreinte en ce que ce mouvement n'a pas été étendue à la vie financière. Alors que ce retrait apparent a permis aux processus de justice négociée d'entrer progressivement dans la pratique, que ce soit en France ou aux États-Unis, le Procureur a vu son rôle s'accroître et, corrélativement, le juge décroître le sien (2).

#### 1. *La dépénalisation hésitante de la vie des affaires*

##### a. L'autonomisation théorique de la vie des affaires par rapport au droit pénal commun

L'aspect pénal du droit des affaires s'est progressivement dissocié du régime général criminel, mais pas de la même manière à Paris qu'à Washington. En France, le droit pénal des affaires s'est construit en trois étapes. Entre la seconde moitié du XIX<sup>ème</sup> siècle et la première du XX<sup>ème</sup> siècle s'ouvre l'enfance de cette discipline. Aucune infraction spécifique n'est prévue, bien que le Code pénal de 1810 réprime déjà la corruption. Différentes lois et décrets vont alors venir viser des actes particuliers, tenant en général à la vie de l'entreprise. Après 1945 s'ouvre une seconde période, qui va s'étendre jusqu'aux années 1980 en étant marquée du sceau d'un durcissement de la répression. Toutefois, l'idée que les sanctions prévues par l'arsenal législatif ne sont pas adaptées à la vie des affaires va se développer face à l'incapacité du système à faire face à ce phénomène. S'ouvre alors la dernière période, qui est celle de la dépénalisation de droit des affaires. Cela commence par toucher les infractions en matière de concurrence, qui se voient substituer des sanctions civiles et administratives. En 2008, le rapport Coulon<sup>49</sup> préconise une autonomisation du droit pénal des affaires, avec une forme de répression spécifique. Avec la loi Nouvelles Régulations Économiques de 2001<sup>50</sup>, l'accent est mis sur la régulation de ces comportements. A partir de 1994, puis 2004<sup>51</sup>, les évolutions législatives vont porter sur la responsabilité des personnes morales, ce qui va faire naître un besoin en termes d'adaptation des sanctions à l'entreprise elle-même.

---

<sup>49</sup> La dépénalisation de la vie des affaires, Groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, janvier 2008

<sup>50</sup> Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques

<sup>51</sup> Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1)

Aux États-Unis, la question de la dépénalisation du droit des affaires ne se pose pas de la même manière qu'en France en raison de l'ancrage du *plea bargaining* dans les pratiques. En effet, cette procédure existe depuis 1841 et recherche l'efficacité par le biais de la négociation. Sous l'angle de l'analyse économique du droit, et a fortiori appliquée au droit des affaires, ce système prend tout son sens. Cela est d'autant plus vrai que la justice négociée est ouverte à tous, et non pas seulement aux délinquants d'affaires, échappant dès lors à la critique selon laquelle la justice ne serait pas la même pour tous. Or, pour que le Procureur ait matière à négocier avec les cols blancs afin que les infractions à la législation soient sanctionnées et réparées par le biais des procédures de compliance, il faut que les faits litigieux revêtent une qualification pénale. Dès lors, la problématique de la dépénalisation de la vie des affaires américaine n'est pas soulevée en amont, c'est-à-dire au stade de la création d'incriminations, mais plutôt en aval, au stade de la répression, qui se négocie pour mener à des sanctions économiques plus que privatives de liberté, se rapprochant de cette manière des sanctions administratives introduites en France.

Malgré ces transformations au plan juridique et la conviction croissante des acteurs de la vie des affaires qu'une dépénalisation de la matière serait bénéfique pour tous et à tous points de vue, il convient de constater que cette conception n'a pas été étendue à la vie financière. Au-delà de limiter la perception par l'opinion publique d'une justice à deux vitesses, plus clémentine envers les cols blancs, cela peut s'expliquer par l'immoralité inhérente à la finance. La finance de marché est l'étude « marchés financiers, en particulier ce qui détermine les prix des actifs et la façon dont les investisseurs composent et gèrent leur portefeuille d'actifs (actions, obligations, produits dérivés, etc.).<sup>52</sup> » Or, par le biais de placements, qui sont plus ou moins risqués, la finance permet de faire fructifier un patrimoine, mais peut également le diminuer. Dès lors, cette discipline apparaît proprement immorale, là où les entreprises ont su se départir de cette conception à travers la notion de « raison d'être. » En ce sens, ainsi qu'en raison des enseignements tirés des crises financières et notamment celle de 2008, la finance semble appeler à un encadrement plus strict, et à un régime répressif dès lors que des fautes pénales sont commises.

#### b. Le renforcement pratique des sanctions

Si la vie des affaires semble s'être progressivement dépénalisée, ce mouvement apparaît comme étant toutefois limité. En effet, le législateur français s'est montré ouvert à la substitution d'incriminations pénales par des sanctions d'une autre nature, notamment administratives, et la justice américaine s'est montrée particulièrement favorable à la négociation de peines permettant aux personnes poursuivies d'échapper à la prison en versant d'importantes amendes. Si cette politique pénale se justifie compte tenu de l'importance du rôle joué par les personnes morales dans la commission des infractions d'affaires, et par la nécessité pour la société de son

---

<sup>52</sup> Définition proposée par Emmanuelle GABILLON, « FINANCE DE MARCHÉ - Théorie des marchés financiers », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 14 mai 2020.

ensemble de permettre la continuité des activités gérées par les entreprises, cette justification ne saurait nécessairement être étendue aux personnes physiques. A nouveau, la distinction entre le monde des affaires et celui de la finance est opérée par l'opinion publique, lassée de voir dans des affaires surmédiatisées les sommes astronomiques gagnées par des individus tels que le « loup de Wall Street, » surnom octroyé au courtier américain Jordan Belfort. Cette lassitude est illustrée, par exemple, par le mouvement « Occupy Wall Street » (Occupons Wall Street), qui s'est créé au cours de l'année 2011 et prend la forme de sit-ins devant la bourse de New York ainsi que d'annonces sur les réseaux sociaux. Ce dernier, qui s'est étendu à d'autres pays, vise à dénoncer les abus dans les pratiques propres au capitalisme financier, ce qui est symbolisé par le slogan « The one thing we all have in common is that we are the 99% (en) that will no longer tolerate the greed and corruption of the 1%<sup>53</sup> » (ce que nous avons tous en commun, c'est que nous sommes les 99% qui ne tolérerons plus l'avidité et la corruption des 1% restants). Dans la pratique, cela se traduit par la volonté de voir Wall Street en prison (Wall Street in jail), c'est-à-dire une attente de l'opinion publique de renforcer la politique pénale à l'égard des cols blancs, du moins issus de la vie financière.

Cette volonté de la société moraliser la vie des affaires comme financière transparaît également à l'égard des personnes morales, comme a pu le démontrer la condamnation de Total le 21 décembre 2018 par le tribunal correctionnel de Paris. Le groupe français était poursuivi dans le cadre de la signature de deux importants contrats gaziers en Iran, celui de South Pars en 1997 et celui des champs pétroliers de Sirri A et E en 1995. Ces derniers auraient été obtenus au moyen de la corruption d'un agent public étranger. De plus, entre 1995 et 2000, Total aurait versé au travers de contrats allégués de consulting divers pots-de-vin avoisinant un montant de 60 millions de dollars<sup>54</sup> par l'intermédiaire de Baston Limited, une société écran. Poursuivi aux États-Unis, Total avait passé en 2013 un accord avec le Department of Justice américain d'un montant de 398 millions de dollars. En France, l'enquête a été ouverte en 2006, mais uniquement pour les faits portant après 2000, date à laquelle la loi sur la corruption des agents publics étrangers<sup>55</sup> est entrée en vigueur. Malgré les contestations du chef de corruption par Total, dont les principaux protagonistes au moment des faits sont désormais décédés, le groupe a été condamné par le tribunal correctionnel de Paris à 500 000 euros d'amende. Si cette somme apparaît comme étant purement symbolique, elle est surtout révélatrice de la volonté de mettre fin aux mauvaises pratiques développées par les acteurs de la vie des affaires, et de ne pas laisser impunis des comportements illicites.

---

<sup>53</sup> Site internet d'Occupy Wall Street

<sup>54</sup> Selon « Total condamné à 500 000 euros d'amende pour corruption en Iran », *Le Monde*, Le Monde avec AFP, 21/12/2018

<sup>55</sup> LOI no 2000-595 du 30 juin 2000

## 2. *La réduction significative du rôle du juge en matière de justice pénale négociée*

### a. Le maintien du juge dans les processus de justice négociée pour des raisons de validité constitutionnelle

Opérant un parallèle avec le mouvement théorique de dépenalisation, le rôle du juge a également subi des mutations, notamment au sein des processus de justice négociée. A nouveau, il y a un décalage entre les missions prévues pour les magistrats et la réalité de la pratique, qui doit composer avec une multitude de contraintes et de facteurs distincts. La législation portant sur la CJIP française garantit au juge un rôle central, bien que les parties à la convention portant sur la peine négociée soient la personne poursuivie et le Procureur. Ainsi, l'article 41-2-1 du Code de procédure pénale française dispose qu'il revient au juge « de valider ou non la proposition de convention, » c'est-à-dire que cette dernière est soumise à une homologation de la part de l'autorité judiciaire. L'article énonce des critères sur lequel celle-ci doit se fonder pour valider ou rejeter le projet d'accord : « le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1° du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements. » En ce sens, le rôle du juge est presque didactique, il veille à la fois à l'opportunité et à la légalité de la procédure, ce qui peut aisément s'expliquer en raison du caractère tout à fait novateur de cette dernière. De plus, le juge contrebalance par son intervention l'absence de contradictoire propre aux processus de justice négociée, et peut de cette façon garantir une convention équilibrée. En effet, la personne morale poursuivie n'a pas réellement d'autre choix que d'accepter de recourir à une CJIP, car les conséquences d'une procédure pénale normale seraient pour elles bien plus dommageables tant au niveau de la gravité de la sanction qu'à celui de la publicité négative qu'elle engendre, et donc de nature à entraver la poursuite de son activité. Dès lors, la convention s'apparentant plus à un contrat d'adhésion qu'au résultat d'un accord de volontés, la personne morale poursuivie pourrait être tenue d'accepter des clauses excessives, sans possibilité de pouvoir les contester par la suite. Le juge, par le biais de l'homologation, octroyée ou refusée à la suite d'une audition de la société et de la victime, exerce une fonction de garde-fou et doit permettre d'éviter de telles clauses. Par ailleurs, au-delà du contrôle qu'il pourrait exercer, le simple fait de savoir qu'il peut refuser la convention doit amener le Procureur à faire preuve de modération dans les obligations qu'il souhaite imposer à la personne poursuivie.

Aux États-Unis, le rôle du juge diffère dans la mise en œuvre du deferred prosecution agreement. En effet, la CJIP, si elle est respectée, a pour conséquence de mettre fin aux poursuites. Le DPA, en revanche, ne permet que de les suspendre jusqu'à l'exécution complète des obligations incluses dans la convention. Ainsi, la procédure dépend de cette différence. Dès lors, c'est le Procureur qui va être à l'initiative du DPA, et non le juge comme c'est le cas pour la CJIP (bien que l'accord en lui-même soit proposé par le Procureur de la République). De plus, le juge n'intervient pas dans le processus de négociation, et ne contrôle ni la légalité ni

l'opportunité du recours à la justice négociée, ce qui n'est nullement surprenant compte tenu de la longue tradition américaine de *plea bargaining*. Néanmoins, le juge n'est pas totalement absent de la procédure. Ainsi, le Speedy Trial Act de 1974 précise que le Procureur, qui contrairement à son homologue français n'est pas un magistrat, ne peut différer les poursuites que sur autorisation du tribunal. De plus, le juge est également chargé de valider l'accord, et il pourrait en principe refuser de le faire. Néanmoins, cela n'a jamais été le cas jusqu'à ce jour, à tel point qu'il est qualifié de *rubber stamp judge*, c'est-à-dire un magistrat jouissant d'un important pouvoir en théorie mais n'exerçant en pratique aucun contrôle.

La procédure française de la CJIP a été calquée sur la procédure américaine du DPA, mais le rôle du juge constitue l'une des principales adaptations. Cela se justifie notamment pour des raisons de conformité constitutionnelle, puisque le Conseil constitutionnel avait jugé en 1995 que l'injonction pénale ne l'était pas, au motif que la possibilité pour le Procureur de prononcer des mesures assimilables à des sanctions pénales n'était valable qu'à condition que soit intervenue « la décision d'une autorité de jugement conformément aux exigences constitutionnelles<sup>56</sup>. » En ce sens, le maintien en France du juge à une place centrale prend tout son sens, au risque pourtant de n'avoir qu'un rôle théorique, possiblement même moindre que le juge américain.

#### b. Un contrôle de surface du contenu de l'accord transactionnel

La France comme les États-Unis ont fait le choix de conserver la place du juge dans les processus de justice négociée, bien qu'à des proportions différentes, par le biais de la procédure de validation de l'accord entre le Ministère Public et la personne poursuivie. Pour autant, il convient de s'interroger sur la réalité du contrôle exercé par le juge. Ainsi, pour certains, il s'agirait en réalité d'un simple contrôle de surface, le rôle du juge relevant surtout d'une « mission de constat et d'approbation<sup>57</sup>. » Le Président du Tribunal de Grande Instance (désormais du tribunal judiciaire) ne vérifierait, dans la pratique, que le fait que la société poursuivie ait bien reconnu les faits qui lui sont reprochés, et que les mesures négociées seront à même d'éviter toute réitération future du comportement litigieux. Ce constat est fondé sur l'étude des ordonnances de validation rendues par le juge, qui reposent sur des motivations stéréotypées et très succinctes. Cela peut s'expliquer par les dispositions de l'article R. 14-33-60-4 du Code de procédure pénale, selon lequel le juge rend sa décision « à l'issue de l'audience » et non comme il aurait pu être attendu une mise en délibéré. « Ce procédé est étonnant puisque l'on peut penser que les éléments qu'il a à contrôler ainsi que les enjeux et obligations de la convention qu'il s'apprête à valider nécessitent un certain temps de réflexion qui fait a priori défaut<sup>58</sup>. »

---

<sup>56</sup> Cons. const., déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995 : JO 7 févr. 1995, p. 2097.

<sup>57</sup> La Convention Judiciaire D'intérêt Public, Une Contractualisation Du Droit Pénal, Shalabi Ibrahim et Ranim Kamel, 9/01/2020

<sup>58</sup> Les (im)précisions du décret relatif à la convention judiciaire d'intérêt public, August Debouzy, 09/05/2017

Une autre explication réside dans le fait que le juge intervienne en dernier, après le Procureur National Financier mais aussi après les acteurs experts en la matière, qu'il s'agisse de spécialistes ou d'Autorités Administratives Indépendantes. Ce sont ces derniers qui ont mené les négociations (du moins en théorie, la convention étant supposée être un accord contractuel), et qui sont à même de déterminer les mesures les plus adaptées à la personne morale afin de prévenir toute récidive. Par ailleurs, cette critique peut être renforcée par le fait que la décision du juge n'est pas susceptible de faire l'objet d'un appel, ce qui se justifie difficilement dans la mesure où il est censé contrôler l'opportunité, le déroulé et le caractère adapté de la procédure, c'est-à-dire des notions dont l'appréciation pourrait légitimement faire l'objet de réclamations par les parties.

Au contraire, aux États-Unis, la validation par le juge d'un DPA passe par une étude préalable des faits, de la procédure et des négociations. Ces éléments apparaissent dans la décision de validation (ou, en théorie, de rejet) du juge. La longueur ainsi que la précision de cette dernière suivent classiquement le modèle américain, qui veut que les jugements soient détaillés et incluent le raisonnement juridique de la majorité mais aussi des juges dissidents (opinions dissidentes). Au-delà du respect de la tradition, ces décisions reflètent un véritable contrôle de fond de l'accord négocié. Néanmoins, il n'intervient qu'a posteriori et, s'il n'est plus étranger à la procédure, il n'a comme l'a montré la pratique plus qu'à valider l'accord auquel il n'a pas participé. C'est pourquoi certains estiment que « le rééquilibrage du DPA au profit du juge est probablement souhaitable<sup>59</sup>, » c'est-à-dire au cours de la négociation de la convention.

Le rôle du juge en France comme aux États-Unis a donc été diminué au sein des procédures de justice négociée, ce qui distingue fortement ces dernières des procédures pénales ordinaires. Pour autant, ces changements ne sont pas en contradiction avec le renforcement pratique des sanctions prononcées, car ils sont limités aux procédures de justice négociées et surtout ils ne sont pas synonymes d'une absence de sanction, bien au contraire.

## B. Les avantages des processus de négociations en matière pénale des affaires

Malgré la révision pratique du rôle du juge dans les processus de justice négociée, le DPA américain comme la CJIP française présentent des avantages certains, justifiant le recours croissant à leur utilisation. En effet, ces procédures sont particulièrement adaptées aux effets recherchés par le Ministère Public (1), mais aussi à ceux recherchés par la société poursuivie puisqu'elles sont orientées vers la poursuite de son activité économique (2).

---

<sup>59</sup> « Le Deferred Prosecution Agreement Américain, Une Forme Inédite De Justice Négociée : Punir, Surveiller, Prévenir? », *La Semaine Juridique - Édition Générale* - N° 13 - 25 Mars 2013 Astrid Mignon Colombet François Buthiau

## 1. Des procédures adaptées aux effets recherchés par le Ministère Public

### a. La prise en compte de la temporalité de la vie des affaires

Les processus de négociation en matière de droit pénal des affaires viennent répondre aux difficultés soulevées par la nature même de l'infraction. Précisément parce qu'elle résulte d'un accord, cette procédure va tant en France qu'aux États-Unis bénéficier à toutes les parties en présence, à savoir le Ministère public et la personne morale poursuivie. Si ces avantages apparaissent à plusieurs étapes et divers points de vue de la procédure, le trait caractéristique majeur de la justice négociée est sans doute la temporalité qu'elle adopte. En effet, la procédure pénale classique a un calendrier qui lui est propre, presque déconnecté de la réalité, où des personnes peuvent être jugées des années après la commission des faits qui leur sont reprochés. Ainsi, en France, les procédures pénales ayant abouti à un jugement ont en moyenne une durée comprise entre 2 jours (en cas de comparution immédiate) et 43 mois (en cas d'instruction)<sup>60</sup>. Lorsque c'est une personne morale qui est poursuivie, ces délais peuvent être encore allongés, la nature même de l'entreprise exigeant des mesures d'enquêtes portant sur les activités de chaque personne physique ayant potentiellement participé à la commission de l'infraction, certaines n'y étant plus en fonctions voire étant comme c'était le cas dans l'affaire Total décédées. Pour autant qu'ils alimentent les critiques sur la lenteur de la justice, ces délais importants sont justifiés par la nécessité de rechercher la vérité. En effet, c'est de celle-ci que dépend une possible condamnation au pénal, qui entraîne d'importantes conséquences pour la personne sanctionnée, que ce soit une personne morale ou physique. Néanmoins, ces nécessités contrastent avec la temporalité de la vie des affaires, dont le propre est justement la rapidité, la capacité à être dans l'instant, à plus forte raison avec le développement des possibilités de commande et de paiement instantanés. Dès lors, les dommages qu'une procédure pénale peuvent causer à une société sont importants, indépendamment de son issue, en ce qu'ils vont ternir son image, ralentir son fonctionnement, attirer la méfiance des investisseurs et des clients, etc.

Les processus de justice négociée permettent de contourner ces obstacles, et se révèlent en ce sens particulièrement compatibles avec le rythme de la vie des affaires. En effet, la recherche de preuves incombe en procédure pénale au Ministère Public, vont fonder ses poursuites voire justifier une éventuelle condamnation. Mais dès lors que dans le cadre d'une CJIP ou d'un DPA, la personne poursuivie reconnaît d'elle-même les faits afin de pouvoir transiger avec le Procureur, ce dernier n'a plus besoin de rechercher de preuves. Il va pouvoir négocier une peine directement, ce qui va considérablement simplifier sa tâche. Corrélativement, l'entreprise y trouve son compte. En effet, elle ne subit pas de procédure intrusive, qui pourrait éventuellement

---

<sup>60</sup> Selon « Durée de traitement des affaires pénales : baisse confirmée en 2018, » Vie Publique, 7/10/2019

mener à la découverte d'autres infractions, et perd le moins de temps possible de manière à ce que la continuité de son activité ne soit pas entravée.

Par ailleurs, il convient de souligner que ce gain mutuel de temps et d'efforts n'est que temporaire, car si la CJIP ou le DPA venaient à échouer au niveau des négociations, de sa validation par le juge ou de sa mise en œuvre, le Procureur est libre d'engager une procédure pénale classique. Cela signifie que les mesures d'enquête justifiées par la nécessité de la recherche de preuve seraient mises en œuvre au plus vite, avec toutes les lourdeurs propres à cette procédure, avec de surcroît les désavantages liés à l'écoulement du temps et à la disparition progressive des éléments imputant la commission de l'infraction à la personne poursuivie. Dès lors, tant la société que le Ministère Public sont incités à se mettre d'accord et à se tenir aux obligations contractées, afin d'éviter le retour à une procédure pénale classique. Pour le Professeur Frédéric Gros, la volonté des entreprises de transiger avec les autorités de poursuite découle non pas de la volonté d'éviter les aléas d'un procès traditionnel, mais plutôt de son rythme : « accepter d'être poursuivie devant des tribunaux américains, c'est pour elle[s] entrer dans une temporalité incompatible avec la poursuite des affaires<sup>61</sup>. »

#### b. La négociation d'une peine pécuniaire

Si, pour le Ministère Public, transiger avec la personne morale poursuivie est gage de célérité dans la mesure où il n'a pas à rechercher de preuves, cela l'est aussi de résultat. En effet, la société représentée par le Procureur ne peut être à l'avance certaine de la décision des juges. Elle ne peut avoir la certitude que les preuves rapportées emporteront la conviction du juge que la personne poursuivie est bien l'auteur de l'infraction. De plus, quand bien même ce serait le cas, les magistrats ne sont nullement tenus de suivre les réquisitions du Ministère Public, et prononcent des peines adaptées et personnalisées, qui peuvent paraître insuffisante à ce dernier. En revanche, avec une peine négociée, le Procureur peut avoir d'une part la certitude que la personne poursuivie reconnaîtra les faits qui lui seront reprochés, et donc en ce sens qu'il ne rencontrera pas l'obstacle de l'insuffisance des preuves rapportées, et d'autre part qu'une condamnation sera prononcée. Or, précisément parce que c'est lui qui négocie (en réalité, impose, ainsi que nous l'avons évoqué à propos de la convention passée entre la personne poursuivie et le Procureur, qui se rapproche plutôt du contrat d'adhésion) la peine, le Ministère Public a la certitude qu'il sera satisfait. Enfin, la validation du procédé par le juge, en France comme aux États-Unis, satisfait les exigences constitutionnelles<sup>62</sup> et donne une assise et une légitimité certaines à l'accord, contenant la peine, proposé par le Procureur.

Au demeurant, la sanction négociée sert entièrement les intérêts de la société. En effet, elle est très majoritairement pécuniaire, et va donc en ce sens enrichir les caisses

---

<sup>61</sup> Gros Frédéric, « Coopérer contre soi-même », dans : Antoine Garapon éd., Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 173-186. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0173.

