Université Paris-Panthéon-Assas

école doctorale de droit privé

Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles
soutenue le 20 décembre 2023

Les mutations de la responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants sous l'effet de la compliance



Jean Chuilon-Croll

Sous la direction de M. le professeur Antoine Gaudemet
et M. le professeur Didier Rebut

Membres du jury :
M. le professeur David Chilstein (rapporteur)
Mme le professeur Emanuela Fronza
M. le professeur Antoine Gaudemet
Mme le professeur Geneviève Helleringer
M. le professeur Didier Rebut
M. le professeur Marc Segonds (rapporteur)

Thèse de Doctorat / 2023

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur

A mes parents,

Au terme de ce travail, qu'il me soit permis de remercier en premier lieu mes directeurs, les Professeurs Antoine Gaudemet et Didier Rebut, pour la confiance constante et la grande liberté qu'ils m'ont accordées. J'en suis très honoré, et espère que ce travail saura leur rendre justice.

Mes remerciements également aux Professeurs Geneviève Helleringer, Emanuela Fronza, Marc Segonds et David Chilstein d'avoir accepté d'en être les membres du jury.

Toute ma reconnaissance enfin à ceux qui ont nourri ce travail, le groupe EDF, sous l'impulsion de Rose-Marie Mélik, Pierre Schick et Pierre Todorov, le parquet national financier et ses magistrats notamment Jean-Luc Blachon, Jean-François Bohnert, François-Xavier Dulin, Elisabeth Avril, Céline Guillet, Antoine Jocteur-Monrozier, Jérôme Simon et Laurent Couderc, la faculté de droit d'Oxford, son laboratoire CSLS et particulièrement Florian Grisel, ainsi que les nombreux praticiens, collègues et amis qui m'ont apporté leur expérience, conseils et critiques, Solène Sfoggia, Manuel Yasmineh, Jean-Baptiste Juillard, et bien d'autres.

Liste des principales abréviations

AAI	Autorité Administrative Indépendante
AJ Pénal	Actualité juridique pénal
AFA	Agence Française Anticorruption
Al.	Alinéa
AMF	Autorité des Marchés Financiers
Art.	Article
Ass. Plén.	Assemblée plénière
Bull. Crim.	Bulletin des arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation
C. civ	Code civil
C. com	Code de commerce
C. conso	Code de la consommation
CP	Code pénal
CPP	Code de procédure pénale
CA	Cour d'appel
CE	Conseil d'État
Cf.	voir
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CPS	Crown Prosecution Service (UK)
CRPC	Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité
Dir.	Sous la direction de
D. actu	Dalloz actualité
DOJ	Department of Justice (US)
Dr. pénal	Revue droit pénal
Ed.	Edition
ESS	Économie sociale et solidaire
Fasc.	Fascicule
Gaz. Pal	Gazette du Palais
Ibid.	Ibidem
JO ou JORF	Journal officiel de la République française
LD1 et LD2	Lignes directrices (CJIP), 1ère et 2ème version
LPA	Les petites affiches
OCDE	Organisation de Coopération et de Développement Economiques
OMS	Organisation Mondiale de la Santé
PMC	Plan de mise en conformité
PME	Petites et Moyennes Entreprises
PNF	Parquet national financier
PRA	Procureur de la République adjoint
PRF	Procureur de la République financier
PUF	Presses Universitaires de France
QPC	Question Prioritaire de Constitutionnalité
RED	Revue Européenne du Droit
SFO	Serious Fraud Office (UK)
TI	Transparency International
TJ	Tribunal judiciaire
Vol.	Volume

Sommaire

Partie 1. La mutation des sources de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance

Chapitre 1. La mutation de l'origine de la responsabilité pénale
Section 1. La remise en cause du législateur étatique par la compliance
Section 2. La privatisation des sources de responsabilité pénale

Chapitre 2. La mutation du fondement de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance
Section 1. L'appréhension radicale de l'infraction
Section 2. L'adoption du paradigme du risque en droit pénal des affaires

Partie 2. La mutation de l'imputation de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance

Chapitre 1. La mutation des responsables sous l'effet de la compliance
Section 1. La responsabilité pénale de l'entreprise rationalisée par la compliance
Section 2. L'articulation de la responsabilité pénale de la personne morale à celle du dirigeant