<sup>62</sup> Voir note de bas de page numéro 55

du Trésor public. Elle va également s'opposer aux peines d'emprisonnement, qui au contraire sont coûteuses pour l'Etat et mobilisent des moyens qui ne sont pas toujours disponibles, ainsi que l'illustre l'enjeu de la surpopulation carcérale auquel la France fait face. Paris a ainsi été condamné par la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) dans un arrêt J. M. B. et autres contre France du 30 janvier 2020<sup>63</sup> pour traitements inhumains et dégradants en raison des conditions de détention en vigueur dans les prisons. Les peines pécuniaires négociées permettent d'apporter un début de solution à ce problème structurel, tout en possédant également une dimension dissuasive. En effet, les infractions commises au sein ou à travers de personnes morales ont très majoritairement, si ce n'est exclusivement, vocation à créer du profit de manière directe ou indirecte, ce qui n'aurait pas été possible sans enfreindre la législation applicable. Or, en imposant une amende prenant en compte à la fois le montant équivalent au produit de l'infraction, et celui additionnel de la sanction économique, la personne morale comme les personnes physiques ayant permis la commission de l'infraction se retrouvent dans une situation moins bonne que si la loi n'avait pas été violée. En plus d'être au cœur d'une procédure pénale, qu'elle soit classique ou négociée, elles ont pris des risques et possèdent moins qu'au départ. Par ailleurs, la condamnation d'une personne morale à une peine d'emprisonnement se traduisant de toutes manières par le versement d'une amende particulièrement élevée, la négociation de la sanction apparaît comme bénéfique en termes de temps et de moyens. Par ailleurs, aux États-Unis uniquement, le DPA peut prendre en compte les intérêts des victimes, en prévoyant la réparation de leur dommage ainsi qu'une compensation, le tout dans des proportions plus importantes et des délais plus réduits que ceux qui sont propres aux procédures civiles traditionnelles.

Enfin, ces confiscations et sanctions sont dans le cadre de la CJIP comme du DPA accompagnées de procédures obligatoires de mise en conformité avec les normes en vigueur, de manière à assainir l'entreprise et à prévenir toute récidive. Dès lors, tous les effets recherchés par le Procureur qui incarne la société (rétablir, punir, prévenir) sont caractérisés, mais plus vite et avec une certaine garantie que ces résultats seront atteints. En ce sens, le Ministère Public a tout intérêt à transiger par le biais de la justice négociée avec les personnes qu'il poursuit pour des infractions à la législation des affaires.

## *2. Des procédures adaptées à la poursuite de l'activité par la personne morale*

### *a. La mise en conformité privilégiée par rapport à la répression*

L'esprit sur lequel reposent les processus de justice négociée ne s'inscrit pas tant dans une logique de répression que de réparation et d'assainissement. Le DPA américain comme la CJIP française permettent à l'entreprise poursuivie de se tourner vers l'avenir dès les débuts de la procédure, sans pour autant fermer les yeux sur le passé. En effet, par le biais de la sanction sous forme d'amende, l'entreprise solde ses

---

<sup>63</sup> CEDH, Cour (Cinquième Section), 30 janv. 2020, n° 9671/15 et autres.

comptes avec les victimes de l'infraction et la société. Pour autant, l'intérêt des peines négociées réside dans le concours de la personne morale à sa mise en conformité, sans lequel ce processus ne pourrait être qu'incomplet. Or, pour que celle-ci accepte de mettre en œuvre les changements nécessaires pour assainir ses pratiques d'abord puis éviter la récidive ensuite, et s'investisse pleinement dans ces transformations, elle doit en retirer des bénéfices. Autrement dit, bien que la CJIP et le DPA possèdent sans aucun doute un caractère contraignant, en ce sens que l'entreprise n'a pas tellement d'autre choix que d'accepter ces accords afin d'éviter une procédure pénale classique, elle a indubitablement un intérêt propre à y recourir.

L'avantage majeur pour la personne morale à recourir à un processus de justice négociée réside dans le fait que ceux-ci n'impliquent aucune déclaration de culpabilité, ce qui se traduit par l'absence d'inscription d'une mention au casier judiciaire de la personne morale. De plus, elle bénéficie d'une soupape de sécurité car aucune peine complémentaire d'exclusion de marchés publics ne peut être prononcée à son encontre. C'est pour elle une garantie non négligeable, qui confirme une fois de plus la volonté derrière la justice négociée de permettre à l'entreprise de poursuivre son activité. Cependant, il convient de souligner ici que ces avantages sont propres à la CJIP française, et ne sont absolument pas transposables en droit américain. En effet, la mise en œuvre d'un DPA conduit nécessairement les entreprises poursuivies à reconnaître leur culpabilité, y compris parfois pour des infractions qu'elles n'ont pas commises.

De plus, en négociant une CJIP, la personne morale conserve un certain contrôle sur la peine qui va lui être infligée, en ce sens que certaines sanctions ne peuvent être prévues dans l'accord, elles qu'elles auraient été encourues dans le cadre d'une procédure correctionnelle classique. Il s'agit notamment de la confiscation du produit ou de l'objet de l'infraction, qui en matière d'infractions d'atteinte à la probité peut s'avérer particulièrement élevé (montant du marché obtenu, confiscation de tous les biens dont la personne a la libre disposition, etc) ; l'interdiction d'exercer certaines activités ; la fermeture d'un ou plusieurs établissements ; l'exclusion des marchés publics ou encore l'interdiction d'émettre pour proposer au public ou de faire admettre des titres financiers pour négociations sur les marchés réglementés<sup>64</sup>. Le DPA américain ne connaît pas ces exceptions, en ce sens que le Procureur ne connaît pas de limite dans l'accord qu'il peut proposer à la personne morale. Néanmoins, elles existent dans la pratique, puisque les premières mesures négociées portent sur de potentielles exclusions des marchés publics, de certaines activités ou de certaines positions géographiques.

En outre, les entreprises signataires d'une CJIP ou d'un DPA jouissent d'une certaine discrétion, car les poursuites, les négociations de l'accord et son exécution ne sont pas exposées au regard du public par le biais de la presse. En ce qui concerne la CJIP, elle est seulement publiée sur le site de l'Agence Française Anti-corruption. De plus, contrairement à ce qui aurait été le cas avec un procès pénal, l'affaire en

---

<sup>64</sup> *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public*, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

cours n'est pas médiatisée, ce qui serait de nature à nuire à la réputation de l'entreprise et donc à avoir un effet négatif sur son activité.

Enfin, en acceptant une CJIP ou un DPA, les personnes morales poursuivies économisent les frais d'un procès, qui peut se révéler particulièrement coûteux en frais de procédure et en honoraires d'avocats, et ce indépendamment du montant de l'amende à verser par la suite. Or, ces dépenses cumulées peuvent être très importantes, et tout particulièrement aux États-Unis où seul un nombre réduit d'affaires sont jugées en raison du coût onéreux de la justice. En effet, le *plea bargaining* ou les transactions avec les victimes au civil permettent aux deux parties d'éviter ces frais tout en obtenant satisfaction. Dès lors, une fois de plus, lorsque l'entreprise a commis les faits qui lui sont reprochés, ou du moins que de nombreuses preuves permettent d'emporter la conviction du juge, elle a tout intérêt à économiser ces frais de justice et transiger avec le Procureur.

Toutes ces avantages permettent donc la poursuite de l'activité de l'entreprise, en protégeant son image et en veillant à ne pas la ruiner afin qu'elle puisse se redresser après la CJIP ou le DPA. Ce faisant, ces procédures garantissent une certaine égalité entre différentes entreprises, car les plus petites et même moyennes structures peuvent être endommagées au point de ne pas pouvoir se relever si leur image est trop gravement atteinte, ou que des frais de justice trop importants ont été dépensés. Au contraire, les entités les plus importantes n'auraient aucun mal à créer une campagne de communication contraire pour effacer cette mauvaise perception de la marque, ou à restructurer son mode de fonctionnement, etc. En évitant à toutes les sociétés ces travers, les processus de justice négociée en France et aux États-Unis garantissent une place sur le marché aux sociétés de toute taille et évitent l'installation monopolistique des plus grandes enseignes.

#### b. La remédiation morale : vers un assainissement de la culture d'entreprise

Les entreprises poursuivies pour une infraction d'atteinte à la probité peuvent mettre fin aux poursuites en France au moyen d'une CJIP, les suspendre aux États-Unis par le biais d'un DPA, lorsque ces processus leurs sont proposés par le Procureur. En échange, elles doivent s'acquitter d'une amende, réparer le dommage des victimes ayant pu être identifiées et, ce qui fait l'originalité de ces procédures, solidifier leur dispositif anticorruption. Cette dernière obligation prend la forme d'un programme de mise en conformité pour la CJIP, ou de compliance pour le DPA, qui vise dans les deux cas à accompagner de manière plus ou moins contraignante la personne morale vers le respect des normes en vigueur et des pratiques plus saines. A défaut, la société sait que l'accord n'aurait pas été respecté, et qu'elle s'expose ainsi à une procédure pénale classique sans les garanties que lui conférait la négociation de la peine.

Prévu par l'article 131-39-2 du Code pénal, le programme français de mise en conformité imposé à l'entreprise est mis en œuvre par l'Agence Française Anti-Corruption (AFA), qui est tenue d'informer régulièrement le Procureur de la République de son déroulé et des progrès accomplis en conformité avec les termes de l'accord.

Cet accompagnement ne peut excéder trois ans, ce qui signifie que tant la société que le Ministère Public et l'AFA voient leurs possibilités d'actions enfermées dans des délais, au risque de créer un décalage entre ce que l'entreprise peut accomplir et ce que l'autorité judiciaire exige d'elle, ou de ne pas pouvoir achever la mise en conformité de la société. Dès lors, ces contraintes peuvent amplifier pour les salariés les sentiments d'immixtion dans la gestion de la personne morale, de contrainte et de surveillance prolongée, malgré la prise en charge de ces fonctions par une autorité administrative indépendante.

Aux États-Unis, c'est un système semblable qui est aujourd'hui en vigueur. Ainsi, c'est un moniteur indépendant qui est en charge du programme de compliance. Il l'est à l'égard de l'autorité judiciaire, qui ne peut lui donner d'instructions, ainsi qu'à l'égard de l'entreprise, à qui il adresse des recommandations contraignantes. Néanmoins, Maîtres Astrid Mignon Colombet et François Buthiau<sup>65</sup> le décrivent comme étant une sorte de préposé du Procureur, ce qui se justifie par le fait que ce dernier peut en fonction de son appréciation de l'avancée des mesures de compliance prolonger ou raccourcir les délais accordés à l'entreprise pour mener les transformations requises. Au contraire, pour Maîtres Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen<sup>66</sup>, ce tiers inspirerait confiance, qui facilite les changements en cours et corrélativement le respect du DPA. Cette différence de perception tient ici à la gravité des atteintes à la probité aux États-Unis, qui sont sévèrement réprimées. Si cette politique pénale ne semble pas choquante au regard des personnes physiques, elle peut avoir des conséquences perverses au niveau des personnes morales. En effet, dans une procédure pénale classique, le montant de l'amende imposée par un juge à la société auteur des faits pourrait se révéler faramineux, au point qu'elle ferait faillite, ce qui engendrerait une perte plus ou moins importante d'emplois en fonction de sa taille. Or, par le biais des processus de justice négociée, ces effets indésirables peuvent être évités, mais à la condition que les modifications opérées au sein de l'entreprise soient réelles et profondes, de sorte que les pratiques dénoncées ne se reproduisent pas. Dès lors, « il ne s'agit nullement d'une atteinte arbitraire à la liberté de gestion mais d'une seconde chance donnée à une entreprise<sup>67</sup>. »

Plus concrètement, les programmes de mise en conformité en France et de compliance aux États-Unis se traduisent par diverses mesures. Il s'agit notamment de la création d'un code de conduite propre à l'entreprise où les comportements susceptibles d'emporter la qualification d'atteinte à la probité sont explicitement prohibés, le renforcement des procédures de contrôle avec notamment la possibilité pour les salariés de dénoncer en interne certaines pratiques, des procédures d'évaluation, des procédures de contrôle internes et externes, des formations adaptées pour les cadres et salariés, des procédures disciplinaires en cas de non-respect des mesures prescrites et du code de conduite de l'entreprise par les personnes physiques la composant, etc. Les frais engendrés par ces programmes sont

---

<sup>65</sup> Voir note de bas de page numéro 59

<sup>66</sup> Le Deferred Prosecution Agreement Américain, La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 38 - 16 Septembre 2013, Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen

<sup>67</sup> Voir note de bas de page numéro 65

mis à la charge de la personne morale poursuivie, ce qui la force à participer moralement comme économiquement à l'assainissement de sa culture d'entreprise.

Ainsi que l'affirme Etienne Vergès, avec les processus de justice négociée, « la réponse pénale n'est pas simplement constituée par une sanction pénale, mais elle devient également une modalité de retour à la conformité<sup>68</sup>. » En ce sens, il montre que les programmes de suivi inhérents à la CJIP et au DPA n'ont pas seulement pour but d'empêcher la réitération de l'infraction, mais bel et bien d'assainir la culture d'entreprise. En effet, si la législation pénale des affaires a pu être enfreinte, c'est que l'organisation de la société était telle qu'elle l'a facilité ou du moins permis, avec le concours ou le soutien des personnes physiques la composant. Cela signifie donc que le fonctionnement de la personne morale est défaillant, reposant sur des pratiques contraires à la probité pour se maintenir sur le marché, mais aussi que son dispositif anticorruption est défectueux.

### c. La recherche du montant optimal de la sanction

La question du montant de la sanction qui va être infligée à l'entreprise, et que celle-ci théoriquement négocie avec le Procureur, revêt une importance particulière. En effet, celle-ci ne vise nullement à réparer les dommages de l'infraction, car ce n'est pas là le propre d'une sanction. Dès lors, comme c'est le cas pour d'autres formes de mesures répressives, l'amende va dans le cas de la CJIP comme du DPA embrasser différentes fonctions, et notamment celles de rétribution et de dissuasion. Dans cette optique, il convient de parvenir à identifier un montant optimal, c'est-à-dire qui soit suffisamment élevé pour que ces objectifs soient atteints et que la personne morale adopte des pratiques conformes à la législation pénale des affaires, mais sans toutefois dépasser le seuil au-delà duquel la poursuite de son activité serait compromise. Dès lors, il apparaît de manière évidente que la peine doit conformément aux principes de procédure pénale être personnalisée, et donc va varier en fonction de la gravité des faits reprochés à la personne morale ainsi que de sa taille, puisqu'un montant peut se révéler excessivement important pour une entreprise de petit format mais dérisoire ou du moins nettement insuffisant pour une société plus imposante. Pour autant, la détermination de cette somme n'exclut pas la prononciation de montants symboliques, comme cela a été le cas dans l'affaire Total en 2018. Le recours à cette pratique permet d'apaiser une situation née dans un passé relativement éloigné mais dont les effets sont toujours présents, tout en évitant que la société auteur de faits jouissent d'une certaine impunité.

Le DPA américain ne connaît pas de limite au sujet du montant des amendes négociées, que ce soit à la hausse ou à la baisse. « Une fourchette indicative des sanctions judiciaires est calculée en préalable à tout accord. Selon les lignes directrices établies par la Sentencing Commission fédérale, cette fourchette s'établit à partir d'un niveau d'infraction chiffré, associé à un coefficient multiplicateur inhérent à

---

<sup>68</sup> Vergès Etienne, « Procédure pénale », Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2017/3 (N° 3), p. 579-586. DOI : 10.3917/rsc.1703.0579.

la culpabilité ; cette arithmétique aboutissant à une fourchette plus ou moins étendue.<sup>69</sup> » Au contraire, avec la CJIP française, le montant de l'amende ne peut excéder 30% du chiffre d'affaire moyen annuel de l'entreprise, qui se calcule au moyen des trois derniers chiffres d'affaires annuel connus à la date de la proposition d'accord. L'amende va ensuite varier à la hausse ou à la baisse en fonction de facteurs aggravants (récidive, dissimulation, corruption d'agent public, etc.) ou minorants (c'est-à-dire, essentiellement, la capacité de l'entreprise à coopérer avec les autorités). Néanmoins, le montant de la sanction ne peut être inférieur au montant équivalent au profit retiré par l'entreprise de l'infraction, ce qui dans les faits revient à restituer sous une autre appellation ce dernier, alors précisément que la CJIP devait permettre de l'éviter. Cela a par exemple été le cas avec l'accord signé avec la Bank of China le 15 janvier 2020, puisque le profit de l'infraction, en l'espèce du blanchiment d'argent, était estimé à 1.577.379 euros, mais le Parquet de Paris a exigé le versement supplémentaire de 1.422.621 euros eu égard au rôle joué par les banques dans le réseau en cause, ainsi que l'accroissement de la lutte contre la délinquance d'affaires. En ce sens, cette pratique peut sembler troublante, affichant un manque de cohérence juridique et mélangeant les fonctions de sanction d'un côté et de restitution de l'autre. De surcroît, elle conduit l'entreprise à finalement rendre ces sommes, en payant parfois un coût supplémentaire mais limité, et à s'affranchir de toute poursuite pénale. Dévoilée par la presse, l'amende va sembler satisfaisante pour l'opinion publique, alors qu'elle correspond notamment à la restitution des sommes illicitement gagnées. Par ailleurs, le cas où le profit de l'infraction serait supérieur à 30% du chiffre d'affaires annuel moyen de l'entreprise n'est pas envisagé par le législateur.

Comme il a été évoqué précédemment, la recherche de cet équilibre, au sein de procédures rapides et négociées, font de la CJIP et du DPA des outils particulièrement adaptés à la vie des affaires. La prise en compte du montant de la sanction qui serait optimal en fonction de chaque entreprise renforce cette conception. En effet, elle participe à la prévisibilité du droit, en ce sens qu'il est possible pour les entreprises d'évaluer le quantum des peines qui risquerait de leur être appliquées, favorisant ainsi une analyse économique du droit. A nouveau, la personne morale adopte une attitude semblable à celle des délinquants de droit commun, qui selon la théorie des choix rationnels vont évaluer les risques et les bénéfices potentiels liés à l'infraction. Comme eux, la société gérée par des personnes physiques est un agent rationnel, qui pèse le pour et le contre avant d'agir, et qui se livre à des calculs. Or, contrairement à une décision classique de justice, où le montant de l'amende serait difficilement prévisible, les processus de négociation de peine permettent une certaine visibilité et permettent dans une certaine mesure à l'entreprise de savoir dans quelle mesure elle s'expose à des sanctions. Une fois de plus, la CJIP française comme le DPA américain apparaissent comme des procédés avantageux et surtout attractifs pour les personnes morales, dans un environnement réglé sur les rythmes et les besoins des marchés financiers.

---

<sup>69</sup> d'Avout Louis, « Sanctions négociées La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », *Droits*, 2016/2 (n° 64), p. 73-96. DOI : 10.3917/droit.064.0073.



Les processus de justice négocié en matière pénale des affaires, que ce soit en France ou aux États-Unis, s'inscrivent dans la lignée de la logique propre aux marchés financiers. Elles sont rapides, discrètes, assorties de peu d'exigences formelles, et garantissent que chacun y trouve son compte : la société et les victimes potentielles par le biais des fruits de l'amende, des mesures de réparation imposées et de la mise en conformité imposée à l'entreprise ; la personne morale poursuivie car elle peut aisément poursuivre son activité sans entacher sa réputation ; et les acteurs de la justice, notamment le Procureur, qui voit sa tâche allégée et simplifiée par le défaut de recherche de preuve tout en ayant la certitude qu'une condamnation est prononcée.

Par la suite, la société condamnée assainit ses pratiques et rentre dans le moule de la législation pénale des affaires. Autrement dit, après s'être acquitté du montant théoriquement négocié avec le Procureur et validé par l'autorité judiciaire, la personne morale continue d'exercer ses activités sur le marché comme s'il ne s'était rien passé, puisque la CJIP n'emporte même pas d'inscription au casier judiciaire. Tout se passe comme si, en matière pénale des affaires, la cessation en France, la suspension aux États-Unis des poursuites pouvait être monnayée, ce qui peut paraître un peu troublant. Il convient à cet égard de souligner que cette prérogative particulière ne se justifie pas eu égard à la nature fictive de la personne morale, ainsi que le montre le DPA américain qui peut, lui, être étendu aux personnes physiques. Dès lors, cette justification tient plus à la matière concernée, à savoir les infractions lors de la conduite d'activités commerciales, ce qui peut conférer à l'ensemble de ces processus une coloration immorale.

Pourtant, pour Yves Chaput, « si l'affirmation symbolique demeure : « la justice n'a pas de prix » c'est qu'elle consacre la prééminence éthique du droit sur une conception mécaniste et matérialiste du marché<sup>70</sup>. » Dès lors, se dessine une opposition entre les impératifs de la justice pénale et les exigences propres aux marchés, qui semblent prendre le pas sur les premiers en imposant leur temporalité. Yves Chaput considère que la réponse se trouve dans les coûts qu'engendre l'exercice de la justice pénale, et que le contraste à première vue apparent se concilie avec les exigences de la réalité : « à l'idéal normatif se juxtapose sa 'rentabilité'<sup>71</sup> ». De fait, les objectifs poursuivis par les autorités judiciaires apparaissent tout à fait compatibles avec les exigences du marché en matière pénale des affaires, et emprunte d'ailleurs à cette discipline sa caractéristique première puisque les accords que sont la CJIP et le DPA profitent aux deux parties. Pour autant, cette immixtion des affaires dans le fonctionnement de la justice peut soulever des interrogations, notamment quant au respect des garanties fondamentales du procès pénal.

---

<sup>70</sup> Chaput Yves, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », Pouvoirs, 2009/1 (n° 128), p. 87-102. DOI : 10.3917/pouv.128.0087.

<sup>71</sup> Voir note de bas de page numéro 63



## **Partie II : La place des principes directeurs du procès pénal en matière de négociation**

<b>I. La contractualisation du droit pénal des affaires</b> .....	<b>61</b>
A. Le contrat comme instrument de sanction .....	61
1. L'introduction en droit pénal d'un instrument issu du droit des obligations 61	
a. La rédaction d'un contrat non négocié.....	61
b. La prise en compte de l'intérêt de la victime.....	64
2. Le risque de « sursis monnayé ».....	65
a. Les conséquences de l'exécution de l'accord sur l'action publique .....	65
b. Les conséquences de l'inexécution de l'accord sur l'action publique .....	66
B. La place de l'intérêt public dans les processus de négociation en droit pénal des affaires.....	67
1. Les bénéfices de la justice pénale négociée pour la société .....	68
a. Les modalités de mise en œuvre de la justice pénale négociée .....	68
b. La détection des failles dans les procédures de surveillance en amont et en aval.....	69
2. Le développement de la pratique du monitoring, outil de surveillance au service des pouvoirs publics.....	72
a. Aux États-Unis : des recommandations réfutables à certaines conditions 72	
b. En France : des recommandations obligatoires .....	73
<b>II. Vers un recul des droits fondamentaux</b> .....	<b>74</b>
A. Le caractère obligatoire de la coopération .....	74
1. La violation du droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer.....	75
a. Le droit de ne pas s'auto-incriminer et ses corollaires.....	75
b. La révélation des faits, critère officieux de la clémence du Ministère public français et américain.....	76
2. Les conséquences d'un refus de coopérer pour la personne poursuivie.....	77
a. La reconnaissance forcée par la personne morale des faits qui lui sont reprochés.....	77

b.	Les risques de durcissement des sanctions suite au refus de coopérer..	78
B.	Les processus de négociation en droit pénal des affaires au regard de non bis in idem .....	79
1.	La soumission des accords transactionnels à non bis in idem .....	79
a.	Le principe de non bis in idem .....	79
b.	L'accord transactionnel, une décision de justice définitive ? .....	82
2.	Le statut d'un accord issu d'un processus de justice négociée en matière pénale.....	83
a.	Le lieu de l'élaboration de l'accord transactionnel, critère de sa reconnaissance à l'étranger.....	83
b.	Le cas d'Airbus, exemple de coordination internationale de justice négociée .....	85

Les processus de justice négociée, en particulier leurs formes spécialisées en matière pénale des affaires, la CJIP et le DPA, apparaissent comme la solution idéale à un fléau international en ce sens qu'il satisfait tous les acteurs en présence au moyen d'un simple accord. Ce faisant, la France et les États-Unis ouvrent la voie à la contractualisation du droit des affaires (I), en limitant toutefois le champ d'application dans le premier cas. Or, justement, ces dérogations au droit pénal classique semblent plus acceptables dans la mesure où elles vont concerner majoritairement aux États-Unis, exclusivement en France, des personnes morales. Dans cette optique, et corrélativement avec le mouvement de privatisation de la justice en matière criminelle, il convient de souligner que se dessine un recul progressif des droits fondamentaux (II).

## **I. La contractualisation du droit pénal des affaires**

La CJIP comme le DPA reposent sur un accord de nature contractuelle, par le biais duquel le Procureur et la personne morale poursuivie négocient une peine et des obligations pour assainir le fonctionnement de cette dernière et lui permettre de retrouver en toute conformité avec la législation une place sur les marchés. Ce faisant, le contrat devient un instrument de sanction (A) entre deux parties, au risque de voir se diluer dans le processus la notion d'intérêt public (B).

### **A. Le contrat comme instrument de sanction**

L'accord que passent le Ministère public et la société poursuivie semble avoir été emprunté au droit des obligations (1), en ce qu'il en possède toutes les caractéristiques. Néanmoins, les effets qu'il engendre revêtent une nature pénale, car le défaut d'exécution par la société de ses obligations n'entraîne pas d'exécution forcée en nature ou par équivalent, mais déclenche le retour à une procédure pénale classique, créant de ce fait un risque de sursis monnayé (2).

#### *1. L'introduction en droit pénal d'un instrument issu du droit des obligations*

##### **a. La rédaction d'un contrat non négocié**

L'accord qui fonde la CJIP française et le DPA américain présente des particularités qui lui confèrent une nature hybride, à mi-chemin entre les domaines civil et pénal. De ce fait, il parvient à satisfaire les exigences de la procédure pénale qu'est un processus de justice négocié ainsi que celles de la vie des affaires, en termes de temporalités et de modalités. Pour arriver à un tel résultat, qui semble au premier abord aussi contrintuitif qu'incompatible avec la sanction pénale s'imposant pour répondre aux faits constatés, le législateur français comme américain a accepté en matière répressive de recourir à un instrument du droit des obligations. Ainsi, la « convention » en France, « l'accord » aux États-Unis présentent toutes les caractéristiques du

contrat valable, mais le régime qui lui est applicable est inévitablement teinté d'une coloration pénale, rappelant de ce fait la véritable nature de la procédure en cours.

En droit français, l'article 1101 du Code civil définit le contrat comme un « accord de volontés entre deux ou plusieurs personnes destinées à créer, modifier, transmettre ou éteindre des obligations. » La CJIP y répond en tous points, puisqu'elle relève bien de la rencontre de la volonté du Procureur et de la société poursuivie, créant à la charge des deux parties des obligations : d'acquiescement de l'amende négociée, de la mise en œuvre d'un programme de conformité, de réparation à la victime pour la personne morale ; d'abandon des poursuites pour le Ministère public (ainsi que, d'une certaine manière, la renonciation à imposer certaines peines, selon les *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public* de 2019<sup>72</sup>). De plus, la liberté contractuelle consacrée par l'article 1102 du même Code est respectée, puisqu'aucune des parties n'est juridiquement tenue de signer une CJIP et que l'entreprise poursuivie possède même un délai de rétractation après son acceptation, mais un tel refus enclenche une procédure pénale traditionnelle. Néanmoins, conformément à l'article 1103 du même texte, une fois l'accord signé, le délai de rétractation expiré, et la convention homologuée par l'autorité judiciaire, celle-ci acquiert pour les parties force obligatoire.

Pour que la convention signée soit valable, elle doit comme tout contrat, et conformément aux dispositions de l'article 1128 du Code civil, respecter trois conditions : découler du consentement des parties, qui ont la capacité de contracter, et avoir un contenu licite et certain. Si la réunion de ces conditions ne semble a priori pas poser de difficultés, il convient de s'interroger sur la place accordée aux vices du consentement. L'erreur et le dol semblent pouvoir jouer comme obstacles à la validité du contrat de manière classique, si tant est qu'une partie puisse réellement demander la nullité du contrat après l'expiration du délai de rétractation octroyé à la personne morale, ce qui en principe ne devrait pas poser problème mais engendrerait à nouveau un retour à la procédure pénale traditionnelle. Concernant la violence, le cas de l'abus de dépendance appelle à une étude plus poussée. L'article 1143 du Code civil énonce quatre conditions pour que celui-ci soit constituée : un état de dépendance d'un cocontractant à l'égard de l'autre cocontractant, un abus de cet état commis par le cocontractant et non par un tiers, un engagement qui n'aurait pas eu lieu sans cette contrainte et un avantage manifestement excessif qu'en tire l'auteur de la violence. Le cas de la justice négociée se prête particulièrement à ce cas de figure, puisque l'entreprise poursuivie peut être considérée comme dans un état de dépendance vis-à-vis du Procureur de la République, en ce sens que son futur proche dépend de la volonté de ce dernier à vouloir signer une CJIP. De plus, le Ministère Public est bien le cocontractant, et peut dans ce contrat d'adhésion abuser de sa position pour imposer des obligations trop lourdes à la personne morale. Néanmoins, la question de l'avantage excessif qu'il en retirerait soulève des difficultés, puisque ce n'est pas à lui directement que profite la mise en œuvre de la CJIP, mais à la société dans son

---

<sup>72</sup> *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public*, AFA, Éliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

ensemble, dont il est le représentant. Pour autant, la question possède un intérêt certain, et pourrait à l'avenir être tranchée par les tribunaux.

Par ailleurs, l'article 1104 du Code civil impose que les contrats soient négociés, formés et exécutés de bonne foi, ce qui apparaît difficilement compatible avec la nature de la CJIP, du moins au premier abord. En effet, la convention se rapproche plus d'un contrat d'adhésion, c'est-à-dire qui n'a pas été négocié, mais dont les termes ont été unilatéralement proposés par une partie et unanimement acceptés par l'autre, et plus par crainte d'une procédure pénale classique que par volonté de contracter. Dès lors, il paraît peu probable que la personne morale participe de son plein gré à la réunion d'informations concernant les faits pour lesquels elle est poursuivie ainsi que d'autres qui n'ont, peut-être, pas été découverts par les autorités, au risque de s'auto-incriminer. De plus, il pourrait paraître surprenant que l'entreprise exécute de bonne foi un accord, qui en réalité est une sanction pénale, qui lui a été imposé et qui va ébranler son fonctionnement et son activité, voire son avenir. Néanmoins, dans la mesure où la CJIP vise en réalité à accompagner la personne morale vers un assainissement de son fonctionnement, tout en lui permettant de rester viable et de poursuivre son activité tout en s'acquittant de sa dette envers la société, l'entreprise a tout intérêt à l'exécuter de bonne foi.

En droit américain, la validité du contrat requiert une offre, une acceptation et l'échange d'une *consideration*, c'est-à-dire une contrepartie de valeur, ce qui se justifie par le fait que les transactions contractuelles soient nécessairement onéreuses. Dans un contrat synallagmatique, la contrepartie à l'obligation de l'un se trouve dans l'obligation de l'autre. En ce sens, le DPA correspond en tous points à un contrat valable, puisque le Procureur fait une offre à la personne morale, qui peut l'accepter ou proposer une contre-offre en tentant d'améliorer les conditions de la sanction qui lui sera imposée. Comme en droit français, la marge de manœuvre de l'entreprise reste limitée, puisqu'elle a tout à perdre si la convention n'est pas signée et va en ce sens transiger plus aisément, d'autant plus qu'elle n'a que peu d'éléments pour faire pression sur l'autre partie, c'est-à-dire le Procureur, pour l'amener à revoir sa position. La question des vices de consentement se pose d'une autre manière qu'en France, puisque seules l'erreur et la *misrepresentation*, c'est-à-dire une fausse déclaration faite par une partie, ce qui se rapproche du dol du droit français. Comme c'est le cas au sein de l'hexagone, si ces éléments venaient à être caractérisés, la personne morale pourrait théoriquement les faire valoir en justice pour annuler le contrat, sachant qu'elle bénéficierait d'une rigoureuse appréciation. Toutefois, le Professeur Louis d'Avout met en garde contre le risque d'un potentiel vice de violence. En effet, « avant l'acceptation de la sanction, et son homologation judiciaire éventuelle, les négociations bilatérales entre partie poursuivante et partie poursuivie se font sans l'intermédiation d'un tiers impartial, dans un contexte de transparence et d'auto-accusation imposé sous la menace de sanctions supérieures et parfois mortifères (retrait de licences professionnelles, privation d'accès aux marchés publics)<sup>73</sup>. »

---

<sup>73</sup> d'Avout Louis, « Sanctions négociées La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », *Droits*, 2016/2 (n° 64), p. 73-96. DOI : 10.3917/droit.064.0073.

Le point commun entre les droits français et américain dans le domaine des processus de justice négociée est sans aucun doute la nature contractuelle, mais néanmoins imposée, de la CJIP et du DPA. Pour autant, le caractère pénal de la procédure est sous-jacent, puisqu'en cas d'inexécution par la personne morale de son obligation, l'exécution forcée en nature ou par équivalent en France, les dommages et intérêts aux États-Unis, ne sont pas une option. En revanche, le Procureur pourrait alors engager une procédure pénale classique en France, ou tout simplement reprendre les poursuites suspendues aux États-Unis.

#### b. La prise en compte de l'intérêt de la victime

Au-delà du mode opération employé, la criminalité d'affaires se distingue souvent des infractions de droit commun par le montant important des sommes générées par l'infraction. Ces dernières ayant été acquises par des procédés illicites, le procédé peut affecter des tierces personnes, en les privant par exemple d'un marché qui aurait dû leur être attribué, ce qui peut représenter une perte de revenus attendus particulièrement élevée. Malgré les objectifs poursuivis par les processus de justice négociée, ainsi que les procédures qui leur sont propres, ceux-ci conservent une place pour les victimes, afin qu'elles obtiennent réparation de leur préjudice.

En France, lorsque les personnes physiques ou morales lésées par l'infraction ont pu être identifiées, l'entreprise poursuivie est tenue de l'indemniser en lui versant des dommages et intérêts, ce qui doit être prévu dans la CJIP. Aux États-Unis, la place accordée à la victime dans le cadre d'un DPA est similaire. En effet, l'accord conclu entre la personne morale et le Procureur, validée par le juge, peut prévoir le cas échéant une obligation de réparation du dommage causé, ce qui se résout sous la forme de dommages et intérêts. Néanmoins, dans le cas de la CJIP, les *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public*<sup>74</sup> témoignent à cet égard la volonté des autorités françaises d'aller plus loin, puisqu'elles font de l'indemnisation spontanée un facteur positif de nature à encourager la signature d'une CJIP. Une fois cette décision prise, le Parquet est tenu en vertu des dispositions de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale d'en informer la victime. Il peut également joindre le projet de CJIP (c'est-à-dire non encore homologué par le juge) mais avec obligation de garder la confidentialité à son sujet. Il convient de souligner que cet envoi est purement informatif, et que la victime n'est nullement appelée à approuver ou à s'opposer à la décision de recourir à un processus de justice négociée. En revanche, elle est invitée à faire valoir l'existence éventuelle ainsi que l'étendue de son préjudice, car c'est le Procureur qui va proposer le montant des dommages et intérêts qui figurera dans la CJIP. Néanmoins, elle pourra faire valoir des observations lors de l'audience de validation devant le Président du tribunal judiciaire, avant que ce dernier ne décide ou non d'homologuer l'accord. Pour la victime, l'intérêt majeur de cette procédure réside dans le fait qu'elle n'a pas besoin

---

<sup>74</sup> *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public*, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

d'exercer une action séparée en réparation devant le juge civil, car elle peut à l'issue de l'audience d'homologation réclamer le versement de ses dommages et intérêts en requérant une injonction de payer. Concrètement, cela signifie pour elle un gain de temps considérable compte tenu des délais de la justice, ainsi qu'une économie non négligeable puisqu'aucune procédure n'est engagée. Pour autant, il convient de souligner que tant la conclusion que la validation d'une CJIP ne font pas pour elle obstacle à la saisine d'une juridiction de droit commun, ce qui semble envisageable au cas où la victime ne s'estimerait pas correctement indemnisée et que la décision de validation ou de rejet par le juge n'est pas susceptible d'appel.

## 2. Le risque de « sursis monnayé<sup>75</sup> »

### a. Les conséquences de l'exécution de l'accord sur l'action publique

Les processus de justice négociée en matière pénale des affaires apparaissent comme des procédés particulièrement fragiles. En effet, au moindre faux pas engendrant un non-respect des obligations prévues par le DPA ou la CJIP, tous les bénéfices que la personne morale avait retiré de l'accord, et sur la base desquels elle s'était reconstruite, peuvent lui être retirés. Ainsi, l'ombre d'une procédure pénale classique pèse sur l'entreprise, telle une épée de Damoclès qui pendant trois ans environ va menacer de s'abattre sur elle. C'est pourquoi certains professionnels considèrent la CJIP et le DPA comme étant une forme de « sursis monnayé,<sup>76</sup> » en référence à l'amende versée par la société en échange de la signature d'un accord avec le Ministère public. Cette expression prend encore plus de sens avec le régime juridique américain, puisqu'à l'issue d'un DPA les poursuites sont seulement suspendues et qu'elles peuvent reprendre à tout moment.

Pourtant, lorsque tout se passe bien, c'est-à-dire que les obligations imposées à l'entreprise étaient réalistes et les objectifs atteignables dans le laps de temps accordé, et qu'elle s'y est conformée, l'exécution de l'accord a pour effet d'éteindre l'action publique. Aux États-Unis, une fois ce dernier conclu, le Procureur va engager des poursuites au travers d'un acte nommé *information*, mais elles sont immédiatement suspendues. Parallèlement, l'accord est communiqué au Department of Justice, et publié sur son site internet. Cela marque le début de la période probatoire, nécessairement comprise entre une et quatre années, durant laquelle la personne morale signataire du DPA va devoir se conformer aux obligations qu'elle a contractées. Le Procureur peut à tout moment décider de reprendre les poursuites, s'il estime que les termes du DPA ne sont pas respectés. S'il ne le fait pas, et que l'entreprise a bien accompli les tâches qui lui avaient été imposées, il va à l'expiration de la période probatoire spontanément présenter auprès du tribunal une *motion of dismissal*, par laquelle il va demander l'abandon des poursuites. Le juge va alors l'entériner, marquant ainsi l'extinction totale et définitive de l'action publique pour les faits ayant

---

<sup>75</sup> Expression de Maître Philippe Bouchez Le Ghozi

<sup>76</sup> Voir note de bas de page numéro 72

donné naissance au DPA. En France, elle s'éteint bien plus tôt, au moment de la signature de la CJIP par les parties et de sa validation par le juge. Néanmoins, le résultat est similaire à celui obtenu aux États-Unis, puisque le Parquet peut en cas de non-respect des obligations de l'accord par la personne morale engager des poursuites.

Par ailleurs, il convient de rappeler que la CJIP française ne vise que les personnes morales. Cela signifie les personnes physiques ne bénéficient pas de l'accord, et peuvent tout à fait être poursuivies pour avoir pris part à l'infraction en leur nom et pour leur compte. Dans cette éventualité, elles se verraient appliquer une procédure pénale traditionnelle, qui pourrait débiter avant, concomitamment ou après une CJIP, que celle-ci ait abouti ou qu'elle ait échoué. En revanche, le DPA étant ouvert aux personnes physiques, ces dernières se verraient appliquer le même régime que l'entreprise en négociant leur peine, conformément à la longue tradition de *plea bargaining* en vigueur aux États-Unis.

#### b. Les conséquences de l'inexécution de l'accord sur l'action publique

Dans le cas de la CJIP et du DPA, le Ministère Public suspend l'action publique jusqu'à ce que l'entreprise poursuivie se soit acquittée du montant de l'amende convenue, après quoi seulement elle peut s'éteindre. Pourtant, le législateur français comme américain a prévu le cas où l'accord signé et homologué ferait l'objet d'une inexécution, soit par défaut d'exécution, soit par mauvaise exécution c'est-à-dire de manière erronée, insuffisante ou incomplète. La solution consacrée dans les deux pays est identique, puisque malgré les mécanismes juridiques distincts propres aux deux traditions juridiques, le non-respect de la convention entraîne la reprise à plus ou moins courte échéance des poursuites. Il convient toutefois de souligner que ce retour à une procédure pénale traditionnelle n'est pas automatique, et est soumis à l'appréciation du Procureur. Néanmoins, l'alinéa 15 de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale peut être interprété comme interdisant au Parquet de classer sans suite lorsque la CJIP a échoué. Il peut choisir la suite qui lui paraît opportune, c'est-à-dire une enquête ou la saisine d'un juge instruction, ou encore celle d'une juridiction de jugement. Dans la pratique, ce dernier sera amené à réengager les poursuites, car la personne morale a non seulement reconnu les faits mais a en plus failli à son obligation de mise en conformité.

En France, l'échec de l'exécution d'une CJIP emporte une conséquence importante aussi bien sur le plan théorique que pratique : les documents présentés par la personne morale au Ministère public durant la négociation sont protégés par une certaine confidentialité. Autrement dit, la juridiction de jugement ainsi que tous les acteurs qui vont intervenir dans le cadre de la procédure pénale classique ne pourront en avoir connaissance. Cette précaution apparaît tout à fait fondée, en ce sens que le refus ou l'impossibilité de se conformer à l'accord passé avec le Parquet ne devrait pas entraîner pour la personne morale de lourdes conséquences, ne serait-ce que parce que les termes du contrat n'ont pas réellement été négociés et ont largement été laissés à l'appréciation du Procureur. L'entreprise ne devrait donc pas être

sanctionnée dans la procédure pénale nouvellement mise en œuvre, à plus forte raison qu'elle aurait en ce sens participé à sa propre incrimination en coopérant avec les autorités judiciaires. Or, Maître Jean-Pierre Mignard remarque à ce sujet « qu'aucune garantie formelle n'est [...] énoncée à ce propos par la loi,<sup>77</sup> » ce qui signifie qu'il reviendra au Procureur de veiller à ne pas prendre en compte les éléments dont il a eu connaissance dans le cadre de la CJIP. De même, la personne morale pourra exiger la restitution de ces documents, dont la photocopie est interdite. Dès lors, « l'usage devra combler le vide de la loi et la probité éthique des procureurs faite litière des doutes et inquiétudes des parties mises en cause et de leurs avocats<sup>78</sup>. » Aux États-Unis, il n'existe pas de garantie semblable, plaçant la société poursuivie dans une position délicate puisqu'elle est fortement incitée à coopérer pour voir apparaître la perspective d'un DPA, tout en sachant qu'elle s'expose à des risques futurs en cas d'échec de l'exécution de l'accord.

En ce sens, la conception de « sursis monnayé » prend davantage de sens encore. Néanmoins, appliquée à la CJIP et au DPA, elle n'est pas dépourvue de limites. Certes, dans les deux cas, les poursuites peuvent reprendre en cas de non-respect du contrat, mais c'est pour le Procureur une possibilité et non une obligation, ce qui s'écarte du caractère automatique du sursis en procédure pénale. De plus, le sursis évoque une condamnation classique, dont l'exécution est conditionnée à la commission d'une nouvelle infraction. Or, le non-respect de l'accord avec le Ministère public ne pourrait être interprété comme la violation de la loi pénale, mais plutôt comme une inexécution contractuelle engendrant des conséquences de nature pénale, en raison du statut hybride de la CJIP et du DPA. Enfin, c'est le caractère répété d'infractions qui dans la logique de la peine avec sursis justifie la mise à exécution de la sanction, puisque la personne condamnée n'a pas saisi la main que lui tendait la justice. Dans le cadre de la criminalité d'affaires, si un parallèle pourrait être tracé, il n'est pas complet puisque la CJIP comme le DPA ne demeurent pas inscrits au casier judiciaire en France, à l'historique pénal aux États-Unis de la personne morale. Dès lors, si c'est bien parce que l'entreprise ne s'est pas conformée aux exigences imposées par les tribunaux pour l'assainir qu'elle est l'objet de poursuites, et non pas parce qu'elle a de nouveau enfreint la législation pénale.

#### B. La place de l'intérêt public dans les processus de négociation en droit pénal des affaires

La justice négociée en matière pénale des affaires implique la conclusion d'un contrat entre la personne poursuivie et le Ministère public, simplement homologué par l'autorité judiciaire. Il est dès lors possible d'évoquer une privatisation de la justice criminelle, et corrélativement la perte de vue de l'intérêt public dans ces accords discrets. Pourtant, il existe pour la société dans son ensemble des bénéfices à ce que

---

<sup>77</sup> « Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir », *Revue Des Juristes De Sciences Po* - N°16 – janvier 2019, Jean-Pierre Mignard

<sup>78</sup> Voir note de bas de page numéro 74

la justice négociée soit admise (1). De plus, si parallèlement sont mises en place des mesures de surveillance (2), la pratique se révèle particulièrement bénéfique pour les pouvoirs publics dans la mise en œuvre des règles de la discipline.

1. *Les bénéfices de la justice pénale négociée pour la société*

a. Les modalités de mise en œuvre de la justice pénale négociée

La justice pénale, par définition, s'exerce dans l'intérêt général. C'est pour le bien de tous les individus composant une société que les comportements préalablement interdits sont sanctionnés par la peine qui leur était associée, conformément au principe de légalité. La CJIP française et le DPA américain, en tant qu'instruments de la justice pénale, devraient donc logiquement servir ces objectifs et conséquemment l'intérêt général. Néanmoins, d'une certaine manière, ils s'en distinguent en ce sens que c'est une négociation qui va se substituer à un procès classique, et donc un processus horizontal et non plus vertical. Au lieu de laisser le juge mettre en balance les intérêts de la société et le profil de la personne poursuivie, cette dernière se charge elle-même de veiller à ce que la peine qu'elle se verra infliger soit adaptée et surtout compatible avec la poursuite d'une activité. Une reconnaissance négociée de faits, une transaction financière, l'extinction de l'action publique après versement des fonds, une simple homologation par le juge... Dès lors que tous les éléments d'un accord privé sont réunis, il est aisé de perdre de vue la place de l'intérêt public dans les processus de négociation en matière pénale des affaires. En droit français, cette notion constitue un critère de validité d'une transaction, mais sa recherche est laissée à l'appréciation du Procureur de la République. Contrairement à la législation anglaise qui impose au juge lors de l'homologation de vérifier la présence de l'intérêt général dans l'accord, les droits américain et français ne le font pas, et ce dernier a même nommé le procédé « convention judiciaire d'intérêt public, » ce qui pourrait laisser entendre que celui-ci ne se confond pas avec l'intérêt général, voire s'en distingue.