Chapitre 2. La mutation de la responsabilisation : la sanction par le marché
Section 1. Le marché de l'autorité : la transaction CJIP
Section 2. L'autorité du marché : la réputation

«Pone seram : cohibe. Sed quis custodiet ipsos custodes ? », Juvénal[1]

« Vous ne réglerez point ces débats par les méthodes kantiennes, par la philosophie kantienne, par la morale kantienne. Le kantisme a les mains pures mais il n'a pas de mains. », Charles Péguy[2]

« Ah les Américains, les Américains ! », Jacques Tati[3]

[1]JUVÉNAL, *Satire VI, traduction de J. Lacroix*, Institut de France, 1846 : « Pose des serrures, fais surveiller. Mais qui les gardera ces gardiens ? »
[2] PÉGUY Charles, *Victor-Marie, comte Hugo*, La Pléiade, 1987. tome III p.331
[3] TATI Jacques, *Jour de Fête*, Francinex, 1949

Le nouveau tribunal judiciaire de Paris réduit à son plus simple appareil la symbolique traditionnelle de la justice présente dans chaque salle d'audience, désormais contenue au croquis à main levée d'une balance à plateaux. Si la figure de Thémis, tradition des vieux palais, n'est plus attendue, comme s'il était acquis qu'une justice dépersonnalisée et reposant sur le calcul serait ainsi plus rationnelle, c'est surtout le glaive de la justice qui brille par son absence. Le jugement résulterait-il désormais de la recherche permanente d'un équilibre, affranchi de tout besoin de trancher ?[4] Mais Salomon lui-même, incarnation multimillénaire du juge le plus sage, a recours au glaive tout en s'abstenant de l'utiliser, puisque sa seule évocation suffit à trancher le litige qui lui est soumis[5]. Subsiste donc la balance, pourtant instrument emblématique du commerce, comme seule allégorie de la justice.

La symbolique elle-même en devançant ainsi l'irruption de la compliance dans le champ de la justice, illustre les enjeux d'une responsabilité pénale saisie par ce prisme. Faut-il faire des mécanismes horizontaux issus du marché qu'incarne la balance le juste *aggiornamento* de l'autorité verticale du droit pénal incarnée par le glaive ?[6] Faut-il alors rejeter les fonctions de la sanction, dont les parts d'affliction, de séparation et de consécration seraient ramenées à la compensation ? Faut-il enfin que le droit s'adonne à la rationalité du calcul pour saisir efficacement des systèmes plutôt que des personnes ?

---

[4] GARAPON Antoine, « Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris », IHEJ, 2016. : « En ce qui concerne le symbole qui devrait être inscrit, une unanimité s'est vite faite autour de la balance. Une majorité s'est également dégagée pour ne pas y adjoindre un glaive qui paraît trop classique ». Cette décision, elle aussi à la main levée, s'oppose donc au nom de la modernité à cette « main de la justice, que l'archevêque de Reims remettait au roi lors du sacre, symbolisant à la fois la main qui frappe, celle qui caresse et celle qui bénit, le sceptre et l'épée, glaive de justice qu'il lui remettait à l'issue du cérémonial ».
ROYER JEAN-PIERRE, *Histoire de la justice en France: du XVIIIe siècle à nos jours*, Puf, 2016. Ainsi au Royaume-Uni retrouve-t-on systématiquement « Lady Justice » tenant dans une main la balance, dans l'autre le glaive, comme au sommet du Old Bailey par exemple, le bâtiment de la Haute-Cour criminelle britannique.

[5] « La Bible, Premier Livre des rois »., chapitre 3, où deux femmes revendiquent la maternité d'un même nouveau-né. La seule proposition de couper l'enfant en parts égales pour satisfaire les parties suffira à ce que la véritable mère renonce à sa part, révélant ainsi sa bonne foi.

[6] En fait de glaive de Salomon, il s'agirait surtout de faire du droit pénal une épée de Damoclès. Car c'est le rôle que lui assignent explicitement les procédures de transaction pénale selon les débats de la Chambre des Lords : « This suspension will be the sword of Damocles, providing the threat of prosecution should the organisation fail to fulfil its agreement" LORD MCNALLY Ministry of Justice, *House of Lords Hansard*, Column 570, 30 octobre 2012.