Pourtant, les processus de justice négociés servent bien la société dans son ensemble, en ce sens qu'elle bénéficie à travers leur mise en œuvre d'avantages auxquels elle n'aurait pas eu accès au sein d'une procédure pénale classique. Le premier réside dans la coopération, voire la collaboration de l'entreprise au processus. C'est notamment le cas avec le DPA américain, puisque la personne morale va négocier sa peine en échange d'informations, ce qui n'est en principe pas possible en France en raison du droit à ne pas s'auto-incriminer. Par ailleurs, les considérations telles que le montant de l'amende, qui dépend de la gravité de l'infraction et de l'adaptation de la peine à la personnalité de la personne poursuivie, ainsi que la mise en œuvre de programmes de mise en conformité correspondent à ce que Martina Galli définit comme des critères « classiques<sup>79</sup>. » Elle en énumère toutefois d'autres, plus

---

<sup>79</sup> Galli Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018/2 (N° 2), p. 359-385. DOI : 10.3917/rsc.1802.0359.

« novateurs,<sup>80</sup> » à connotation économique. En effet, dans un souci de bonne administration de la justice, opter pour une procédure négociée permet de faire d'importances économies, ce qui n'est pas négligeable dans un contexte de ressources limitées. De plus, l'économie publique et corrélativement la société peuvent bénéficier du rôle que joue l'entreprise à travers l'exploitation de son activité, et sa perte pourrait engendrer des conséquences néfastes. Dans cette logique, les procédures de justice négociée permettent d'éviter les dommages collatéraux, c'est-à-dire d'affecter les tiers innocents qui ont tout à perdre si la personne morale est exclue des marchés. C'est également vis-à-vis de l'entreprise que les effets potentiellement néfastes d'une procédure pénale classique doivent être envisagés, en ce sens qu'elle pourrait aboutir à des conséquences disproportionnées, notamment au regard des marchés étrangers. Pour Martina Galli, il s'agit là d'une illustration de la logique du « too harmful – et pas seulement too big – to jail<sup>81</sup> » (trop dommageable – et pas seulement trop gros – pour la prison), ce qui fait référence au slogan « too big to fail » (trop gros pour la faillite) utilisé aux États-Unis pour désigner les banques qui seront soutenues par l'Etat car les conséquences de leur fermeture seraient trop graves pour l'économie américaine.

b. La détection des failles dans les procédures de surveillance en amont et en aval

Outre la sanction infligée à l'entreprise, ainsi que les avantages de la négociation de celle-ci par rapport aux procédures pénales traditionnelles où elle aurait été imposée, la société a tout à gagner en mettant en œuvre des procédures de surveillances en amont et en aval de la commission de l'infraction. En effet, au travers des procédures de mise en conformité (qui, par ailleurs, constituent une peine en soi et peut être prononcée indépendamment de tout processus de justice négociée), elle va limiter les chances de voir les faits litigieux se réitérer, mais à travers la compliance, elle va rendre les possibilités de leur naissance en premier lieu plus laborieuse.

Initialement mise en œuvre aux États-Unis pour lutter la corruption, et importée en France sous forme de droit souple, les procédures française et américaines de compliance se ressemblent mais se distinguent. Ainsi, Emmanuel Breen<sup>82</sup> va jusqu'à considérer que Paris met en œuvre des exigences plus rigoureuses que Washington, en ce sens que la compliance y possède un aspect préventif. En effet, leur activité passée un certain seuil, les entreprises se voient imposer la mise en place d'un programme de compliance, coordonné par l'Agence Française Anti-Corruption. Or, précisément, le fait que ce soit des autorités administratives indépendantes et non l'autorité judiciaire qui soient en charge de ces processus sert entièrement l'intérêt général, car elles sont composées certes de juristes mais également d'autres professionnels tels que des économistes (comme c'est par exemple le cas de l'Autorité

---

<sup>80</sup> Voir note de bas de page numéro 76

<sup>81</sup> B.L. Garrett, *How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

<sup>82</sup> Breen Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019/2 (N° 2), p. 327-331. DOI : 10.3917/rsc.1902.0327.

Anti-Concurrence), et sont donc mieux à même de saisir les enjeux et les contraintes auxquels la personne morale doit faire face. Pourtant, en matière de CJIP comme de DPA, c'est bien le Procureur, et donc un acteur de la justice et de surcroît un magistrat dans le cas français, qui propose la peine et un juge qui l'homologue lorsque l'entreprise l'a acceptée, signalant qu'il y a encore des progrès à faire en matière de corruption, par rapport à la concurrence<sup>83</sup>.

En amont comme en aval, que ce soit en France ou aux États-Unis, la compliance peut être perçue comme une forme de régulation, en ce qu'elle va permettre (ou contraindre) l'entreprise à faire évoluer ses normes internes pour s'aligner sur la législation ou du moins sur les bonnes pratiques identifiées pour la discipline dans laquelle elle évolue. Toute l'originalité de la procédure, et qui s'inscrit tout à fait dans la logique de la CJIP et du DPA, réside dans la place qui est accordée à l'entreprise. Dans son volet préventif, la procédure de compliance est mise en œuvre spontanément ou pour se conformer aux exigences légales, mais c'est elle-même qui va la gérer et l'organiser. Dans son volet pénal, qui n'est pas tant répressif qu'incitatif, la mise en conformité est calquée sur le chemin que l'entreprise doit parcourir pour se conformer aux règles en vigueur et éviter une procédure pénale. Dans les deux cas, c'est bien la personne morale qui est au centre du dispositif, ce qui pousse Emmanuel Breen à s'interroger sur la possible « privatisation de la régulation.<sup>84</sup> » Ce phénomène s'avère positif dans la mesure où l'entreprise est la mieux placée pour connaître ses failles et y remédier, et il possède une vertu responsabilisante tout en diminuant les coûts que cela générerait pour le Trésor public s'il en était autrement. Cela n'étant pas toutefois pas suffisant, il est accompagné de contrôles, clé de leur efficacité. Si aux États-Unis, cette tendance semble s'être largement plus développée qu'en France au travers de la coopération de l'entreprise, ce qui tient à la tradition juridique américaine, elle pourrait se développer au sein de l'hexagone mais doit faire face aux garanties du procès pénal.

Au-delà de la mission de surveillance dévolue aux autorités administratives indépendantes, et jusqu'à un certain point le Procureur dans le cadre d'une CJIP ou d'un DPA, les acteurs de l'entreprise se sont vus attribuer un rôle à jouer. Il s'agit en l'espèce de potentiels lanceurs d'alerte, que la 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 dite loi « Sapin II » définit comme « une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, une violation grave et manifeste d'un engagement international régulièrement ratifié ou approuvé par la France, d'un acte unilatéral d'une organisation internationale pris sur le fondement d'un tel engagement, de la loi ou du règlement, ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance.<sup>85</sup> » La personne physique qui dénoncerait de tels faits se voit offrir l'irresponsabilité pénale, le secret de la procédure et l'interdiction de représailles professionnelles potentielles, sachant qu'elle s'expose à des poursuites pénales en

---

<sup>83</sup> Voir note de bas de page numéro 79

<sup>84</sup> Voir note de bas de page numéro 79

<sup>85</sup> Article 6 de la loi du 9 décembre 2016

cas d'abus. Le processus à suivre fonctionne sous forme de paliers, avec la possibilité d'avertir d'abord son supérieur hiérarchique (ou lorsqu'il existe son référent lanceur d'alerte), puis en cas d'absence de réponse dans un délai raisonnable l'autorité judiciaire, et enfin, en cas de défaut de traitement dans les trois mois suivant la dénonciation, la voie publique. Dans le cadre des procédures de compliance, les lanceurs d'alerte, c'est-à-dire le plus souvent des salariés de l'entreprise, vont pouvoir surveiller de l'intérieur le fonctionnement de celle-ci, et y remédier via la procédure de dénonciation interne. Les deux autres paliers servent de garde-fous, c'est-à-dire qu'ils représentent une forme de pression qui va inciter les dirigeants de la personne morale à se conformer au plus vite à la législation en vigueur sous peine de conséquences bien plus lourdes. A nouveau, il est possible de constater que l'entreprise se surveille et se régule elle-même, de manière privée, ce qui est bénéfique à tous les acteurs de la vie des affaires en ce que cette privatisation permet un contrôle plus assidu et plus efficace que celui opéré par des acteurs externes.

Aux États-Unis, le régime applicable aux lanceurs d'alerte découle du *Whistleblower Protection Act* de 1989, 5 U.S.C. 2302(b)(8)-(9), qui est aujourd'hui morcelé et dépend du secteur duquel ils sont issus, les critères de protection variant en fonction. Le système de paliers français n'y est pas du tout applicable, l'irresponsabilité pénale n'était garantie que si l'information a été révélée à l'un des destinataires prévus par la loi. En principe, les personnes ayant connaissance d'informations non classifiées méritant d'être rendues publiques sont même incitées à le faire, puisqu'elles peuvent bénéficier d'une somme comprise entre 10 et 30% de la sanction qui sera infligée à la personne responsable des faits. Pourtant, l'arrêt *Digital Realty Trust Inc v. Somers* du 21 février 2018, rendu par la Cour Suprême des États-Unis, a débouté le demandeur qui avait été licencié après avoir averti son supérieur hiérarchique d'une possible violation de la réglementation boursière, et non la Securities and Exchange Commission comme la loi l'impose. Pour les juges suprêmes, le requérant ne pouvait bénéficier du statut de lanceur d'alerte car ce dernier se définit comme une personne ayant averti la SEC, ce qui n'était pas son cas. Dès lors, la protection accordée aux personnes ayant fait remonter des informations par voie interne est bien moindre qu'à celles ayant saisi la SEC, ce qui peut paraître troublant. Bien que cette décision ait amplement été critiquée, notamment au regard du droit comparé, elle n'est pas particulièrement inquiétante vis-à-vis du régime applicable au DPA. En effet, cette procédure replace l'entreprise au centre en la forçant à coopérer avec l'autorité judiciaire pour se conformer aux règles de sa discipline, et donc à dévoiler à celle-ci toutes les failles de ses dispositifs de surveillance interne. Les salariés peuvent toujours exercer une fonction de garde-fou en communiquant leurs soupçons à la SEC en bénéficiant d'une certaine protection, mais sont avertis qu'ils ne doivent pas passer par la voie interne. Dès lors, s'il est également possible de parler de privatisation de la régulation à sujet de la société américaine, il convient de constater qu'elle possède par ailleurs un volet public en ce sens que la personne morale sera fortement incitée par l'autorité judiciaire à se conformer, bien qu'elle puisse par la voie de la négociation exposer ses limites et contraintes avant de s'y atteler elle-même.

## 2. Le développement de la pratique du monitoring, outil de surveillance au service des pouvoirs publics

### a. Aux États-Unis : des recommandations réfutables à certaines conditions

Une fois sanctionnées par le biais d'un DPA ou d'une CJIP, les personnes morales concernées vont non seulement veiller à respecter l'accord qu'elles ont signé, mais se sachant par la suite surveillées, elles vont se conformer aux règles en vigueur. Cette surveillance est un point clé de l'assainissement de l'entreprise, puisqu'elle permet de détecter les failles dans les processus de compliance mis en œuvre en amont, et de s'assurer de la cessation de pratiques illégales en aval. Dans cette optique, le droit américain a vu se développer la pratique du monitoring, qui consiste pour le gouvernement à s'assurer que l'entreprise poursuivie a bien exécuté ses obligations conformément au Deferred Prosecution Agreement. Concrètement, le contrôle est effectué selon le choix du Procureur par un tiers, le monitor, ou par l'entreprise elle-même sous la forme d'une auto-surveillance (*self-monitoring*). Pour autant, ce n'est pas systématique et le Procureur peut choisir de n'imposer aucune surveillance, mais il le fait systématiquement lorsque l'entreprise est étrangère pour renforcer le contrôle face à l'éloignement géographique.

Ce monitoring, qui prend la forme de recommandations, obéit aux précisions nationales formulées par le Department of Justice, ou encore la Securities and Exchange Commission. Toutefois, depuis la publication du Grindler Memorandum<sup>86</sup> en 2010 par le Department of Justice, les personnes morales parties à l'accord se voient offrir la possibilité de refuser de se conformer aux recommandations formulées par leur monitor au prétexte que leur réalisation serait trop coûteuse. C'est ce qui mène Maître Frédéric Boidin à affirmer que lorsque cette situation se réalise, « la finalité première de la conclusion d'un Deferred Prosecution Agreement est une finalité financière pour le gouvernement et non une mise en conformité avec le cadre législatif américain<sup>87</sup>. » Pour autant, la pratique est plus nuancée, conciliant d'un côté les nécessités de la mise en conformité de la personne morale avec les règles propres à sa discipline et de l'autre les enjeux auxquels elle doit faire face, notamment économiques, puisque c'est uniquement sur ce critère qu'elle peut s'opposer à certains aspects du monitoring. En effet, en cas de refus, le différend est tranché de manière distincte selon les cas, en fonction des termes de l'accord conclu. Certains monitors ont reçu du Procureur le pouvoir d'imposer ses recommandations, contre le gré de l'entreprise si nécessaire, mais parfois après avoir consulté une autorité compétente. Sinon, c'est le Procureur lui-même qui tranche le conflit, sur saisine directe par le

---

<sup>86</sup> Memorandum, Gary G. Grindler, Deputy Att'y Gen., Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations (25 May 2010) (the Grindler Memorandum)

<sup>87</sup> F. Boidin, *Lutte contre la corruption : approche comparée entre "deferred prosecution agreement" et convention judiciaire d'intérêt public*, avril 2018

monitor ou la société, ou lorsque cette dernière a proposé au premier une contre-proposition, qu'il n'a pas acceptée. Néanmoins, la critique de Maître Boidin souligne le caractère consensuel du DPA américain, tant avant sa signature qu'après, lors de sa mise œuvre. En ce sens, il s'inscrit plus que jamais dans la tradition du *plea bargaining*, mais revu sous la considération plus novatrice du bien-être économique du pays, qui de facto prime sur les intérêts de la justice au travers de la résistance de la personne morale face aux exigences de l'assainissement.

#### b. En France : des recommandations obligatoires

En France, le système du monitoring a été transposé sous le nom de mise en conformité, le rôle de monitor étant exercé par l'Agence Française Anti-corruption suivant le modèle anglo-américain. En effet, celle-ci est chargée de réaliser au sein des entreprises des contrôles de leur arsenal anti-corruption, mais aussi d'émettre des recommandations lorsque des CJIP sont conclues. Comme cela l'est en principe aux États-Unis, le respect de celles-ci est obligatoire, ce qui permet de retrouver le but premier de respect de la loi en matière de droit des affaires, au détriment cette fois-ci des impératifs liés à la continuité de l'activité de l'entreprise. Pour autant, cela se justifie par le fait que la procédure de la CJIP toute entière est orientée vers l'atteinte de cet objectif, et que la justice doit, en matière pénale, prévaloir sur l'activité économique. De plus, suivant la pratique du Department of Justice américain dans la mise en œuvre du FCPA, l'AFA publie sur son site les questions qu'elle pose systématiquement aux personnes morales dont elle évalue le programme anti-corruption. Cela permet donc à toutes les entreprises, indépendamment de toute obligation légale, d'identifier les points sur lesquels elle doit progresser pour avoir un système préventif solide et le cas échéant de se mettre en conformité de sa propre initiative.

L'AFA ayant été créée par la loi relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite « Sapin II » de 2016, les progrès qu'elle apporte en matière de monitoring peuvent sembler novateurs et tirés de la volonté de rattraper le retard accumulé par la France en matière de lutte contre la corruption. Néanmoins, ce sentiment est à relativiser, car un dispositif comparable préexistait pour les personnes physiques : le contrôle judiciaire. Ordonné par le juge d'instruction ou le juge de la liberté et de la détention, il se compose d'obligations que la personne mise en cause dans une affaire pénale doit respecter, éventuellement sous peine d'être placée en détention provisoire. L'objectif de ce dispositif est de surveiller le mis en cause, et de prévenir le renouvellement de l'infraction. Ces dispositions évoquent le mécanisme de la CJIP, qui en cas d'échec aboutit à une procédure pénale classique, et qui poursuit les mêmes objectifs mais en mettant au centre une personne morale. De fait, le contrôle judiciaire n'est pas réservé aux personnes physiques mais peut également toucher des groupements, selon les dispositions de l'article 706-45 du Code de procédure pénale. Dans ce cas, les obligations que l'entreprise doit respecter visent à réparer les dommages causés (constitution de sûretés, dépôt d'un cautionnement) et à encadrer son activité

(interdiction d'émission de chèques, d'exercer certaines activités professionnelles, nomination d'un mandataire, etc.). Si la CJIP prend en compte l'intérêt des victimes, elle vise précisément à éviter ce type de limitations, qui sont de nature à nuire à son activité. Dès lors, les processus de justice négociés s'écartent du contrôle judiciaire classique en ce qu'ils s'inscrivent dans une analyse économique du droit, mais sans toutefois aller jusqu'à permettre à l'entreprise de réfuter les obligations imposées, comme c'est le cas aux États-Unis.

Au-delà de l'objectif immédiat de mise en conformité, le monitoring à la française vise en réalité à concurrencer les agences américaines de surveillance, qui peuvent émettre des recommandations aux entreprises européennes ayant conclu un DPA. En effet, dans ce cas de figure, le Procureur américain exige systématiquement un monitoring là où il ne l'aurait pas nécessairement fait pour une entreprise américaine. En créant un système équivalent, si ce n'est plus rigoureux, le législateur français a ouvert la porte à un contrôle local, avec l'expertise nécessaire liée à la connaissance des enjeux auxquels l'entreprise fait face en France, mais répondant aux exigences négociées aux États-Unis dans le cadre d'un DPA.

Si les processus de justice négociée, en France comme aux États-Unis, sont orientés vers le maintien de l'activité des personnes morales poursuivies au moyen de négociation sur la peine comme sur sa mise en œuvre, force est de constater qu'ils sont accompagnés d'un important contrôle. Suivies en amont de toute commission d'infraction, pendant les négociations, voire l'adhésion à un accord, puis en aval, les entreprises voient leur liberté de gestion sérieusement ébranlée. Dans cette optique, loin du principe de publicité de la justice, et avec la réduction significative du rôle du juge, il convient de s'interroger sur le devenir des droits fondamentaux dans cette procédures singulières.

## **II. Vers un recul des droits fondamentaux**

Tant la CJIP française que le DPA américain tendent vers une forme contractuelle, presque privée de la justice pénale. Toutefois, de par le caractère obligatoire de la coopération exigée des personnes morales poursuivies (A) et par le positionnement de ces processus par rapport au principe de non bis in idem (B), il convient de s'interroger sur la place accordée aux principes fondamentaux du procès pénal dans les processus de justice négociée.

### **A. Le caractère obligatoire de la coopération**

En principe, la CJIP et le DPA permettent à la personne morale de négocier les modalités de l'accord avec le Procureur sur une base horizontale. Toutefois, les rapports apparaissent d'emblée déséquilibrés, et pour obtenir une peine plus clémentes les entreprises ne vont pas hésiter à s'auto-incriminer (1). De plus, dans un souci de justice et de découverte de la vérité, le Procureur ne va pas hésiter à exercer des pressions sur l'entreprise par le biais des conséquences d'un refus de coopérer (2),

permettant ainsi aux autorités judiciaires de passer outre les garanties du procès pénal.

### 1. *La violation du droit fondamental de ne pas s'auto-incriminer*

#### a. Le droit de ne pas s'auto-incriminer et ses corollaires

De par leur mode de fonctionnement, les processus de négociation en matière pénale des affaires dérogent aux garanties classiques de la procédure pénale. Dès le premier acte de procédure tendant à faciliter la conclusion d'un DPA aux États-Unis, d'une CJIP en France, les règles applicables diffèrent du déroulé classique d'une procédure pénale. De fait, le Ministère public voit son rôle élargi, puisque c'est lui qui mène le rythme des négociations, peut accepter ou refuser de transiger avec la personne morale, et qui surveille après la conclusion d'un accord que les conditions de ce dernier ont bien été respectées. De plus, dans l'intérêt de la personne morale, tous les compromis opérés et accords acceptés le sont dans la plus grande discrétion. Si ce secret constitue l'une des principales raisons pour lesquels l'entreprise est disposée à transiger avec la justice, il n'est pas dans son intérêt exclusif, puisque le Parquet peut utiliser à son avantage cette absence de publicité pour œuvrer dans l'intérêt de la justice. En ce sens, il peut notamment amener la personne morale à brandir ses secrets, c'est-à-dire les détails de ses pratiques légales comme illégales, ou même simplement dans une zone grise intermédiaire, comme contrepoids aux obligations voulues par le Parquet.

C'est précisément dans le cadre de cette négociation consacrée par le législateur que les droits fondamentaux de l'entreprise sont le plus menacés, car elle peut être incitée – c'est-à-dire forcée, sous crainte de revenir à une procédure pénale classique plus dommageable pour elle – à révéler des faits qui la mettraient en cause. Or, le droit de ne pas s'auto-incriminer constitue en France l'une des composantes fondamentales du procès pénal, quelle qu'en soit sa forme, imposée ou négociée. Il a été consacré le 25 février 1993 par un arrêt *Funke c/ France*, par lequel les juges de Strasbourg le rattachent aux garanties du procès équitables de l'article 6§1 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales (Convention EDH). Cet arrêt va même plus loin dans la protection des personnes poursuivies, en interdisant aux autorités d'obtenir des éléments de preuve par contrainte ou par ruse. Or, la personne morale dans le cadre d'une CJIP se trouve dans une situation semblable, puisqu'à défaut de satisfaction des exigences du Parquet, elle s'expose à de sanctions potentiellement plus graves. Le Conseil constitutionnel a également consacré ce principe dans une décision du 2 mars 2004<sup>88</sup>, ainsi que son corollaire, le droit au silence, par une décision du 4 novembre 2016<sup>89</sup>.

Aux États-Unis, le droit de ne pas s'auto-incriminer est consacré par le cinquième amendement de la Constitution, qui consacre le droit de ne pas témoigner

---

<sup>88</sup> DC n° 2004-492 du 2 mars 2004

<sup>89</sup> DC n° 2016-594 du 4 novembre 2016

afin de ne pas risquer de s'auto-incriminer. Il a été renforcé par la Cour Suprême, au travers de l'arrêt *Miranda v Arizona* du 13 juin 1966<sup>90</sup>, qui a imposé à l'officier de police d'énoncer à la personne en état d'arrestation son droit de garder le silence. Pour autant, ce n'est pas un droit absolu, et il connaît d'importantes dérogations en matière de sécurité publique voire de lutte contre le terrorisme. Un autre écart à la règle réside dans les processus de justice négociés, car les personnes physiques ou morales poursuivies vont user des informations à leur disposition comme levier de négociation pour espérer obtenir une peine plus douce.

b. La révélation des faits, critère officieux de la clémence du Ministère public français et américain

Malgré la reconnaissance du droit au silence et de celui de ne pas participer à sa propre incrimination aux États-Unis comme en France, l'évolution de la justice pénale en matière de droit des affaires a ouvert la voie à des dérogations. Ainsi, aux États-Unis, le régime du DPA est ouvertement favorable à l'auto-incrimination, puisque la coopération de la personne morale avec les autorités judiciaires est une condition préalable à l'éventuelle signature d'un accord de justice négociée avec le Ministère public. Par coopération, c'est bien l'auto-dénonciation qu'il faut comprendre, ce qui s'oppose directement au droit au silence. Dès lors, Maître Frédéric Boidin estime que « ce pouvoir grandissant des procureurs américains inquiète certains auteurs, mettant en avant le fait que les droits de la défense sont totalement anéantis par un système de négociation qui met le procureur sur un piédestal, contre lequel il est difficile de résister, la personne morale accusée n'ayant d'autres choix que de coopérer<sup>91</sup>. »

Au sein de l'hexagone, la circulaire du 31 janvier 2018 relative à la loi du 9 décembre 2016 à l'origine de la création de la CJIP a posé trois critères au regard desquels le Procureur de la République doit apprécier le recours à cette procédure ainsi que le montant de l'amende : le « caractère volontaire de la révélation des faits, » la « rapidité » de celle-ci et le « degré de coopération avec l'autorité judiciaire. » La formulation en elle-même est apparue d'emblée troublante, puisque c'est le caractère volontaire de la révélation des faits qui est pris en compte. Dès lors, l'auto-incrimination est considérée comme normale, voire souhaitable puisqu'en échange le Procureur va accepter de moduler la peine qui sera infligée à l'entreprise. De surcroît, une contradiction ressort puisqu'avant de s'engager dans une procédure de justice négociée, le Parquet est censé avoir au minima des éléments de preuve à l'encontre de la personne morale. Or, selon cette circulaire, la divulgation des faits apparaît comme acquise, ce qui s'oppose à la considération précédemment évoquée. En ce sens, la « révélation volontaire » se rapproche plus d'une révélation contrainte, et n'est pas sans évoquer une mise en lumière d'informations dissimulées auxquelles la justice

---

<sup>90</sup> *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966)

<sup>91</sup> F. Boidin, *Lutte contre la corruption : approche comparée entre "deferred prosecution agreement" et convention judiciaire d'intérêt public*, avril 2018 ; en référence à N. Richard Janis, *Deputizing Company Counsel as Agents of the Federal Government : How Our Adversary System of Justice Is Being Destroyed*, Washington Law. (Mar. 2005),

n'aurait normalement pas été en mesure d'accéder. S'il est vrai qu'une circulaire ne possède aucune valeur normative, il n'en demeure pas moins qu'elle risque d'avoir des effets dans la pratique car il revient au Ministère Public d'apprécier l'opportunité d'une CJIP.

## 2. Les conséquences d'un refus de coopérer pour la personne poursuivie

### a. La reconnaissance forcée par la personne morale des faits qui lui sont reprochés

Les processus de justice négociés sont souvent également appelés procédures de « plaider coupable, » puisque c'est en échange de cet aveu que le Procureur américain accepte de négocier une peine au travers du *plea bargaining*, et que le Parquet français propose une CRPC. Pourtant, le DPA et la CJIP s'en distinguent nettement, puisque dans les deux cas l'ordonnance de validation du juge n'entraîne aucune déclaration de culpabilité, ni d'inscription au casier judiciaire en France<sup>92</sup> ou à l'historique pénal de la personne poursuivie aux États-Unis. Par conséquent, le recours à un DPA ou une CJIP entraîne pour les personnes morales en France, mais aussi physiques aux États-Unis une dépénalisation négociée. Pour certains, la contrepartie de cette faveur se trouve dans les effets de la pratique du « Name and Shame, » inaugurée par le tribunal médiatique et consistant à révéler les faits au public par voie de presse.

Pour autant, cela ne signifie pas que les personnes poursuivies ne se livrent à aucune reconnaissance, bien au contraire. En effet, le DPA américain exige que l'entreprise effectue un *Statement of Facts*, par le biais duquel elle reconnaît les faits qui lui sont reprochés. Néanmoins, ces faits ne sont pas forcément le reflet de la réalité, ce qui peut amener l'entreprise à assumer la responsabilité d'infractions qu'elle n'a pas commises. Dans la pratique, il lui revient par conséquent de s'accorder avec le Procureur pour que les faits retenus dans le DPA correspondent à ceux qu'elle a réellement commis. Cela est d'autant plus important que la personne morale s'engage au travers du *Statement of Facts* à ne plus jamais les remettre en question, que ce soit au sein d'une procédure pénale que ce soit aux États-Unis ou à l'étranger, ou simplement publiquement, par voie de presse. A défaut, l'accord issu du DPA ne serait pas respecté, et le Procureur engagerait des poursuites classiques. Cette fois-ci, en revanche, les faits reconnus par l'entreprise seraient retenus contre elle, le *Statement of Facts* comptant comme un élément de preuve. Si la contestation des faits survient dans une procédure judiciaire subséquente, elle engendrerait néanmoins une rupture du DPA.

En France, la personne morale poursuivie n'est pas en principe tenue de reconnaître les faits qui lui sont reprochés pour bénéficier d'une CJIP. Néanmoins, elle peut l'être si le Parquet a déjà ouvert une information judiciaire, cette dernière étant suspendue par la signature d'un accord. Néanmoins, il n'y a pas de reconnaissance

---

<sup>92</sup> Article 41-1-2 du Code de procédure pénale

formelle comme c'est le cas aux États-Unis, elle est seulement recueillie par le magistrat instructeur. Par la suite, elle pourrait donc publiquement ou dans une procédure judiciaire subséquente la contester, mais elle pourrait comme aux États-Unis être utilisée comme élément de preuve à charge, et donc susceptible d'emporter la conviction du juge, selon le principe de la liberté de la preuve en matière pénale<sup>93</sup>. Ce faisant, le système français se rapproche une fois de plus du système américain, qui n'hésite pas à passer outre les garanties fondamentales que sont le droit de se taire et de ne pas s'incriminer en offrant des avantages financiers aux entreprises en échange de leur coopération. C'est pourquoi Maître Philippe Bouchez Le Ghazi<sup>94</sup> met en garde : « la justice transactionnelle risque de devenir conflictuelle. »

Par ailleurs, il convient d'évoquer le cas de la société ayant conclu un DPA aux États-Unis, puis engagée dans une procédure pénale subséquente par la France ensuite. Dans ce cas, le *Statement of Facts* pourrait être de nature à convaincre le juge, a fortiori si la personne morale ne peut pas le contester en fait mais seulement en droit, c'est-à-dire la qualification juridique des faits mais pas leur survenance. Néanmoins, Maîtres Astrid Mignon-Colombet et François Buthiau<sup>95</sup> considèrent qu'un tel élément de preuve serait nécessairement limité. D'une part, cet aveu provoqué n'est pas survenu dans les mêmes conditions légales qu'il l'aurait été en France, ce qui diminue sa valeur. De l'autre, cet élément de preuve ne peut être débattu contradictoirement, puisque par la seule signature du DPA l'entreprise s'est engagée juridiquement à ne pas le faire. Quoi qu'il en soit, la personne morale dans ce cas se retrouve dans une situation bien peu enviable, puisqu'elle a le choix entre se taire et risquer une condamnation en France, ou briser le *Statement of Facts* et donc le DPA sans pour autant éviter le risque de condamnation au sein de l'hexagone. Dans la mesure où l'entreprise n'a pas réellement eu d'autre choix que de signer le DPA, les conséquences de son acte peuvent sembler troublantes.

#### b. Les risques de durcissement des sanctions suite au refus de coopérer

Le risque d'un recul des droits fondamentaux de la personne morale tient également aux conséquences que pourrait engendrer le refus de coopération d'une personne morale : outre le retour à une procédure classique et subie<sup>96</sup>, ce refus pourrait-il être retenu contre elle ? En principe, s'agissant d'une procédure nouvelle, le Procureur français est censé faire abstraction des documents dont il a eu connaissance dans le cadre des négociations de la CJIP, durant laquelle il était tenu à une obligation de confidentialité. Il ne devrait donc pas pouvoir utiliser les informations fournies par l'entreprise pour fonder ses poursuites, mais une enquête peut être diligentée afin de trouver des preuves pour des faits déjà connus de l'autorité judiciaire. Dans le cas américain, la société ne dispose pas de cette garantie puisqu'en

---

<sup>93</sup> Articles 427 et 428 du Code de procédure pénale

<sup>94</sup> « Convention judiciaire d'intérêt public : toute vérité est-elle bonne à dire ? », *Décideurs Magazine*, Maître Philippe Bouchez Le Ghazi, 04/12/2018

<sup>95</sup> Mignon Colombet Astrid, « Une justice de validation ? », *Esprit*, 2018/3 (Mars), p. 21-24.

<sup>96</sup> Article 180-2 alinéa 5 du code de procédure pénale

signant un DPA, elle s'est engagée à ne jamais revenir sur les faits qu'elle a reconnus. Au-delà de la prise en considération de ces formes d'aveux négociés dans une nouvelle procédure pénale, la question de savoir si l'échec de la mise en œuvre de l'accord négocié, nécessairement imputable à la personne morale, pourrait être retenu contre elle. En ce sens, il s'agit de savoir si son refus ou son incapacité à se plier aux exigences du Procureur, qu'elle a au demeurant acceptées, pourrait compter comme une circonstance aggravante officieuse par la suite. En effet, la coopération avec l'autorité judiciaire est une circonstance atténuante œuvrant en faveur de la conclusion d'une CJIP en France, tandis qu'aux États-Unis il s'agit d'une condition préalable. De plus, les processus de justice négociée reposent sur la coopération entre la personne morale fautive et les autorités de poursuite pour favoriser la réparation de l'infraction, une mise en conformité et une absence de récidive plus qu'une sanction. Or, en ne parvenant pas ou en refusant de se conformer aux obligations imposées par la justice, la personne morale s'inscrit à l'encontre de toute logique coopérative et de toute volonté de s'assainir. De plus, le défaut d'exécution d'une CJIP ou d'un DPA est un échec à tout point de vue, car cela représente au-delà de l'absence d'apparition des effets désirés une perte de temps considérable à la fois pour l'entreprise et pour la justice. Précisément, la négociation en matière de criminalité d'affaires vise à diminuer la durée des procédures, afin que l'entreprise puisse poursuivre son activité sans se mettre en porte-à-faux vis-à-vis de la temporalité propre aux marchés financiers. En provoquant le retour à une procédure pénale imposée, la personne morale démontre qu'elle n'est pas à même de perdurer en adoptant des pratiques saines. Dès lors, il existe un risque qu'elle puisse se voir reprocher son comportement, qui témoigne d'une inaptitude à suivre les objectifs de la justice négociée, et qu'elle soit par conséquent condamnée plus sévèrement lors d'une procédure pénale ultérieure.

#### B. Les processus de négociation en droit pénal des affaires au regard de non bis in idem

Si un accord de type CJIP ou DPA parvient jusqu'à son terme avec succès, la personne désormais en principe libre de toute poursuite n'est pas pour autant à l'abri d'une violation potentielle de ses droits fondamentaux. La vie des affaires étant par nature internationale, l'entreprise pourrait être poursuivie à l'étranger pour les mêmes faits, ce qui pose la question de la soumission des accords transactionnels au principe de non bis in idem (1). Or, pour cela, il faut que ces contrats particuliers en matière pénale puissent jouir d'une reconnaissance à l'international, ce qui soulève des interrogations relatives à leur statut (2).

##### 1. *La soumission des accords transactionnels à non bis in idem*

###### a. Le principe de non bis in idem

Le développement des nouvelles technologies a permis l'émergence de nouvelles manières de faire du commerce, notamment par le biais de l'instantanéité

des flux et des modes de paiement électronique, particulièrement rapides bien qu'effectués à distance. Ce phénomène a eu pour effet d'accentuer plus encore l'internationalisation de la vie des affaires, dont les barrières dématérialisées semblent s'estomper chaque jour davantage. Dans cette optique, la mise en œuvre des processus de justice négociée plus que jamais un risque de soulever des problèmes techniques au regard des pratiques internationales. En effet, une CJIP ou un DPA vont avoir des effets immédiats respectivement en France et aux États-Unis, mais les personnes morales concernées peuvent être de nationalité différente, et/ou avoir tout ou partie de leur activité à l'étranger. Or, comme c'est le cas pour la vie des affaires, la criminalité non plus ne connaît pas de frontières, et l'infraction commise dans la conduite d'activités commerciales peut causer des dommages dans d'autres pays. Par conséquent, l'entreprise peut également y être poursuivie, pour les mêmes faits ayant fait l'objet d'un accord. En ce sens, il convient de s'interroger sur la valeur juridique que revêt une réponse pénale transactionnelle, car c'est sur ce critère qu'elle va pouvoir s'insérer dans l'ordre juridique international. C'est justement lors de cette insertion qu'il est nécessaire de veiller à la protection des droits fondamentaux, puisque c'est à ce niveau-là que la société risque de rencontrer le plus d'obstacles. Pour maîtres Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen, « Cette préoccupation est légitime dans un domaine où les incriminations sont généralement transfrontières, donnent lieu à des procédures dans une pluralité de juridictions aux systèmes juridiques et judiciaires différents, et parfois sans le bénéfice de procédures de coopération judiciaire internationale<sup>97</sup>. »

Plus précisément, il est nécessaire de veiller à ce que le principe de non bis in idem, en vertu duquel nul ne peut être jugé deux fois pour les mêmes faits, soit respecté par des autorités étrangères. Il est consacré par de nombreux textes internationaux, comme par exemple l'article 4 du Protocole additionnel n°7 à la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et Libertés Fondamentales, ou encore l'article 14 du Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques de 1966. Ce principe existe également aux États-Unis sous le nom de *double jeopardy*, prévu par le cinquième amendement à la Constitution américaine et l'article 8§4 de la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme. Néanmoins, ce principe est fortement – si ce n'est entièrement – limité par la *dual sovereignty doctrine*, en vertu de laquelle un Etat fédéré peut poursuivre des faits commis sur son territoire, même lorsque ceux-ci ont l'ont déjà été et/ou sanctionnés par un autre Etat fédéré. En matière de droit des affaires, ce principe prend une importance nouvelle car de nombreuses entreprises ont développé des activités et des bureaux de manière transnationale. Pour autant, sa portée varie d'une juridiction à l'autre. En France, non bis in idem n'est traditionnellement applicable que pour des faits commis et jugés de manière définitive exclusivement à l'étranger<sup>98</sup>. En matière de justice négociée, la Cour de cassation a confirmé sa position dans un premier arrêt Pétrole contre nourriture du 14 mars 2018, en approuvant la décision de la Cour d'Appel de Paris du 26 février

---

<sup>97</sup> Le Deferred Prosecution Agreement Américain, La Semaine Juridique - Édition Générale - N° 38 - 16 Septembre 2013, Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen

<sup>98</sup> Articles 113-2 et 113-9 du Code pénal, article 692 du Code de procédure pénale

2016 ayant dénié l'autorité de chose jugée à un *guilty plea* effectué aux États-Unis par une entreprise également poursuivie en France, pour des faits identiques mais poursuivie sous des qualifications différentes. Il convient également d'envisager le cas d'un cumul de sanctions pénales et fiscales, puisque comme l'a affirmé la chambre criminelle de la Cour de cassation dans une série d'arrêts du 11 septembre 2019<sup>99</sup>, non bis in idem n'est applicable qu'en matière pénale, et les situations les plus sérieuses en termes de fautes à l'égard de l'Administration fiscale peuvent mener à un cumul de sanctions. Cette éventualité est admise de manière constante par le Conseil constitutionnel, à la seule condition que le principe de proportionnalité soit respecté, ce qui en pratique se traduit par des sanctions pécuniaires qui ne peuvent dépasser le montant maximal de l'une des sanctions encourues.

A l'international, non bis in idem reçoit des applications distinctes. Le droit issu de la Convention relative à l'Organisation pour la Coopération et le Développement Économique (OCDE) du 14 décembre 1960<sup>100</sup> impose que dans une situation de pluralité de compétence, l'Etat le plus à même d'exercer des poursuites en prenne la responsabilité. Par ailleurs, le droit issu de la Convention EDH<sup>101</sup> ne fait jouer ce principe qu'à l'égard de juridictions du même Etat. En droit de l'UE, seul les jugements définitifs rendus par un Etat membre jouissent de l'application de non bis in idem.

Lorsque la justice négociée est en jeu, le risque d'une double condamnation apparaît dans la potentielle superposition de procédures transactionnelle et juridictionnelle, à plus forte raison lorsque la première ne connaît pas d'équivalent dans un Etat où la seconde est en cours. Ce danger est d'autant plus important lorsque c'est la reconnaissance d'un DPA qui est en cours, puisque l'entreprise s'est engagée à ne pas contester les faits qu'elle a reconnus dans l'accord, au travers d'une clause dite de « muselière » (*muzzle clause*). Au-delà de ce risque, les incertitudes liées aux potentielles procédures subséquentes placent les entreprises dans une situation de grande insécurité juridique, ce qui est nocif pour la vie des affaires et surtout à l'opposé des avancements voulus par le DPA et la CJIP.

Ces considérations semblent avoir été prises en compte par la jurisprudence française comme américaine, puisqu'il est possible d'observer une récente évolution dans les prises de positions juridictionnelles. Ainsi, par un jugement du 18 juin 2015, le tribunal correctionnel de Paris s'est reconnu territorialement compétent pour juger quatre entreprises, mais les a relaxées au motif que les accords passés avec le DOJ américain avaient éteint l'action publique, sur le fondement de l'article 14§7 du Pacte de New York. Le raisonnement juridique du tribunal se distingue de la jurisprudence précédente en ce qu'il affirme que l'esprit du Pacte était d'éviter les situations où il y aurait des doubles condamnations. Ce faisant, il se rapproche du raisonnement habituel de la Cour EDH, et propose une interprétation téléologique du texte, tout à fait favorable au traitement de la matière pénale en général, mais dans ce cas aussi dans

---

<sup>99</sup> Crim. 11 sept. 2019, nos 18-81.067 et 18-82.430

<sup>100</sup> Article 4§3 de la convention relative à l'OCDE

<sup>101</sup> Article 4.1 du protocole n° 7 à la Convention EDH, arrêts de la Cour EDH : Böheim c. Italie, 22 mai 2007 n° 35666/05 ; Trabelsi c. Belgique, 4 septembre 2014, n°140/10 §162 ; Krombach contre France, 20 février 2018, n°67521/14

la vie des affaires. De plus, pour éviter un cumul de sanctions américaines et étrangères, le DOJ a systématisé la pratique du partage du montant de la sanction entre les deux autorités en introduisant cette ligne de conduite dans le *US Attorney's Manual*. Par exemple, dans l'affaire SMB Offshore, le DOJ américain a déjà abandonné les poursuites contre une entreprise néerlandaise ayant déjà conclu un accord avec le Ministère Public néerlandais, les 240 millions d'euros correspondant au montant de l'amende ayant été partagé entre les deux pays. Il ne s'agit pas d'une situation inédite, puisque l'on retrouve cette pratique dans différentes affaires : Vimpelcom en 2016<sup>102</sup>, Odebrecht en 2017, Rolls Royce en 2017, Telia en 2018, etc. Pour le Professeur Antoine Gaudemet et maître Noëlle Lenoir, cette avancée « ne constitue certes pas encore une reconnaissance internationale du principe *ne bis in idem*, sans doute hors de portée immédiate, mais néanmoins un pas pragmatique accompli dans cette direction<sup>103</sup>. »

Une évolution des pratiques est également perceptible en-dehors des juridictions, ainsi que l'illustrent les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public<sup>104</sup> de l'Agence Française Anti-corruption. En effet, ce texte encourage l'autorité de poursuites à se coordonner avec son homologue étranger afin de se concerter sur le montant total de l'amende, et aboutir à la désignation d'un montant unique lorsqu'une mise en conformité est nécessaire. Toutefois, selon les dispositions de l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale, si le siège de la personne morale est en France, la nomination de l'AFA en qualité de monitor s'impose, ce qui pourrait être source de désaccord avec les autorités étrangères et aboutir à des doublons.

Pour autant, ces cas restent isolés, ce qui fonde la critique de maîtres Laurent Cohen-Tanugi et Emmanuel Breen, qui dénoncent le « défaut d'harmonisation et de coordination internationales<sup>105</sup>. » Néanmoins, Astrid Mignon-Colombet<sup>106</sup> souligne qu'une évolution dans ce sens est également perceptible, ainsi que l'illustre une circulaire du 9 mai 2018 du DOJ américain, où la nécessité de la coordination avec les autorités de poursuite étrangères est mise en avant.

#### b. L'accord transactionnel, une décision de justice définitive ?

Les évolutions jurisprudentielles relatives à la reconnaissance de décisions de justice étrangères possèdent toutes un point commun : elles ne s'appliquent qu'aux décisions de justice définitive. Dans les procédures pénales traditionnelles, cette condition désigne l'expiration des délais ouverts pour exercer des voies de recours, ce

---

<sup>102</sup> United States v Vimpelcom LTD, Court Docket Number 16-CRM-137.

<sup>103</sup> « Corruption internationale : l'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il est passé de devenir réalité ? », *La Semaine Juridique n°40*, Antoine Gaudemet et Noëlle Lenoir, 2018

<sup>104</sup> Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

<sup>105</sup> Voir note de bas de page numéro 94

<sup>106</sup> « Réflexions sur le principe non bis in idem en cas de poursuites envisagées par des états distincts, » *De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, Astrid Mignon-Colombet, Colloque du 17 mai 2018

qui confère à la décision force et autorité de chose jugée. En matière de justice négociée, où il n'y a pas de décision à proprement parler si ce n'est celle de validation, et qu'il n'y a pas de voie de recours, la question de savoir si l'accord conclu dans le cadre d'une CJIP ou d'un DPA constitue un jugement définitif se pose. C'est particulièrement le cas en droit français, où la personne signataire de l'accord dispose après l'audience de validation un délai de dix jours pour se rétracter, ce qui ne correspond pas à un recours. De plus, en France comme aux États-Unis, le non-respect des obligations contractées dans le cadre d'un processus de justice négociée engendre un retour à une procédure pénale classique. Cela signifie que tant que la personne morale n'a pas intégralement effectué ce à quoi elle s'est engagée, l'accord mettant fin aux poursuites n'est pas définitif. C'est d'autant plus marquant en droit américain, où le Procureur ne fait que suspendre les poursuites le temps de la mise en œuvre de l'accord, et l'action publique ne s'éteint que lorsque ce dernier a entièrement été effectué.

La solution n'est pas certaine à ce jour, mais une construction jurisprudentielle semble s'être progressivement bâtie. La Cour de justice de l'Union Européenne, par un arrêt Gözütük et Brügge du 11 février 2003<sup>107</sup>, avait admis qu'une décision de classement sans suite rendue par les Parquets allemand et belge à la suite d'une procédure alternative aux poursuites puisse définitivement éteindre l'action publique. Si ces deux affaires ont été classées, cela suppose que les accords conclus entre le Ministère public et les personnes poursuivies aient été menés à leur terme. En ce sens, il convient de souligner que ce n'est pas l'audience de validation qui est prise en compte comme référence pour apprécier le caractère définitif de l'accord, mais bien l'abandon des poursuites par le Procureur. Outre l'aspect quelque peu troublant lié à l'inversion des rôles entre magistrats du siège et du parquet, cette solution peut soulever des difficultés. En effet, si aux États-Unis le Ministère Public ne fait que suspendre les poursuites, et auquel cas le classement sans suite prend tout son sens car il intervient à la toute fin de la procédure, le Procureur français met fin aux poursuites dès la signature de l'accord. Ce n'est qu'en cas d'échec de la CJIP qu'il devra réengager des poursuites. Dès lors, le régime juridique issu de cette décision apparaît comme variable et par conséquent source d'insécurité juridique, ce qui est contraire à la logique de la justice négociée.