« A trop embrasser, la compliance irrite et surprend » prévient Daniel Tricot, alors président du Cercle de la compliance, en avant-propos de l'un des ouvrages fondateurs du sujet[7]. « Définir la compliance et déterminer son champ d'application s'avèrent des plus complexes pour la doctrine comme pour le praticien », renchérit en guise d'ouverture le nouveau *Code de la compliance*, avant de consacrer les quelques milliers de pages suivantes à tenter de faire mentir ce constat[8]. Un concept aussi éclaté rate-t-il d'entrée la systémie rationnalisée qu'il promet et promeut ?

Plutôt donc que de dresser l'inventaire à la Prévert des nombreuses définitions que praticiens et universitaires s'opposent, il apparaît utile de revenir au fondement de cette notion, dont la sonorité anglo-saxonne le dispute à la sonorité latine, pour éclairer immédiatement ce qui se joue. Nous envisagerons alors les dix points qui guideront notre réflexion.

1. L'enjeu fondamental : l'origine de la compliance

La métaphore médicale. C'est d'abord dans le domaine médical qu'apparaît en France, dans les années 1950 le concept de « compliance ». Il désigne alors « *l'adoption par une personne d'un comportement pourvoyeur de résultats escomptés potentiellement positifs en accord avec la prescription ou le conseil d'un professionnel de santé* ».[9] Quoique strictement médicale, cette définition nous paraît d'entrée receler les enjeux de notre étude : la compliance correspondrait au degré d'adéquation entre la règle donnée à un sujet et ses effets réels.

Le concept admet un second sens en français, ressortant plus précisément du champ de la physiologie. La compliance y correspond au degré de changement de volume d'un conduit en fonction de la pression qu'il subit[10]. Cette seconde acception annonce déjà un autre pan de notre étude, puisqu'il nous faudra envisager la mutation du rôle de transmission de la responsabilité pénale mis à la charge des dirigeants en tant qu'organes ou représentants de la personne morale[11].

Ce lien métaphorique que le droit pénal des affaires et la médecine entretiennent remonte à des temps antédiluviens, avant même que Saint Augustin ne développe sa description

[7] TRICOT Daniel et GAUDEMET Antoine (dir.), « Introduction », in *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon-Assas, 2016.
[8] BOURSIER Marie-Emma et FEUGÈRE William, *Code de la compliance 2024, annoté et commenté*, Dalloz, 2024.
[9] *Dictionnaire médical de l'Académie de Médecine*, Académie nationale de médecine, 2016.
[10] Il est le résultat du rapport entre l'écart de volume manifesté et l'écart de pression subie. On relève, enfin, une mention très récente de cette acception dans « Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation: colloque : de la régulation à la compliance, quel rôle pour le juge ? », 2023., dans la bouche d'Alain Seban.
[11] Article 121-1 du Code pénal

de la corruption comme une maladie qui se diffuse dans le corps social. La comparaison pathologique, particulièrement répandue, paraît d'autant plus idoine qu'elle illustre un mal occulte et diffus, introduisant, pour ce qui nous concerne, à la fois la systémie et la prophylaxie, deux caractères essentiels de la compliance pénale.

Cependant, à la suite de G.K. Chesterton dans ses premières lignes de *What's wrong with the world*, nous pouvons immédiatement relever la limite de cette métaphore, limite qui sera au fondement de notre développement[12]. « Le problème social est l'exact contraire du problème médical » explique-t-il [13] : bien que les médecins se divisent sur la nature du mal qui affecte le patient, ils s'accordent sur l'état de bien-être auquel aspirer ; alors qu'il en va précisément à l'inverse dans nos matières, où l'on peut s'accorder facilement sur la nature du mal social, sans pouvoir pour autant définir par avance la teneur de l'état social souhaité. Pourtant, et peut-être justement parce qu'elle est forte de cette métaphore millénaire, la compliance semble précisément proposer les formes *a priori* que la liberté doit prendre. Au risque donc que son association au droit pénal affaiblisse la liberté comme principe.

L'origine latine. L'étymologie latine du terme « compliance » le renvoie à l'idée de « remplissement » : alors que le préfixe « cum » sous la forme « com » « indique un procès arrivant à son terme »[14], le suffixe « ans » signe le participe présent. Le radical est formé sur « compleo » qui signifie compléter[15], c'est-à-dire remplir au sens propre, et parfaire au sens figuré. Cela introduit déjà une différence formelle avec le terme de « conformité », issu de « conformis », « même forme », dont le verbe « conformeo » est ici adjectivé par « -ité » sous une forme passive.