## *2. Le statut d'un accord issu d'un processus de justice négociée en matière pénale*

### *a. Le lieu de l'élaboration de l'accord transactionnel, critère de sa reconnaissance à l'étranger*

Si un accord issu d'un processus de justice négociée doit nécessairement recevoir la qualification de décision de justice définitive afin de bénéficier de l'application du principe non bis in idem, cela ne constitue pas un gage de protection pour autant. En effet, même lorsqu'un Etat étranger reconnaît à une CJIP ou un DPA

---

<sup>107</sup> Affaires jointes C-187/01 et C-385/01.

ce statut, il n'est en rien contraint à considérer que ce contrat entre la personne morale qu'il poursuit et le Parquet d'un autre pays est de nature à éteindre chez lui l'action publique. En France, dans un arrêt Pétrole contre Nourriture du 14 mars 2018<sup>108</sup>, la Cour de cassation est venue préciser le régime applicable aux procédures négociées étrangères. En effet, elle a admis que ces dernières emportaient pleine reconnaissance en France lorsqu'elles avaient été élaborées par un Etat membre de l'Union Européenne. En revanche, lorsqu'elles l'ont été en dehors, le critère à prendre en compte est celui de la compétence française : si cette dernière est extraterritoriale, la solution est la même, mais lorsqu'elle est territoriale, non bis in idem est écarté. Cette position est en conformité avec les textes nationaux et internationaux, puisque non bis in idem ne vaut que pour les juridictions d'un même Etat. De plus, la volonté de coopérer avec les autorités étrangères, a fortiori lorsque ces dernières sont issues de l'UE, apparaît de façon évidente. Ainsi, une décision cadre du Conseil de l'UE du 30 novembre 2009<sup>109</sup> vise à promouvoir la coopération entre Etats membres afin d'éviter d'aboutir à une situation de double condamnation pour les mêmes faits. Elle impose notamment des obligations de requête d'informations, de réponses et de consultations directes, sous le contrôle de la Commission Européenne. Pour autant, Paris trace la limite lorsque les faits ont été commis sur le territoire français, auquel cas les autorités se réservent le droit de poursuivre les personnes morales dont le mode opératoire est contraire à la législation économique, sauf si déjà poursuivies par un Etat membre de l'UE. Pour Maîtres Madelain et Allouache<sup>110</sup>, cette « adoption de dispositifs de justice négociée participe à l'élaboration d'une coopération renforcée à l'échelle internationale et permet de lutter contre la délinquance économique tout en préservant les droits de la défense et en offrant aux entreprises la stabilité juridique nécessaire à la poursuite de leurs activités économiques. »

Aux États-Unis, la question du lieu de l'élaboration de l'accord de justice négociée n'est pas pertinente, puisqu'en vertu de la *dual sovereignty doctrine*, un Etats fédéré peut poursuivre une même personne pour les mêmes faits ayant déjà justifié des poursuites et/ou condamnation au sein d'un autre Etat fédéré. Si cette pratique peut paraître troublante au regard de l'atteinte au principe *ne bis in idem*, notamment du point de vue civiliste, elle n'est pas dépourvue d'atouts. En ce sens, le Professeur Louis d'Avout souligne qu'une « admission trop automatique du principe d'extinction des poursuites à raison de la première sanction prononcée exciterait les tentations de *forum* et *law shopping* indus, l'entreprise poursuivie pouvant par exemple vouloir transiger de façon précipitée avec l'autorité de poursuite étrangère afin d'être affranchie de tout risque de condamnation ultérieure dans son pays d'origine<sup>111</sup>. » Du reste, dans cette situation le partage du montant de la sanction constitue désormais la ligne directrice du DOJ.

---

<sup>108</sup> Cour de cassation, Ch. Crim., 14 mars 2018, n° 16-82117, Bull.

<sup>109</sup> DÉCISION-CADRE 2009/948/JAI DU CONSEIL du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales

<sup>110</sup> « La justice négociée », *Revue des juristes de Sciences Po*, Maîtres Madelain et Allouache, 16/05/2018

<sup>111</sup> d'Avout Louis, « Sanctions négociées La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », *Droits*, 2016/2 (n° 64), p. 73-96. DOI : 10.3917/droit.064.0073

## b. Le cas d'Airbus, exemple de coordination internationale de justice négociée

La coopération entre autorités de poursuites de différents Etats lorsqu'elles poursuivent toutes une même personne pour des faits identiques s'est progressivement installée dans la pratique, sans qu'on puisse pour autant évoquer une norme. Pour autant, l'année 2020 a vu émerger la plus importante coopération à ce jour dans l'affaire Airbus SE (anciennement EADS NV), qui apparaît comme un véritable pas en avant en ce sens que les Parquets français, américain et britannique ne se sont pas seulement entendus sur le montant des sanctions imposées à l'entreprise afin de ne pas violer le principe *non bis in idem*, mais aussi au stade de l'enquête. Si cette affaire est singulière en raison de l'importance et de l'étendue de la coopération entre autorités étrangères, elle n'est pas unique pour autant. En effet, les autorités françaises et américaines s'étaient déjà entendues notamment au sujet des éléments de preuve et le partage du montant de la sanction lors de l'enquête menant à la CJIP du 4 juin 2018 avec la Société Générale SA pour des faits qualifiés de corruption d'agent public étranger<sup>112</sup>.

L'affaire début en 2015, lorsque la direction d'Airbus remarque des irrégularités dans ses déclarations envers l'agence de crédit-export britannique, UK Export Finance (UKEF), qui exerce une fonction d'assureur. L'avionneur avertit le Serious Fraud Office (SFO) britannique, qui à son tour prévient son homologue français, BPI France (anciennement le COFACE). Le PNF ouvre alors une enquête préliminaire concernant les activités d'Airbus entre 2004 et 2016, et engage des poursuites des chefs d'abus de biens sociaux, abus de confiance, escroqueries en bande organisée, blanchiment de ces délits, faux et usage de faux. A partir de 2017, le SFO britannique et le PNF français ont créé une commission d'enquête commune, en se partageant géographiquement les lieux où il fallait ordonner des mesures d'enquête, précisément dans l'optique de respecter le principe *non bis in idem*. En parallèle, le Department of Justice américain a ouvert une enquête, suspectant la violation du FCPA ainsi que de la réglementation ITAR<sup>113</sup>. Outre la révélation volontaire de pratiques illicites, Airbus a activement coopéré avec les autorités, ce qui lui a permis de bénéficier de processus de justice négociée. Ainsi, le Procureur de la République Financier lui a proposé une CJIP, qui a été signée le 29 janvier 2020 et validée par le Président du tribunal judiciaire deux jours plus tard<sup>114</sup>. Par cet accord, Airbus s'est engagé à verser une amende de 2,083 milliards d'euros. Dans le même temps, c'est-à-dire au cours de la même semaine, la société a conclu deux DPA, respectivement au Royaume-Uni moyennant un paiement de 984 millions d'euros, et aux États-Unis de 526 millions d'euros. Au total, le montant de l'amende s'élève à 3,593 milliards d'euros.

---

<sup>112</sup> « Corruption internationale : l'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il est passe de devenir réalité ? », *La Semaine Juridique n°40*, Antoine Gaudemet et Noëlle Lenoir, 2018

<sup>112</sup> Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

<sup>113</sup> « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *Dalloz Actualité*, Pauline Dufourq, 18/02/2020

<sup>114</sup> Ord. n° 20/2020, 31 janv. 2020.

La création d'une commission d'enquête commune est tout à fait favorable à la logique de la justice négociée, puisqu'elle constitue un gain de temps et d'efforts considérables pour l'entreprise, qui n'a plus qu'un seul interlocuteur, mais aussi pour les autorités de poursuites qui œuvrent conjointement et donc se répartissent le fardeau de la preuve. Il convient toutefois de souligner qu'en l'espèce, la commission était de nationalités française et britannique, mais pas américaine, bien que cette possibilité soit envisagée par les conventions d'entraide judiciaire entre la France et les États-Unis. Si Guillaume Daïeff et Ghislain Poissonnier évoquent la piste d'une certaine « méfiance américaine à l'égard du multilatéralisme,<sup>115</sup> » ils remarquent surtout qu'Airbus n'a communiqué aucun élément au DOJ directement. Une explication peut résider dans la pratique du *Statement of Facts* et de la *muzzle clause* en découlant, dont les conséquences peuvent être particulièrement nocives pour l'entreprise dans le futur.

Au-delà des avantages pour toutes les parties aux accords conclus dans le cadre de l'affaire Airbus, ce cas de figure inédit a permis la restauration de la « souveraineté judiciaire<sup>116</sup> » de la France et du Royaume-Uni, c'est-à-dire le rééquilibrage des positions de force au détriment des États-Unis, qui depuis le FCPA étaient la référence mais aussi le principal acteur en matière de lutte contre la corruption. En effet, Guillaume Daïeff et Ghislain Poissonnier soulignent ainsi que le seul monitor chargé de contrôler la mise en conformité sera l'AFA, et que la France conservera 58% du montant total de l'amende, le Royaume-Uni 27% et les États-Unis 15%. Pour ces magistrats, l'explication de ce revirement de rapport de domination au profit cette fois-ci de la France se trouve dans l'existence de la loi du 26 juillet 1968<sup>117</sup>, dite loi de blocage, qui interdit de faire droit à une demande d'entraide judiciaire lorsqu'elle celle-ci risque de « porter atteinte à l'ordre public ou aux intérêts essentiels de la Nation. » Il existe selon eux un deuxième facteur, lié à des considérations pratiques puisque le siège d'Airbus est situé en France, ce qui fait que les autorités françaises sont le mieux placées pour effectuer des mesures d'enquête tendant à la recherche de preuves. Mais surtout, ils estiment que ce changement est dû à « l'assurance que donne désormais la France de savoir faire la police elle-même, auprès des acteurs opérant sur son territoire : le PNF, la CJIP, l'AFA sont autant d'outils nécessaires pour donner cette assurance<sup>118</sup>. »

---

<sup>115</sup> « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévéléation des faits levés », Gaz. Pal. 24 mars 2020, n° 376p2, p. 24, Guillaume Daïeff et Ghislain Poissonnier

<sup>116</sup> Voir note de bas de page numéro 113

<sup>117</sup> LOI n° 68-678 du 26 juillet 1968

<sup>118</sup> Voir note de bas de page numéro 113



# Conclusion

<b>I. Les perspectives d'évolution de la justice négociée .....</b>	<b>89</b>
A. Les limites de la « justice dealatoire ».....	89
B. Vers une nouvelle forme de défense pénale.....	92
<b>II. L'extension du domaine de la justice négociée.....</b>	<b>94</b>
A. L'admission du recours aux CJIP pour les personnes physiques ? .....	94
B. L'émergence de processus de justice négociée en matière environnementale	96

Les processus de justice négociée se sont développés aux États-Unis au même rythme que la justice pénale, tandis qu'en Europe ils constituent une étape que les États franchissent avec timidité. Aujourd'hui, sous l'influence de Washington, ils sont en voie d'incorporation au paysage juridique français et britannique, mais en adoptant les caractéristiques propres aux traditions européennes. Ce faisant, les grandes capitales européennes témoignent de leur volonté d'encourager la coopération internationale pour lutter contre la criminalité d'affaires et en particulier la corruption, facilitées par une société mondialisée et instantanée, sans pour autant renoncer à leur identité juridique. Peut-être ce point de comparaison encore en voie de développement était-il nécessaire pour faire apparaître les limites inhérentes à la CJIP et au(x) DPA, voire aux deux. En effet, derrière les objectifs de prévention, de sanction et de suivis, la justice négociée révèle d'importants défis en matière de respect des droits fondamentaux, qui peinent à conserver – ou même trouver – leur place dans des rythmes dictés par les exigences du marché et non plus par la justice. Or, les avancées réalisées en matière de lutte contre la délinquance d'affaires ne peuvent se faire au détriment des garanties du procès pénal, ce qui justifie qu'il existe des perspectives d'évolution pour la justice négociée (I). Malgré ces obstacles que la CJIP et le DPA devront surmonter, il n'en demeure pas moins que ces procédures constituent une réussite, au point qu'il apparaisse souhaitable d'étendre leur domaine respectif (II).

## **I. Les perspectives d'évolution de la justice négociée**

Les processus de justice négociée que sont le DPA et la CJIP se sont révélés être un succès dans la lutte contre la corruption, en ce qu'ils permettent à toutes les parties d'opérer un gain à la fois de temps et pécuniaire. Pourtant, cette victoire a un prix, notamment au regard de la place de la justice pénale dans ces procédures spécifiques ainsi que de l'opinion publique, révélant ainsi ses limites (A). Parallèlement, ces modes nouveaux de traitement de la délinquance d'affaires insufflent des évolutions au sein de la justice elle-même, à commencer par la défense pénale (B).

### **A. Les limites de la « justice dealatoire<sup>119</sup> »**

Le DPA américain et la CJIP française s'insèrent tous deux dans la grande catégorie de ce qu'Antoine Garapon et Maître Pierre Servan-Schreiber nomment la « justice dealatoire<sup>120</sup>. » Selon ces auteurs, ce terme fait référence aux *deals* de justice, c'est-à-dire aux contrats scellant juridiquement la volonté des personnes poursuivies et du Ministère Public de négocier la peine de la première moyennant informations, coopérations et mise en conformité. Il désigne également « cette

---

<sup>119</sup> Garapon Antoine, Servan-Schreiber Pierre, « Un changement de paradigme », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 1-22. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0001.

<sup>120</sup> Voir note de bas de page numéro 119

curieuse attitude qui consiste à remettre toujours le moment de la justice<sup>121</sup>. » Cette dernière observation désigne l'apanage du contrôle de la procédure qui est dévolu au Procureur, au détriment du juge dont le rôle est réduit à une simple homologation survenant après un contrôle de surface. Cette redistribution des fonctions trouve son fondement dans la nature en théorie consensuelle des processus de justice négociée, puisque les parties s'accordent pour transiger et en retirent toutes deux des bénéfices non négligeables, mais qui dans la pratique révèle un important déséquilibre entre le Procureur et la personne morale poursuivie, tendant à conférer au contrat la qualification d'adhésion. Dès lors, ce *deal* en apparence *win-win* apparaît aux entreprises comme une procédure de coopération forcée, entraînant d'importantes conséquences puisqu'au-delà de l'amende pécuniaire, elle s'expose à un monitoring plus ou moins contraignant et surtout l'accord ne s'étend pas en France aux personnes physiques. Pour autant, la société poursuivie est jusqu'à un certain point gagnante, puisqu'elle bénéficie tout au long du processus d'une importance discrétion visant à éviter des dommages relatifs à son activité, occasionnés par l'information du grand public de ses mauvaises pratiques. De plus, la négociation lui permet d'éviter une amende plus élevée, ainsi que – surtout – les peines complémentaires qui pourraient sonner le glas de leur activité. De l'autre côté, le Parquet jouit de sa position privilégiée pour imposer à l'entreprise une importante pression, liée sur la crainte en cas de non-signature de l'accord ou de non-conformité aux exigences du Procureur de retourner à une procédure pénale classique. Ainsi, il amène la personne morale à « coopérer contre soi-même,<sup>122</sup> » en lui fournissant éléments de preuve et informations et en lui imposant le plus souvent un monitor pour surveiller l'assainissement de ses pratiques.

C'est précisément au cours de ces négociations puis la mise en œuvre de l'accord tous deux par définition secrets que le risque de violation des droits fondamentaux de la personne morale est le plus élevé. D'emblée, les droits de la défense peinent à s'exercer puisque si la société espère obtenir un DPA ou une CJIP, la coopération – voire l'auto-dénonciation – sont des critères favorables augmentant ses chances de se les voir proposer. De plus, il semblerait que les garanties du procès pénal telles que le droit au silence et de ne pas s'auto-incriminer soient également mises à mal, tout particulièrement aux États-Unis où la *muzzle clause* empêche la personne de contester les faits inclus dans l'accord dans une procédure subséquente, ou en cas d'échec de celui-ci. Pourtant, même lorsque le contrat a été signé, correctement et intégralement exécutée par l'entreprise, celle-ci n'est pas toujours à l'abri de poursuites puisque celles-ci peuvent s'exercer à l'étranger lorsque l'infraction y a eu des effets, ou selon les règles de compétence particulièrement extensive de certains pays sont applicables, telles que celles des États-Unis lorsque la monnaie utilisée pour l'infraction était le dollar.

---

<sup>121</sup> Voir note de bas de page numéro 119

<sup>122</sup> Gros Frédéric, « Coopérer contre soi-même », dans : Antoine Garapon éd., Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 173-186. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0173.

Dans ce contexte, « le marché semble être un monde qui ne répond plus qu'aux risques, où tout, jusqu'à la loi pénale, est assimilé à un risque.<sup>123</sup> » Cette perception de la justice répond en tout point à la théorie du choix rationnel, qui se fonde sur le postulat selon lequel les agents, ici les acteurs du marché, agissent de manière rationnelle en évaluant pour chaque action les coûts et les profits qu'elle va engendrer. En ce sens, les conséquences de la loi pénale constituent une possibilité, un risque à prendre, qui ne se justifie qu'au regard des bénéfices, nécessairement supérieurs, que rapportera l'infraction. Si cette théorie n'est nullement nouvelle en matière de criminologie, elle prend une importance nouvelle lorsqu'elle est appliquée au processus de justice négociée. En effet, ces derniers peuvent permettre de réduire le risque par le biais de la négociation (exclusion de certaines sanctions, limitation du montant de l'amende, etc.), tout en décalant le prisme de la sanction d'une peine imposée par le haut vers des concessions interdépendantes et horizontales. Si ces procédés ne suivent pas nécessairement les exigences de la sécurité juridique, ils permettent néanmoins aux entreprises d'effectuer un meilleur calcul des coûts et bénéfices. Pour autant, il convient de souligner que cela ne les porte pas nécessairement plus à commettre des infractions, car la possibilité d'opérer ces calculs repose sur la poursuite de l'activité de la personne morale une fois ses pratiques assainies, puisque cette dernière a une place et un rôle au sein de la société civile. Au-delà, Antoine Garapon et Maître Pierre Servan-Schreiber relèvent que la justice négociée vient perturber les relations traditionnelles entre différents acteurs issus du marché, des autorités gouvernementales et au sein même de l'entreprise. En effet, « alors que ces relations étaient justifiées par le profit ou le salaire, la loi propose un surprofit ou un substantiel complément de rémunération<sup>124</sup>. » Autrement dit, en proposant des récompenses contre l'(auto) incrimination, à travers les peines négociées ou la récompense de lanceurs d'alerte, la loi pénale se livre elle aussi à des choix rationnels et, fatalement, à des calculs pour obtenir un profit, en l'occurrence la découverte et la sanction des infractions. Dès lors, ce ne sont plus seulement les entreprises qui se livrent à des calculs, mais également les acteurs de la lutte contre la criminalité d'affaires, embrassant de ce fait une conception particulièrement libérale de la justice, fondée sur le fonctionnement du marché.

En somme, afin de faire face au développement et à l'adaptation perpétuel de la criminalité, les autorités de poursuites s'adaptent et adoptent le même mode de fonctionnement. Les entreprises délinquantes y gagnent, de même que la justice puisque les auteurs de l'infraction sont sanctionnés, les victimes indemnisées et les mesures de mise en conformité prises pour éviter la réitération des faits. Pourtant, force est de constater que « la justice est passée sans jamais se dire,<sup>125</sup> » puisqu'elle ne s'opère qu'à travers ces *deals* discrets. Dès lors, il convient de s'interroger sur la perception que peut en avoir la population, notamment en considération de l'importance des montants transigés dans une CJIP ou un DPA. Si aux États-Unis, cette pratique a largement été entérinée, elle peut sembler plus troublante en France,

---

<sup>123</sup> Voir note de bas de page numéro 119

<sup>124</sup> Voir note de bas de page numéro 119

<sup>125</sup> Voir note de bas de page numéro 119

où il n'existe pas d'équivalent pour les personnes physiques et peut de ce fait donner l'impression que les criminels en col blanc sont favorisés et qu'il existe une justice à deux vitesses. Or, cette conception est elle-même erronée en ce sens que les deals de justice ne sont ouverts qu'aux personnes morales, et non à leurs dirigeants. Il s'agit donc plutôt, à nouveau, d'une procédure créée sur mesure pour s'adapter à la vie des affaires, pensée pour permettre aux entreprises de poursuivre leur activité, quitte à renouveler les dirigeants dont les pratiques ne sont pas saines si nécessaires.

## B. Vers une nouvelle forme de défense pénale

L'insertion des processus de justice négociée au sein des instruments dédiés à la lutte contre la criminalité d'affaires n'est pas sans conséquences sur la façon dont s'exerce la justice. Outre le fait que celle-ci évolue d'une conception verticale, imposée du haut vers le bas, à horizontale, négociée en principe entre parties égales, elle redéfinit les garanties du procès. Il n'y a plus de procès à proprement parler, si bien que la conception de la justice comme un duel perd tout son sens. Dans cette optique, les droits fondamentaux d'hier, encore considérés à leur juste valeur au sein des procédures pénales classiques, semblent avoir été dépassés par des considérations plus pragmatiques : le secret et la négociation, inhérents tant au DPA qu'à la CJIP. Par conséquent, défendre les intérêts de l'entreprise poursuivie prend une toute autre tournure, tant pour elle-même que pour son conseil, ce qui va mener à l'émergence d'une nouvelle forme de défense pénale.

Astrid Mignon-Colombet considère que dans le cadre d'un processus de justice négociée tel que la CJIP ou le DPA, la réponse de l'entreprise poursuivie se rapproche du *self-defense*,<sup>126</sup> se référant à la pratique des personnes physiques visant à se défendre seules en cas d'agression. Plus précisément, elle perçoit son action comme une forme de *forward drive*, c'est-à-dire un mouvement visant à récupérer l'initiative. Ce parallèle avec le sport est particulièrement bien choisi en ce sens que la personne morale, une fois découverte, va coopérer avec l'autorité judiciaire et multiplier les initiatives de mise en conformité afin de pouvoir négocier sa peine. L'auteur pousse la comparaison en soutenant que face à un agresseur armé, la seule façon de rester en vie est de lui obéir. De même, l'entreprise menacée par le Parquet doit aller dans son sens, sous peine de se voir tout à fait détruite non pas par un couteau mais par une procédure pénale classique et des sanctions sévères à l'issue desquelles elle ne pourrait pas se relever. En ce sens, elle devient elle-même son propre juge : en prenant des initiatives, en reconnaissant les faits, en instituant de plus amples procédures de contrôle, en visant à se mettre en conformité, en réparant spontanément le dommage causé et en négociant sa peine, elle devient « la nouvelle bouche de la loi<sup>127</sup>. »

---

<sup>126</sup> Mignon Colombet Astrid, « La self-defense des entreprises », dans : Antoine Garapon éd., Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 79-100. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0079.