Aussi distinguerons-nous la conformité comme l'ensemble des instruments qui permettent la mise en œuvre de la compliance[16] ; car contrairement à ce qu'une première approche laisse parfois entendre, « aucun terme ne dit exactement ce qu'est la compliance, *a*

[12] Nous évoquons plus loin combien cette tendance au langage métaphorique adoptée jusque dans les travaux les plus académiques se développe sous l'effet de la compliance, entretenant un flou, exagérant la portée de raisonnements et mêlant des concepts déjà établis juridiquement.

[13] CHESTERTON Gilbert Keith, *What's Wrong with the World*, Cassell, 1912. Partie 1, Chapitre 1 :
"This scheme of medical question and answer is a blunder; the first great blunder of sociology. It is always called stating the disease before we find the cure. But it is the whole definition and dignity of man that in social matters we must actually find the cure before we find the disease. […] This is the arresting and dominant fact about modern social discussion; that the quarrel is not merely about the difficulties but about the aim. We agree about the evil; it is about the good that we should tear each other's eyes out. […] The social case is exactly the opposite of the medical case. We do not disagree, like doctors, about the precise nature of the illness, while agreeing about the nature of health".

[14] ERNOUT Alfred et MEILLET Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Klinksieck, 2001.

[15] GAFFIOT Félix, *Dictionnaire latin français*, Hachette, 2000, entrée *compleo*.

[16] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Régulation, Supervision, Compliance*, Dalloz, 2017.

fortiori le mot conformité, qui se limite au respect scrupuleux de la règle, du modèle »[17]. Apparu avec la loi du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique[18] dite « loi Sapin 2 », le terme de conformité pourrait même être rapproché de son prédécesseur homonyme en droit civil, où il désigne l'adéquation des qualités d'un bien à celles définies par l'accord des parties[19]. La compliance sera donc plutôt tenue comme une forme dynamique et stratégique de mise en conformité, avant que nous puissions en sédimenter une définition plus juste.[20]

L'origine anglaise. Si le mot est latin, le concept est sans aucun doute anglais. François Badie mobilise très justement la métaphore de la bataille d'Azincourt[21] pour rendre compte de ce qui se joue, à commencer par l'importation telle quelle du terme qui témoigne d'une acculturation. C'est effectivement face à un droit anglo-saxon plus plastique et ainsi mieux adapté au terrain meuble, que le droit français, pourtant fièrement caparaçonné et sûr de ses principes, se rend compte de l'urgence de sa réforme.

Cette souplesse anglo-saxonne, que la compliance importe des mécanismes de marché, permettrait aujourd'hui de faire surtout pièce au droit américain, dont le rapport parlementaire Berger-Lellouche[22] avait souligné l'alarmante puissance, donnant ainsi lieu à certaines dispositions de la loi Sapin 2. Dans ce contexte, s'il ne s'agit pas d'ouvrir tout le système de droit pénal des affaires aux mécanismes de marché, on remarquera toutefois que la loi au fondement de notre étude porte le nom du ministre des finances d'alors[23], et équilibre dans son intitulé la « lutte contre la corruption » d'une « modernisation de la vie économique ».

---

[17] BOURSIER Marie-Emma et FEUGÈRE William, *Code de la compliance 2024, annoté et commenté*, Dalloz, 2024.

[18] 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. Nous tenons dans nos développement cette loi comme au fondement de la compliance pénale en France

[19] Nous verrons *infra* la mesure suivant laquelle l'accord des parties à tous les stades de la responsabilité pénale suffit ou non à être juste.

[20] On peut retrouver une telle distinction entre gouvernement et gouvernance, celle-ci pouvant être définie comme la « gestion globale par laquelle les cadres supérieurs garantissent que les informations de gestion essentielles parvenant à l'équipe de direction sont suffisamment complètes, exactes et opportunes pour permettre une prise de décision de gestion appropriée, et fournissent les mécanismes de contrôle pour garantir que les stratégies, les orientations et les instructions de la direction sont appliquées de manière systématique et efficace », in LAMM Jacob, BLOUNT Sumner, MCCRACKEN William *et al.*, *Under Control: Governance Across the Enterprise*, Apress, 2010.

[21] BADIE François et GAUDEMET Antoine (dir.), « Le "syndrome d'Azincourt" ou De la nécessité pour les entreprises de s'adapter au nouvel environnement international en matière de prévention de la corruption », in *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon-Assas, 2016.

[22] BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », Assemblée Nationale, 2016.

[23] Les raisons de ce portage sont très conjoncturelles, déterminées par l'agenda de la Garde des Sceaux à l'époque, et le reflet opportun de la loi Sapin 1 de 1993, mais elles n'en restent pas moins symptomatiques.

L'origine régulatoire. L'origine de la compliance est à puiser dans la régulation, et plus spécifiquement dans celle des risques systémiques révélés par la fameuse crise financière de 1929. A la suite du dictionnaire de l'association Henri Capitant[24], nous pouvons définir la régulation comme *« l'action économique mi-directive mi-corrective d'orientation, d'adaptation et de contrôle exercée par des autorités, dites de régulation, sur un marché donné qui, en corrélation avec le caractère mouvant, divers et complexe de l'ensemble des activités dont l'équilibre est en cause, se caractérise par sa finalité, la flexibilité de ses mécanismes et sa position à la jointure de l'économie et du droit en tant qu'action régulatrice elle-même soumise au droit et à un contrôle juridictionnel ».* De manière plus synthétique, on en retiendra la définition de Georges Canguilhem : *« La régulation est un processus par lequel le comportement d'un système complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes »*[25].

Ainsi issue du domaine financier, la compliance s'étend par le prisme de la régulation au droit de la concurrence puis à la lutte anti-blanchiment, afin de commencer à s'en affranchir avec la lutte anticorruption, la protection des données personnelles et celle des droits de l'homme. Pas plus qu'elle ne s'arrête à la conformité, elle ne s'arrête à la régulation. Toutefois, alors qu'elle tire de la première sa mission de prévention du risque pénal, elle garde de la seconde sa mission de préservation des systèmes.

2. Une matière définie par sa fin

Singularité de l'objet. Si la compliance peut trouver à terme à s'appliquer à tous les agents économiques[26], elle intéresse avant toute chose, et contrairement à un droit pénal guidé par le principe d'égalité, les entreprises de très grande taille. Au-delà de la variabilité des seuils d'application que le droit positif peut prévoir, elles présentent effectivement deux caractéristiques essentielles : une systémie de leur risque (une probabilité et un impact structurellement supérieurs), et une insaisissabilité par les outils conventionnels (ou plutôt *stricto sensu* non-conventionnels), par exemple l'absence de statut juridique pour un groupe

[24] ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2023.
[25] CANGUILHEM Georges, « RÉGULATION, épistémologie », Encyclopedia Universalis.
[26] On pense notamment aux PME exportatrices à destination desquelles l'AFA a publié un guide spécifique en octobre 2021

international. C'est la singularité de ces entreprises devenues quasi-institutionnelles par leur impact initialement passif et désormais délibéré, qui justifiera le régime appliqué.

L'efficacité comme but. L'impératif au fondement de l'introduction de la compliance dans le champ de la responsabilité pénale des affaires est avant tout celui de l'efficacité. Si tous les systèmes, même purement physiques, recherchent une forme d'efficacité, la compliance l'érige en modèle dans un domaine qui semblait a priori l'exclure, le droit pénal.

Cette efficacité se décline dans l'effectivité : c'est-à-dire qu'elle s'attache à l'effet réel. Elle ne tire plus la force de la norme de sa validité formelle, conformément au principe de légalité cher au pénal, ni même d'une validité axiologique qui relève de la légitimé morale voire du jusnaturalisme, mais bien d'une validité factuelle.[27] Cette perspective justifie notamment le recours massif à la *soft law* qui, dans sa version contemporaine, n'est plus « pensée contre, mais avec le droit dur, qu'elle prépare ou qu'elle prolonge »[28] parfois même tenue comme « finalement plus répressive que la *hard law* »[29].

Cette efficacité se décline également dans l'efficience, comprise comme l'optimisation des ressources. Or cette efficience n'est pas paramétrique mais bien paradigmatique[30], car elle oppose dans une même lutte les moyens particulièrement limités de la puissance publique à l'ingéniosité et la nocivité illimitées de délinquants systémiques. Le procureur de la République financier l'explicitera de la manière la plus radicale dans son audition au Parlement : « un des enjeux fondamentaux, c'est le manque de moyens : il suspend la réflexion académique tant le besoin se fait impérieux ».[31] De tels mots prononcés devant la délégation nationale par celui qui est à la tête de la lutte contre les atteintes à la probité nous paraissent lourds de sens.