<sup>127</sup> Voir note de bas de page numéro 126

Au sein de ces procédures particulières, l'avocat chargé de la défense de l'entreprise doit lui aussi faire évoluer ses pratiques. Il est en France tenu au secret professionnel, dont même son client ne peut le délier, et jouit aux États-Unis du *legal privilege*, qu'il peut opposer à quiconque afin de ne pas dévoiler des informations concernant son client, à moins que celui-ci n'y renonce. De plus, l'avocat américain ne peut présenter au tribunal des faits qu'il saurait ne pas être véridiques, sous peine d'être complice de mensonges avec son client, ce qui n'est pas négligeable dans le procès américain où chaque personne amenée à parler doit prêter serment sur la Bible de ne dire que la vérité. Dans les processus de justice négociée, l'avocat français ou américain œuvre un peu contre-nature, puisqu'il va aider l'entreprise à coopérer avec les autorités, et en un certain sens coopérer donc lui aussi. De plus, lorsqu'un monitor est imposé à l'entreprise, celui-ci peut tout à fait être issu de la profession d'avocat. Au-delà de l'impression que la personne morale peut avoir de rémunérer un conseil pour qu'il assiste les autorités de poursuite, certains se demandent s'il s'affaire à la recherche de la vérité ou à la défense de son client, jugeant ces deux objectifs inconciliables. En réalité, pour que la coopération soit efficace et rapporte les effets escomptés, les autorités doivent être convaincues de son authenticité, ce qui pousse l'avocat à aller dans ce sens. Au-delà, dans une procédure de coopération librement choisie par l'entreprise qu'il défend, il pourrait aux États-Unis se rendre coupable d'obstruction à la justice s'il venait à dissimuler des éléments à charge aux autorités. Son rôle de conseil se réduit alors à trouver des échappatoires légales, fondées sur des textes légaux, pour éviter cette communication. A défaut, il pourra débattre de leur force probante, minimiser leur importance, etc. pour service au mieux les intérêts de son client. Néanmoins, le risque de violation des droits fondamentaux de ce dernier ne fait que s'accroître, car le Parquet américain pourra exiger qu'il renonce à son *legal privilege* en gage de sa bonne foi, faisant ainsi reculer les garanties de défense de l'entreprise au profit d'une plus ample coopération, centrée sur l'auto-incrimination.

Pour autant, Maître Pierre Servan-Schreiber<sup>128</sup> considère que le métier d'avocat n'a pas changé, mais qu'il s'exerce seulement dans un cadre distinct. Comme dans une procédure pénale classique, il ne doit pas se limiter aux faits bruts, mais avancer une argumentation solide et logique visant à défendre aux mieux les intérêts de son client. Pour le Professeur Frédéric Gros, « l'art de défendre, pour l'avocat, devient celui d'une capacité à confirmer et à moduler une sanction financière, dont le principe est par avance accepté, sur la base d'une reconnaissance première des faits d'accusation, en produisant une enquête exemplaire qui témoigne finalement du souci de l'entreprise à coopérer à la mise en lumière de ses dysfonctionnements internes<sup>129</sup>. »

Néanmoins, l'appui qu'il aura pu prodiguer à son client sous forme de conseils lors de la procédure d'enquête n'est pas quantifiable, et il est probable qu'il conserve à ses

---

<sup>128</sup> Servan-Schreiber Pierre, « L'avocat serviteur de deux maîtres ? », dans : Antoine Garapon éd., Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 101-116. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0101.

<sup>129</sup> Gros Frédéric, « Coopérer contre soi-même », dans : Antoine Garapon éd., Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 173-186. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0173.

yeux l'image d'auxiliaire des autorités de poursuites, à plus forte raison lorsque la personne morale n'est pas satisfaite des conséquences de l'accord conclu. En ce sens, « la nouvelle conformité, en créant un nouveau rôle pour l'avocat, lui impose donc de nouvelles contraintes, à commencer par celle de réinventer la défense<sup>130</sup>. » Néanmoins, l'avocat n'est pas le seul à voir ses pratiques modifiées, car s'il peut prodiguer des conseils à l'entreprise avant toute procédure judiciaire, l'essentiel de son travail, en défense, intervient a posteriori. Or, dans une logique de calcul coûts/avantages, la personne morale va chercher à anticiper les potentielles infractions à la législation pénale. C'est dans cette optique que s'est développée la profession de *Compliance Officer*, ou de Directeur/Directrice de la Conformité. Chargé de veiller au respect des normes légales et déontologiques nationales comme internationales, d'établir des contrôles et audits internes, de lutter contre la criminalité d'affaires, cet organe permet avant toute procédure judiciaire de diminuer drastiquement les risques de violation, et après son enclenchement de diminuer les coûts et le temps nécessaire à la réunion d'éléments d'enquête, ainsi qu'à témoigner de la bonne foi de la personne morale qui avait souhaité prévenir toute infraction.

## **II. L'extension du domaine de la justice négociée**

Malgré la marge de progression que les processus de justice négociés français comme américain seront inévitablement amenés à intégrer dans leur fonctionnement, les succès de la CJIP et du DPA en matière de criminalité d'affaires permettent de s'interroger sur une possible extension de leur domaine. Si en France, la principale question demeure celle de l'admission du recours aux CJIP pour les personnes physiques (A), la possibilité de recourir à la justice négociée en matière environnementale devient de plus en plus attractive au plan international (B).

### **A. L'admission du recours aux CJIP pour les personnes physiques ?**

S'il est incontestable que la CJIP française se soit inspirée du DPA américain, le processus n'a en rien été une transposition, mais une intégration dans un système juridique distinct qui a nécessité certaines adaptations. La plus importante est sans doute la fermeture des processus de justice négociée aux personnes physiques. Il convient en ce sens de souligner que la CRPC, ouverte aux individus, n'est pas comparable à une CJIP ou un DPA puisqu'elle emporte reconnaissance de culpabilité et inscription au casier judiciaire de la personne, précisément ce que ces procédés permettent d'éviter. Pour autant, cette exclusion n'est pas définitive et pourrait être sujette à évolution.

En effet, l'ouverture de la CJIP aux individus apparaît tout à fait souhaitable, en premier lieu pour des raisons de cohérence juridique. Il peut ainsi sembler difficile de justifier une telle différence de traitement entre personnes physiques et morales, si ce n'est que les dernières ne peuvent commettre d'infractions qu'à travers les premières.

---

<sup>130</sup> Voir note de bas de page numéro 126

Pourtant, les Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public<sup>131</sup> rappelle le principe : « Nonobstant la conclusion d'une CJIP, les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent personnellement responsables. L'intérêt public exige que de telles poursuites soient exercées chaque fois que les conditions juridiques le permettent. Les investigations internes conduites par l'entreprise doivent donc également contribuer à établir les responsabilités individuelles. » Ces orientations peuvent s'expliquer par le fait que les entreprises seront soumises à d'importantes mesures de contrôle tendant à leur mise en conformité avec la législation, ce qui peut également passer par un changement de direction. Cela n'est pas le cas des personnes composant ce dernier comité, qui pourraient adopter à nouveau un comportement similaire dans un autre lieu. De plus, cette décision prend en compte la place de l'entreprise dans la société, son utilité pour l'intérêt général, et c'est grâce au DPA ou à la CJIP qu'elle pourra poursuivre son activité, mais amputée de ses mauvaises pratiques. Autrement dit, les conséquences pour tous seraient plus dommageables à défaut de justice négociée, ce qui vise l'offre existant sur les marchés pour les consommateurs, mais aussi les salariés de la personne morale qui risqueraient de perdre leur emploi. Or, ces avantages ne s'appliquent nullement auxdits salariés. Dès lors, il apparaît que derrière le principe de la CJIP est celui de « sanctionner les mauvaises pratiques des dirigeants tout en sauvegardant le moral de l'entreprise »<sup>132</sup>. Cette distinction peut s'avérer un peu troublant au regard du principe de l'égalité devant la loi, ne serait-ce que parce que toutes les entreprises ne se voient pas proposer une CJIP alors même que les conditions sont réunies, laissent une fois de plus entendre que les acteurs de la justice se livrent à des calculs coûts/avantages au même titre que ceux qu'ils sont amenés à juger.

En second lieu, refuser la CJIP aux personnes morales revient à placer les dirigeants de sociétés dans une situation impossible. En effet, ils sont d'un côté forcés de coopérer avec la justice en lui fournissant des renseignements très extensifs pour sauver l'entreprise, mais de l'autre ils doivent songer à ne pas fournir aux autorités de poursuite des éléments qui pourraient être retenus contre eux. Au-delà de l'aspect troublant que peut revêtir un tel dilemme, ce dernier est tout simplement contreproductif : entre le salut de l'entreprise ou le sien, nul doute que les dirigeants de celle-ci opteront pour la seconde option. Dès lors, cela revient à anéantir les chances de succès d'un potentiel accord. Si, en revanche, et comme c'est le cas aux États-Unis, les personnes physiques pouvaient se voir offrir une CJIP réglant leur situation, elles seraient plus enclines à coopérer avec la justice, renforçant l'efficacité du dispositif.

Enfin, il semblerait qu'il y ait une véritable attente de la part des personnes physiques concernées en la matière, comme en témoigne le recours fréquent des dirigeants à une CRPC alors que l'entreprise a bénéficié d'une CJIP. Outre les

---

<sup>131</sup> Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019

<sup>132</sup> J.-P. Mignard, Convention judiciaire d'intérêt public : une confiance à bâtir, *Revue des juristes de Sciences Po* n° 16, janv. 2019, p. 11.

inconvenients précédemment évoqués, et le fait qu'il ne s'agisse nullement de procédures similaires, la CRPC comporte des risques. En effet, elle n'est pas en pratique accompagnée des garanties de discrétion qui font le succès du DPA et de la CJIP, et surtout, tant que la proposition du Procureur n'a pas été homologuée par le juge, la personne physique peut être renvoyée devant le tribunal correctionnel selon une procédure classique, ce qui a été le cas dans l'affaire UBS en 2016. C'est pourquoi Pauline Dufourq et Capucine Lanta de Berard affirment qu'« à l'aune de ces observations, seule la promotion de procédure négociée attractive et protectrice des droits de la défense permettra d'encourager les personnes physiques à recourir à cette nouvelle forme de justice négociée<sup>133</sup>. » Il semblerait que les praticiens du droit y soient également favorables. En effet, le 4 mai 2020, le Parquet de Nice a signé une CJIP prévoyant 1,4 millions d'euros d'amende et 10, 3 millions d'euros au titre des sommes éludées, avec la société suisse Swiru Holding AG, ayant sous-déclaré à l'administration fiscale le montant d'achat d'une villa de luxe pour le compte d'un milliardaire russe. S'agissant de la onzième CJIP française en trois ans, et la première signée par un Parquet hors d'Ile-de-France, elle constitue l'illustration de la démocratisation de cette procédure, notamment en matière de fraude fiscale. Mais surtout, elle apparaît comme étant innovante en ce sens que les faits litigieux avaient été principalement commis par des personnes physiques, et non pas par la société. De plus, le Procureur de la République Financier, François Bohnert, a exprimé être « favorable<sup>134</sup> » à l'ouverture des CJIP aux personnes physiques, estimant que le modèle où un juge tranche un litige n'est plus le mode exclusif de rendre la justice.

## B. L'émergence de processus de justice négociée en matière environnementale

Si les caractéristiques de la CJIP ou du DPA en font des outils particulièrement adaptés à la temporalité mais aussi aux contraintes et objectifs de la vie des affaires, elles ne le sont pas exclusivement. En effet, le fait que ces procédures privilégient la réparation et surtout la mise en conformité par rapport à la sanction, le tout dans un cadre temporel limité, n'est pas sans attrait pour les acteurs de la protection de l'environnement. Aux États-Unis, le recours à la justice négociée est toujours possible, y compris donc en matière environnementale. En France, si les dispositifs légaux en matière environnementale fonctionnent, ils demeurent trop longs et perdent en efficacité car le dommage causé à la faune et la flore s'est souvent étendu, rendant la réparation plus difficile. De plus, s'il est possible de saisir le juge administratif avant la création de tout dommage lorsque le risque que ce dernier soit causé existe, ces cas restent limités. Or, pour que la protection de la nature soit efficace, il vaut mieux agir a priori, ce qui suppose que les personnes morales concernées puissent agir d'elles-mêmes et non pas simplement sous la menace.

---

<sup>133</sup> « Justice négociée : quel sort pour les personnes physiques ? », Dalloz Actualité, Pauline Dufourq et Capucine Lanta de Berard, 0/09/2019

<sup>134</sup> « JF. Bohnert (PNF) : "Notre intervention ne doit pas s'apparenter à une double sanction" », *Décideurs Magazine*, Pascale d'Amore, 08/01/2020

C'est dans ce cadre que le gouvernement a soumis au Parlement par une procédure accélérée un Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée, validé en première lecture par le Sénat le 3 mars 2020. Ce texte prévoit d'insérer dans le Code de procédure pénale un article 41-1-3, ouvrant le recours aux CJIP pour traiter des délits prévus par le Code de l'environnement.

Néanmoins, certains auteurs s'interrogent sur l'opportunité réelle d'étendre le domaine de la justice négociée en dehors du droit des affaires. En effet, cela pourrait pour l'heure soulever des difficultés pratiques, puisqu'il n'existe pas d'équivalent à l'AFA en matière environnementale. Il convient de souligner que c'est un obstacle que les États-Unis ne connaissent pas, puisque la Environmental Protection Agency peut au même titre que la SEC proposer un DPA à une entreprise. De plus, ces procédures reposent sur la pleine et entière coopération de la personne morale poursuivie, ce qu'elle ne pourrait accepter de faire, notamment au vu du faible respect des garanties du procès pénal, que si elle y a intérêt. Autrement dit, la CJIP ne peut fonctionner que si l'entreprise nourrit l'espoir qu'en transigeant avec les autorités de poursuite elle bénéficiera d'une peine moins sévère que si cette dernière avait été imposée par un juge. Or, comme le soulignent Emmanuel Daoud et Hugo Partouche<sup>135</sup>, les poursuites engagées pour infractions à la législation environnementale sont peu fréquentes, et les condamnations encore moins. Dès lors, quel intérêt une entreprise aurait-elle à coopérer avec le Parquet alors qu'elle risque peu dans une procédure pénale traditionnelle ? Pour autant, ces considérations sont amenées à évoluer, suivant la tendance visant à renforcer les mesures de lutte pour la protection de l'environnement, ce qui comprend les sanctions en la matière. De plus, dans un futur plus proche, la pratique du *Name and Shame*, visant à dénoncer les pratiques de certaines sociétés sur les réseaux sociaux, pourrait encourager l'extension du domaine de la CJIP aux infractions environnementales afin d'éviter la divulgation publique de ses fautes, parfois plus dommageable pour son activité qu'une décision de justice.

\*\*\*

L'insertion de processus de justice négociée dans la vie des affaires a initié une modification du rapport à la loi pénale qu'entretienne les entreprises et leurs dirigeants. Dans le but de permettre la continuité de l'activité des entreprises une fois qu'elles ont coopéré avec les autorités judiciaires, se sont acquittés d'une onéreuse amende et ont accepté un programme de mise en conformité, la possibilité de transiger avec le Procureur a permis d'opérer des calculs pour chiffrer le risque et les avantages que représentent la commission de l'infraction. « La justice pénale renonce à sa composante afflictive et assume plutôt un caractère conformatif. Ce n'est pas pour

---

<sup>135</sup> « Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives », Dalloz actualité, Emmanuel Daoud et Hugo Partouche, 27 avril 2020

autant qu'elle disparaît ou qu'elle renonce complètement à sa capacité sanctionnatrice. Elle apprend tout simplement à faire face à la puissance autonome sanctionnatrice du marché : la perspective d'abandonner l'entreprise à cette dernière représente en soi une menace de sanction<sup>136</sup>. » Mais cette prévisibilité et la discrétion qui accompagne ces procédures particulièrement rapides ont un prix : le relai des garanties du procès pénal à une place de second rang. Une fois entamées les négociations en vue de la signature d'un accord transactionnel, les entreprises se retrouvent prises dans un engrenage où elles se voient forcer de coopérer contre elles-mêmes<sup>137</sup>, sous peine de subir les conséquences plus dommageables d'une procédure pénale classique, et sans aucune garantie de voir la CJIP ou le DPA reconnu dans un autre Etat où elles seraient poursuivies pour les mêmes faits. De plus, les personnes physiques sont pour l'heure en France exclues du domaine de la CJIP, ce qui place les dirigeants de l'entreprise poursuivie dans une position délicate puisqu'en coopérant au nom de la personne morale, ils risquent de s'auto-incriminer eux-mêmes.

Cette insertion s'est accompagnée d'un mouvement de prévention, en imposant une procédure de contrôle interne avant la commission de toute infraction au travers de structures de compliance dans les entreprises ayant atteint une certaine importance, et en instituant un régime favorable aux lanceurs d'alerte. Mais pour que ces procédés soient efficaces, il faut que le prisme de la sanction apparaisse réel et suffisamment sérieux pour qu'il soit de nature à dissuader les délinquants en col blanc.

« Une conclusion ? Pour que la pénalisation des affaires ne soit ni laxiste ni rigide, une exigence s'impose : analyser l'impact réel des textes et, dans un art tout d'exécution, doter les autorités compétentes des moyens budgétaires adéquats à la mise en œuvre de normes cohérentes et prévisibles. La prévention restant un idéal, la sanction est réaliste<sup>138</sup>. » Mais dans un cas comme dans l'autre, l'adaptation de la législation pénale aux rythmes du marché et des besoins de la vie des affaires ne peut se faire au détriment des garanties fondamentales, leurs titulaires fussent-ils uniquement des personnes morales.

---

<sup>136</sup> Galli Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018/2 (N° 2), p. 359-385. DOI : 10.3917/rsc.1802.0359.

<sup>137</sup> Gros Frédéric, « Coopérer contre soi-même », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 173-186. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0173.

<sup>138</sup> Chaput Yves, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 87-102. DOI : 10.3917/pouv.128.0087.



# Bibliographie

## Ouvrages

### En langue française

- *L'Homme criminel*, Cesare Lombroso, 1876
- « Des transformations du droit pénal et les progrès de la médecine légale de 1810 à 1912 », *Archives d'anthropologie criminelle de médecine légale et de psychologie normale et pathologique*, vol. 28 1913, p. 364, Alexandre Lacassagne
- *Droit, législation et liberté*, Friedrich Hayek, 1973
- Karl Marx, *Le Capital*, 1867
- Michel Foucault, *Surveiller et Punir*, 1975
- Cellupica Nicolas, Oudin Charles Joseph, « Le pouvoir de composition de l'Autorité des marchés financiers. Vers une contractualisation de la répression en matière boursière », dans : Marie-Anne Frison-Roche éd., *Droit et économie de la régulation. 5. Responsabilité et régulations économiques*. Paris, Presses de Sciences Po, « Hors collection », 2007, p. 157-169. URL : <https://www.cairn.info/droit-et-economie-de-la-regulation-5--9782247075713-page-157.htm>
- Boulon Olivier, « Une justice négociée », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 41-78. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0041. URL : <https://www.cairn.info/deals-de-justice--9782130627630-page-41.htm>
- Gros Frédéric, « Coopérer contre soi-même », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 173-186. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0173. URL : <https://www.cairn.info/deals-de-justice--9782130627630-page-173.htm>
- Cornish, D., & Clarke, R. (1987). Comprendre le déplacement de la criminalité : Une application de la théorie du choix rationnel. *Criminologie*, 25 (4), 933-947
- M. Véron et G. Beaussonie, *Droit pénal des affaires*, Dalloz, 2019
- *FCPA La France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Emmanuel Breen, Lextenso, 2017
- *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique: Comment les Etats-Unis déstabilisent les entreprises européennes*, Ali Laïdi, 2019

## En langue anglaise

- Matthew Josephson, *The Robber Barons*, 1934
- "The Problem of White Collar Crime", *White Collar Crime. The Uncut Version*, préface de Gilbert Reis et Colin Goff, New Haven & London, Yale University Press, 198
- B.L. Garrett, *How Prosecutors Compromise with Corporations*, Cambridge, Harvard University Press, 2014.

## Articles

### En langue française

- Van de Kerchove Michel, « Les fonctions de la sanction pénale. Entre droit et philosophie », *Informations sociales*, 2005/7 (n° 127), p. 22-31. DOI : 10.3917/inso.127.0022. URL : <https://www.cairn.info/revue-informations-sociales-2005-7-page-22.htm>
- Vergès Etienne, « Procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017/3 (N° 3), p. 579-586. DOI : 10.3917/rsc.1703.0579. URL : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2017-3-page-579.htm>
- Niang Babacar, « Qu'est-ce que le plea bargaining ? », *Les Cahiers de la Justice*, 2012/3 (N° 3), p. 89-101. DOI : 10.3917/cdlj.1203.0089. URL : <https://www.cairn.info/revue-les-cahiers-de-la-justice-2012-3-page-89.htm>
- « Convention judiciaire d'intérêt public : toute vérité est-elle bonne à dire ? », *Décideurs Magazine*, Maître Philippe Bouchez Le Ghozi, 04/12/2018 <https://www.magazine-decideurs.com/news/convention-judiciaire-d-interet-public-toute-verite-est-elle-bonne-a-dire>
- *Lutte contre la corruption : approche comparée entre "deferred prosecution agreement" et convention judiciaire d'intérêt public*, F. Boidin, 21/04/2018 <https://www.village-justice.com/articles/lutte-contre-corruption-deferred-prosecution-agreement-convention-judiciaire,28312.html>
- « Réflexions autour de la première convention judiciaire d'intérêt public, » *Dalloz Actualité*, P. Dufourq, 7/12/2017 <https://www.dalloz-actualite.fr/flash/reflexions-autour-de-premiere-convention-judiciaire-d-interet-public#.XkUAqy17Q1L>
- « La convention judiciaire d'intérêt public, une contractualisation du droit pénal, » *Village de la justice*, S. Ibrahim et R. Kamel, 9/01/2020 <https://www.village-justice.com/articles/convention-judiciaire-interet-public-une-contractualisation-droit-penal,33402.html>
-

- « La justice négociée », *Revue des juristes de Sciences Po*, Maîtres Madelain et Allouache, 16/05/2018  
<https://revuedesjuristesdesciencespo.com/?p=468>
- Viano Emilio C, « Plea Bargaining in the United States: a Perversion Of Justice », *Revue internationale de droit pénal*, 2012/1 (Vol. 83), p. 109-145. DOI : 10.3917/ridp.831.0109. URL : <https://www.cairn.info/revue-internationale-de-droit-penal-2012-1-page-109.htm>
- Riffault-Silk Jacqueline. La lutte contre la corruption nationale et internationale par les moyens du droit pénal. In: *Revue internationale de droit comparé*. Vol. 54 N°2, Avril-juin 2002. pp. 639-661.
- Tout ce que vous devez savoir sur le FCPA, Lexis Nexis, consulté le 30/04/2020  
<https://bis.lexisnexis.fr/glossaire/fcpa>
- M.-A. Frison-Roche, Entretien, *Petites Affiches*, 24 février 2005, n° 39, p. 3.
- Vers une justice pénale négociée en matière de fraude fiscale ?, *Les Echos*, N. Vergnet, 2/07/2019  
<https://www.lesechos.fr/idees-debats/cercle/opinion-vers-une-justice-penale-negociee-en-matiere-de-fraude-fiscale-1035055>
- *La Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) en matière de corruption internationale*, Bruno Quentin, associé de Gide, expert du Club des juristes, publié dans *La Semaine Juridique*, Edition Générale, du 23 septembre 2019  
<https://www.gide.com/fr/actualites/la-convention-judiciaire-dinteret-public-cjip-en-matiere-de-corruption-internationale>
- « Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir », *Lysias Avocats*, J.-P. Mignard, 01/2019  
<https://www.lysias-avocats.com/wp-content/uploads/2019/01/JM-Mignard-CJIP.pdf>
- *La justice négociée en France : Une réponse adéquate pour lutter contre la corruption transnationale ?*, Sherpa, 05/2016  
[https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2016/05/Note-de-position-Justice-négociée\\_17-mai-2016.pdf](https://www.asso-sherpa.org/wp-content/uploads/2016/05/Note-de-position-Justice-négociée_17-mai-2016.pdf)
- *Justice transactionnelle et lutte contre la corruption : à la recherche d'un modèle*, Institut des Hautes Etudes sur la Justice, 19/10/2015  
<https://ihej.org/programmes/cultures-judiciaires-comparees/justice-transactionnelle-et-lutte-contre-la-corruption-a-la-recherche-dun-modele/>
- « Convention judiciaire d'intérêt public », *La Semaine Juridique*, Didier Rebut, 4/12/2017  
<https://www.leclubdesjuristes.com/les-publications/convention-judiciaire-interet-public/>

- *B-corp : le label américain qui monte dans l'hexagone*, Concepcion Alvarez, 2020 Novethic, 6/05/2016  
<https://www.novethic.fr/actualite/entreprise-responsable/isr-rse/b-corp-le-label-americain-qui-monte-dans-l-hexagone-143910.html>
- *La RSE, une démarche mondiale ?*, Novethic, B. Héraud, 05/2017  
<https://www.novethic.fr/entreprises-responsables/la-rse-une-demarche-mondiale.html#c5826>
- *Le B-A-BA de la RSE*, Novethic, B. Héraud, 2019  
<https://www.novethic.fr/entreprises-responsables/quest-ce-que-la-rse.html>
- *Qu'est-ce que la responsabilité sociétale des entreprises (RSE) ?* Par [Bercy Infos](#), le 19/11/2019  
<https://www.economie.gouv.fr/entreprises/responsabilite-societale-entreprises-rse>
- *La responsabilité sociétale des entreprises*, Ministère de la Transition Écologique et Solidaire, 7/02/2019  
<https://www.ecologique-solidaire.gouv.fr/responsabilite-societale-des-entreprises>
- *Quels sont les objectifs de l'entreprise ?*, Portail de l'Économie, des Finances, de l'Action et des Comptes publics, consulté le 7/05/2020  
<https://www.economie.gouv.fr/facileco/quels-sont-objectifs-lentreprise>
- « Définir la raison d'être de l'entreprise, un nouvel exercice stratégique », *Le Monde*, Patrick d'Humières , Agnès Rambaud, Martin Richer, Gilles Vermot Desroches et Pierre Victoria, 15/03/2011  
[https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/03/15/definir-la-raison-d-etre-de-l-entreprise-un-nouvel-exercice-strategique\\_5436480\\_3232.html](https://www.lemonde.fr/idees/article/2019/03/15/definir-la-raison-d-etre-de-l-entreprise-un-nouvel-exercice-strategique_5436480_3232.html)
- « A quoi sert la « raison d'être » dans les entreprises ? », *Harvard Business Review*, Jean-Florent Rerolle, Bertrand Valiorgue, 08/07/2019  
<https://www.hbrfrance.fr/chroniques-experts/2019/07/26856-a-quoi-sert-la-raison-detre-dans-les-entreprises/>
- Poupart, J. (2002). Choix rationnel et criminologie : limites et enjeux. *Sociologie et sociétés*, 34 (1), 133–145. <https://doi.org/10.7202/009753ar>
- « Point sur la responsabilité pénale des personnes morales », *Dalloz Actu Etudiant*, Y. D., 18/05/2012  
<https://actu.dalloz-etudiant.fr/a-la-une/article/point-sur-la-responsabilite-penale-des-personnes-morales/h/051d2af9e957e9d7d0f7bb3240fd1376.html>
- « Responsabilité pénale des personnes morales », *Dalloz Actualité*, L. Constantin, 20 mai 2011  
[https://www.dalloz-actualite.fr/article/responsabilite-penale-des-personnes-morales#.Xrkary\\_pM1](https://www.dalloz-actualite.fr/article/responsabilite-penale-des-personnes-morales#.Xrkary_pM1)

- Selon Le célèbre escroc Bernard Madoff demande sa libération pour maladie, Le Parisien avec AFP, 6/02/2020  
<http://www.leparisien.fr/faits-divers/le-celebre-escroc-bernard-madoff-demande-sa-liberation-pour-maladie-06-02-2020-8253930.php>
- *Manquements à la probité : éléments statistiques*, Direction des Affaires Criminelles et des Grâces, Pôle d'Evaluation des Politiques Pénales, Ministère de la Justice, février 2019  
[https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Fiche%20atteintes%20à%20la%20probité%20-%20Février%202019%20\(003\).pdf](https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Fiche%20atteintes%20à%20la%20probité%20-%20Février%202019%20(003).pdf)
- Emmanuelle GABILLON, « FINANCE DE MARCHÉ - Théorie des marchés financiers », Encyclopædia Universalis [en ligne], consulté le 14 mai 2020. URL: <http://www.universalis.fr/encyclopedie/finance-de-marche-theorie-des-marches-financiers/>
- « Total condamné à 500 000 euros d'amende pour corruption en Iran », *Le Monde*, Le Monde avec AFP, 21/12/2018  
[https://www.lemonde.fr/international/article/2018/12/21/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran\\_5401005\\_3210.html](https://www.lemonde.fr/international/article/2018/12/21/total-condamne-a-500-000-euros-d-amende-pour-corruption-en-iran_5401005_3210.html)
- « Total condamné pour corruption en marge d'un contrat gazier en Iran, » *Les Echos*, V. Collen, 21/12/2018  
<https://www.lesechos.fr/industrie-services/energie-environnement/total-condamne-pour-corruption-dans-laffaire-du-contrat-gazier-en-iran-240917>
- Chaput Yves, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 87-102. DOI : 10.3917/pouv.128.0087. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-1-page-87.htm>
- Breen Emmanuel, « La « compliance », une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2019/2 (N° 2), p. 327-331. DOI : 10.3917/rsc.1902.0327. URL : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2019-2-page-327.htm>
- Mignon Colombet Astrid, « Une justice de validation ? », *Esprit*, 2018/3 (Mars), p. 21-24. DOI : 10.3917/espri.1803.0021. URL : <https://www.cairn.info/revue-esprit-2018-3-page-21.htm>
- Vergès Etienne, « Procédure pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2017/3 (N° 3), p. 579-586. DOI : 10.3917/rsc.1703.0579. URL : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2017-3-page-579.htm>
- Galli Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales. Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2018/2 (N° 2), p. 359-385. DOI : 10.3917/rsc.1802.0359.

URL : <https://www.cairn.info/revue-de-science-criminelle-et-de-droit-penal-compare-2018-2-page-359.htm>

- « Convention Judiciaire d'Intérêt Public : Une confiance à bâtir », *Revue Des Juristes De Sciences Po - N°16* – janvier 2019, Jean-Pierre Mignard  
<https://www.lysias-avocats.com/wp-content/uploads/2019/01/JM-Mignard-CJIP.pdf>
- « Lanceurs d'alerte : quelle protection ? », *Village de la Justice*, Frédéric Chhum, et Julie Rougé-Guioimar, juillet 2019  
<https://www.village-justice.com/articles/lanceurs-alerte-quelle-protection,32074.html>
- « Pas d'unification du régime de protection des lanceurs d'alertes aux USA », *Association des Compliance Officers de Paris 2*, Emmanuel Green, 30 mars 2018  
<https://acop2.fr/2018/03/30/pas-dunification-du-regime-de-protection-des-lanceurs-dalertes-aux-usa/>
- Pauline Abadie, « Le salarié lanceur d'alerte aux États-Unis et en France : pour une articulation harmonieuse entre dissidence et loyauté », *La Revue des droits de l'homme* [Online], 10 | 2016, Online since 18 November 2016, connection on 29 May 2020. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/2649> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.2649>
- Contrôle judiciaire, Direction de l'information légale et administrative (Premier ministre), Ministère chargé de la justice, 29/04/2020  
<https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F2902>
- « Briser Le Silence Pour Avoir Le Droit De Se Taire », *Village de la Justice*, Sarah-Louise Gervais, 06/2011  
<https://www.village-justice.com/articles/Briser-silence-avoir-droit-taire,10311.html>
- « Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives », *Dalloz actualité*, Emmanuel Daoud et Hugo Partouche, 27 avril 2020  
[https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/etude-comparative-des-cjip-bilan-et-perspectives#.XtpE\\_i\\_pM1I](https://www.dalloz-actualite.fr/dossier/etude-comparative-des-cjip-bilan-et-perspectives#.XtpE_i_pM1I)
- d'Avout Louis, « Sanctions négociées La nouvelle discipline étatique des entreprises Mondiales », *Droits*, 2016/2 (n° 64), p. 73-96. DOI : 10.3917/droit.064.0073. URL : <https://www.cairn.info/revue-droits-2016-2-page-73.htm>
- « Corruption internationale : l'espoir placé dans la convention judiciaire d'intérêt public est-il est passe de devenir réalité ? », *La Semaine Juridique n°40*, Antoine Gaudemet et Noëlle Lenoir, 2018  
<https://www.kramerlevin.com/images/content/4/4/v2/44773/181004-La-Semaine-Juridique-n-40-Lenoir-No-lle-Corruption-int.pdf>

- « Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus », *Dalloz Actualité*, Pauline Dufourq, 18/02/2020  
[https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-negociee-enseignements-de-convention-judiciaire-d-interet-public-airbus#.Xt4RAS\\_pM1I](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-negociee-enseignements-de-convention-judiciaire-d-interet-public-airbus#.Xt4RAS_pM1I)
- « CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévélation des faits levés », *Gaz. Pal.* 24 mars 2020, n° 376p2, p. 24, Guillaume Daïeff, et Ghislain Poissonnier  
<https://www-labase--lextenso-fr-s.biblioum.u-paris2.fr/gazette-du-palais/GPL376p2?em=CJIP%20avec%20Airbus%20%3A%20les%20derniers%20freins%20à%20l%27autorévélation%20des%20faits%20levés&source=7>
- Mignon Colombet Astrid, « La self-defense des entreprises », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 79-100. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0079. URL : <https://www.cairn.info/deals-de-justice--9782130627630-page-79.htm>
- Servan-Schreiber Pierre, « L'avocat serviteur de deux maîtres ? », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 101-116. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0101. URL : <https://www.cairn.info/deals-de-justice--9782130627630-page-101.htm>
- Garapon Antoine, Servan-Schreiber Pierre, « Un changement de paradigme », dans : Antoine Garapon éd., *Deals de justice. Le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, « Hors collection », 2013, p. 1-22. DOI : 10.3917/puf.gara.2013.01.0001. URL : <https://www.cairn.info/deals-de-justice--9782130627630-page-1.htm>
- « Justice environnementale : ce qui attend les entreprises, » *Les moniteurs*, Philippe Goossens et Gildas Robert, 05/03/2020  
<https://www.lemoniteur.fr/article/justice-environnementale-ce-qui-attend-les-entreprises.2078784>
- « Vers des conventions judiciaires d'intérêt public 'vertes' », *Les Echos*, Jean-Pierre Grandjean, 12/03/2020  
<https://business.lesechos.fr/directions-juridiques/droit-des-affaires/contentieux/0602886597887-vers-des-conventions-judiciaires-d-interet-public-vertes-335660.php>
- « Justice négociée : quel sort pour les personnes physiques ? », *Dalloz Actualité*, Pauline Dufourq et Capucine Lanta de Berard, 0/09/2019  
[https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-negociee-quel-sort-pour-personnes-physiques#.XuX5Ky\\_pM1J](https://www.dalloz-actualite.fr/flash/justice-negociee-quel-sort-pour-personnes-physiques#.XuX5Ky_pM1J)
- Chaput Yves, « La pénalisation du droit des affaires : vrai constat et fausses rumeurs », *Pouvoirs*, 2009/1 (n° 128), p. 87-102. DOI : 10.3917/pouv.128.0087. URL : <https://www.cairn.info/revue-pouvoirs-2009-1-page-87.htm>

- « Blanchiment : Bank of China accepte de payer 3,9 millions d'euros à la France, » *Les Echos*, Valérie de Senneville, 38/01/2020  
<https://www.lesechos.fr/finance-marches/banque-assurances/blanchiment-bank-of-china-accepte-de-payer-39-millions-deuros-a-la-france-1166826>
- « La Cour suprême limite le champ des « class actions » aux Etats-Unis, » *Les Echos*, Pierre de Gasquet, 28/06/2010  
<https://www.lesechos.fr/2010/06/la-cour-supreme-limite-le-champ-des-class-actions-aux-etats-unis-427149>
- « JF. Bohnert (PNF) : "Notre intervention ne doit pas s'apparenter à une double sanction" », *Décideurs Magazine*, Pascale d'Amore, 08/01/2020  
<https://www.magazine-decideurs.com/news/jf-bohnert-parquet-national-financier-nous-ne-pouvons-pas-jouer-sur-deux-tableaux>
- *Nice : Grosse amende pour une société suisse liée à l'achat d'une villa du milliardaire russe Kerimov*, 20 mn avec AFP, 3/05/2020  
<https://www.20minutes.fr/justice/2778483-20200513-nice-grosse-amende-societe-suisse-prete-nom-milliardaire-russe-kerimov>
- *Villa de luxe, accord occulte et fraude fiscale : le parquet de Nice signe sa première CJIP*, Observatoire de la justice pénale, Marie-Alix Danton, 2/06/2020  
<https://www.justicepenale.net/post/villa-de-luxe-accord-occulte-et-fraude-fiscale-le-parquet-de-nice-signe-sa-premiere-cjip>

### En langue anglaise

- Milton Friedman, *New York Times Magazine*, 13 September 1970
- "What's in a DPA? Breaking Down Deferred Prosecution Agreements in Light of New Antitrust Division Policy", *The V&E report*, Daniel T. Wallmuth, Lindsey R. Vaala, 18/07/2019  
<https://www.velaw.com/V-E-Report/What-s-in-a-DPA-Breaking-Down-Deferred-Prosecution-Agreements-in-Light-of-New-Antitrust-Division-Policy/>
- *Public corruption*, Legal Information Institute, Cornell Law School, consulté le 29/04/2020  
[https://www.law.cornell.edu/wex/public\\_corruption](https://www.law.cornell.edu/wex/public_corruption)
- Cohen, L., & Felson, M. (1979). Social change and crime rate trends: A routine activity approach. *American Sociological Review*, 44, 588–608.
- "Deferred Prosecution Agreements – A guide", *Edmond Marshall Mac Mahon*, Matthew Edwards, consulté le 23/05/2020  
<https://www.emmlegal.com/news/dpa-guide/>
- Rachel Delaney, *Congressional Legislation: The Next Step for Corporate Deferred Prosecution Agreements*, 93 Marq. L. Rev. 875 (2009). Available at: <http://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss2/19>

- « Deferred Prosecution Agreements: the US experience and the UK potential », *Lexology*, Stephen L. Hill, Jr., 14/07/2014  
<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?q=4f0cc529-bfdb-49c3-ac8d-e989e87fc84a>
- Foreign Corrupt Practices Act, Department of Justice, 03/02/2017  
<https://www.justice.gov/criminal-fraud/foreign-corrupt-practices-act>
- Arlen, Jennifer, *The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the U.S.* (July 29, 2019). NYU School of Law, Public Law Research Paper No. 19-30; NYU Law and Economics Research Paper No. 19-29. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3428657> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3428657>
- *Airbus reaches agreements with French, U.K. and U.S. authorities*, Airbus, 21/01/2020  
<https://www.airbus.com/newsroom/press-releases/en/2020/01/airbus-reaches-agreements-with-french-uk-and-us-authorities.html>
- *Application of the double jeopardy prohibition to a deferred prosecution agreement in the Oil For Food case*, Allen & Overy, accessed on 22/06/2020  
<https://www.allenoverly.com/en-gb/global/news-and-insights/legal-and-regulatory-risks-for-the-finance-sector/europe/application-of-the-double-jeopardy-prohibition-to-a-deferred-prosecution-agreement-in-the-oil-for-fo>
- *DOJ to Credit Compliance Programs and Consider Deferred Prosecution Agreements in Cartel Cases*, Covington, 15/07/2019  
<https://www.cov.com/-/media/files/corporate/publications/2019/07/doj-to-credit-compliance-programs-and-consider-deferred-prosecution-agreements-in-cartel-cases.pdf>
- “Third time's a charm? HSBC enters into yet another deferred prosecution agreement,” *Crain's New York Business*, Aaron Elstein, 11/12/2019  
<https://www.crainsnewyork.com/markets/third-times-charm-hsbc-enters-yet-another-deferred-prosecution-agreement>

## **Rapports d'études**

### **En langue française**

- La dépénalisation de la vie des affaires, Groupe de travail présidé par Jean-Marie Coulon, janvier 2008  
<https://www.vie-publique.fr/sites/default/files/rapport/pdf/084000090.pdf>
- *Journée D'étude du 19 décembre 2013 : La Justice Négociée Américaine, Un Nouvel Enjeu Économique et Stratégique*, Conventions régulariser la mondialisation  
[https://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/02/CNV\\_dossier\\_justice-négociée.pdf](https://convention-s.fr/wp-content/uploads/2014/02/CNV_dossier_justice-négociée.pdf)

- « Réflexions sur le principe non bis in idem en cas de poursuites envisagées par des états distincts, » *De la conformité à la justice négociée, actualité de la lutte anticorruption*, Astrid Mignon-Colombet, Colloque du 17 mai 2018  
[http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/actu-pdf/Actes-du-colloque\\_De-la-conformite-a-la-justice-negociee.pdf](http://www.enm.justice.fr/sites/default/files/actu-pdf/Actes-du-colloque_De-la-conformite-a-la-justice-negociee.pdf)
- Recueil de propos par Jean-Baptiste Combe in *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires* n° 3, Octobre 2017, act. 51  
[https://www-lexis360-fr-s.biblium.u-paris2.fr/Document/droit\\_americaain\\_la\\_france\\_face\\_au\\_droit\\_americaain\\_de\\_la\\_lutte\\_anti\\_corruption\\_focus/HiQYM-fFXEkBC9XCx1ZqvCUnXlitroYq3HiSRXUESI1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTExJg==&rndNum=642384930&SearchTerm=France%20face%20au%20droit%20am%C3%A9ricain%20de%20la%20lutte%20anti-corruption&rndNum=1934868730&ABSId=ABSid391341426433&tsid=search1#ABSid391341426433](https://www-lexis360-fr-s.biblium.u-paris2.fr/Document/droit_americaain_la_france_face_au_droit_americaain_de_la_lutte_anti_corruption_focus/HiQYM-fFXEkBC9XCx1ZqvCUnXlitroYq3HiSRXUESI1?data=c0luZGV4PTImckNvdW50PTExJg==&rndNum=642384930&SearchTerm=France%20face%20au%20droit%20am%C3%A9ricain%20de%20la%20lutte%20anti-corruption&rndNum=1934868730&ABSId=ABSid391341426433&tsid=search1#ABSid391341426433)

### En langue anglaise

- *The Effect of Deferred Prosecution Agreements on Firm Performance*, Gus De Franco, R. Christopher Small, Aida Sijamic Wahid, August 19, 2019  
<https://accounting.wharton.upenn.edu/wp-content/uploads/2019/10/De-Franco-Small-and-Wahid-2019-WP.pdf>

### Textes de loi

#### En langue française

- Code pénal
- Code de procédure pénale
- Loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques
- LOI n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité (1)
- Projet de loi relatif au Parquet européen et à la justice pénale spécialisée : procédure accélérée engagée par le Gouvernement le 29 janvier 2020  
<http://www.senat.fr/dossier-legislatif/pjl19-283.html>
- LOI n°2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude
- LOI no 2000-595 du 30 juin 2000

### En langue anglaise

- Memorandum, Gary G. Grindler, Deputy Att'y Gen., Additional Guidance on the Use of Monitors in Deferred Prosecution Agreements and Non-Prosecution Agreements with Corporations (25 May 2010) (the Grindler Memorandum)
- Foreign Corrupt Practices Act, 1977

### **Lignes Directrices**

#### En langue française

- *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public*, AFA, Eliane Houlette et Charles Duchaine, 26 juin 2019  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%20directrices%20PNF%20CJIP.pdf>

### **Jurisprudence**

#### En langue française

- DC n° 2004-492 du 2 mars 2004
- DC n° 2016-594 du 4 novembre 2016
- Cons. const., déc. n° 95-360 DC, 2 févr. 1995 : JO 7 févr. 1995, p. 2097.
- CEDH, Cour (Cinquième Section), 30 janv. 2020, n° 9671/15 et autres.
- Crim. 20 juin 2000, n° 99-86.742
- Crim. 30 mai 2000, n° 99-84.212.
- Crim. 24 oct. 2000, n°00-80.378.
- Crim. 7 juill. 1998, n°97-81.273
- Affaires jointes C-187/01 et C-385/01.
- Cour de cassation, Ch. Crim., 14 mars 2018, n° 16-82117, Bull.
- DÉCISION-CADRE 2009/948/JAI DU CONSEIL du 30 novembre 2009 relative à la prévention et au règlement des conflits en matière d'exercice de la compétence dans le cadre des procédures pénales

#### En langue anglaise

- 1 BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 464 (1765)

- WHARTON, TREATISE ON THE CRIMINAL LAW OF THE UNITED STATES 58 (2d ed. 1852)
- 1 BISHOP, COMMENTARIES ON THE CRIMINAL LAW §420 (7th ed. 1882)
- New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States, 212 U.S. 481, 494-95 (1909).
- *Facts and Case Summary - Miranda v. Arizona*, United States Courts, accessed on 1/06/2020  
<https://www.uscourts.gov/educational-resources/educational-activities/facts-and-case-summary-miranda-v-arizona>

## **Sites Internet**

### **En langue française**

- La Convention Judiciaire d'Intérêt Public, Agence française anticorruption, consulté le 3/02/2020  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public>
- La Convention judiciaire d'intérêt public, Ministère de l'Économie, consulté le 2/05/2020  
<https://www.economie.gouv.fr/node/36505#>
- La Convention judiciaire d'intérêt public, Agence Française Anti-Corruption, consulté le 2/05/2020  
<https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public>
- *Mise en place du dispositif « Lanceurs d'alerte »* (1er janvier 2018), France Diplomatie, consulté le 29/05/2019  
<https://www.diplomatie.gouv.fr/fr/le-ministere-et-son-reseau/actualites-du-ministere/actualites-du-ministere-de-l-europe-et-des-affaires-etrangeres/article/mise-en-place-du-dispositif-lanceurs-d-alerte-01-01-18>

### **En langue anglaise**

- Site internet d'Occupy Wall Street, consulté le 15/05/2020  
<http://occupywallst.org>
- Whistleblower Rights and Protections, US Department of Justice, September 2019  
<https://oig.justice.gov/hotline/whistleblower-protection.htm>