La compliance criminelle semble tirer toute sa validité de l'effectivité, répondant ainsi de l'école la plus réaliste. Mais on n'a jamais autant convoqué la morale comme source, qu'on

[27] On retrouve ce distinguo chez OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ?*, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010.
[28] Selon l'expression de ASCENSIO Hervé, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Editions Pédone, 2017.
[29] DELMAS-MARTY Mireille, « Gouverner la mondialisation par le Droit », *RED*, 1, Groupe d'études géopolitiques, 2020.
[30] On peut retrouver cette triade chez Mireille Delmas-Marty qui l'appelle triangle des Bermudes (sans doute parce qu'elle dérègle la « boussole des possibles » ?, ou plus récemment et plus étonnamment dans la *Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à la lutte contre la corruption, remplaçant la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil et la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, et modifiant la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil*, 2023.: « une action au niveau de l'Union devrait être plus efficace et plus efficiente et apporter une valeur plus tangible par rapport à des actions entreprises individuellement par les États membres ».
[31] Audition parlementaire « lutte contre la corruption et modernisation de la vie économique » de JF Bohnert, 7 avril 2021

l'appelle droits de l'homme à l'international, ou éthique dans l'entreprise : quid du jusnaturalisme ? Idem, on n'a jamais autant convoqué le respect des procédures, les codifications jusque dans l'entreprise : quid du positivisme ? Est-ce que c'est le réalisme qui commande au jusnaturalisme une mise en perspective par pur souci d'efficacité (pour ordonner un foisonnement et donner un horizon) ? Ou bien est-ce à l'inverse le jusnaturalisme qui convoque le réalisme pour acter une distinction fondamentale entre le traitement des personnes naturelles et celui des personnes légales ?

3. Une redéfinition de la responsabilité

La responsabilisation comme moyen. D'éminents auteurs ont pu l'appeler « responsabilité *ex ante* »[32] : tout l'enjeu de la compliance revient à transférer sur les agents économiques la prévention du risque pénal qu'ils causent, grâce aux mécanismes de la conformité. Ces outils de prévention et détection du risque, introduits par l'article 17 de la loi Sapin 2[33] signent la singularité de la compliance par rapport au pénal : considérer que, dans une certaine mesure, le délinquant potentiel coopère à sa propre régulation.

Ainsi le dispositif de conformité développe une chaîne répressive interne à l'organisation par l'écriture des règles, leur mise en œuvre, leur contrôle et leur sanction. Si cette privatisation de la chaîne pénale se produit au niveau microéconomique dans les entreprises, répondant alors à une organisation administrative voire pénale qui lui est supérieure, elle se reproduit également au niveau macroéconomique, celui du marché, avec cette fois un cadre organisateur flou, doux et mou, pour reprendre Mireille Delmas-Marty. D'où une hésitation au fondement de la compliance : s'agit-il d'intégrer délibérément la grande entreprise dans un service public mondial, ou bien de constater que la régulation la plus souveraine, le droit pénal, est phagocyté par elle ? L'expression de Martina Galli rend parfaitement compte de l'enjeu : la compliance se résumerait à une « stratégie de survivance de la justice pénale elle-même face au risque d'être complètement annulée par la puissance autonome, y compris en termes de sanctions, du marché ».

[32] On pense notamment à Mme le professeur Frison-Roche éminent précurseur de ce sillon, avec lequel nous prendrons néanmoins nos distances.

[33] Pour mémoire ces outils sont : le code de conduite, le dispositif d'alerte interne, la cartographie des risques, les procédures d'évaluation des tiers, les procédures de contrôle comptable, le dispositif de formation des personnels exposés, le régime disciplinaire et le dispositif de contrôle interne.

L'horizontalisation du triptyque de la responsabilité pénale. La responsabilité pénale, comprise comme l'obligation de répondre d'un acte illégal devant la justice et d'en assumer les conséquences, peut être appréhendée comme un triptyque : l'édiction de la norme, son application, sa sanction. L'introduction de la compliance substitue une horizontalité très anglo-saxonne à la verticalité traditionnelle de notre droit pénal des affaires : ce n'est plus l'État qui décide de l'intérêt général et le sanctionne, mais une logique de coopération des acteurs. Aussi assiste-t-on à une horizontalisation de l'édiction de la règle pénale (par l'hybridation vers une « matière pénale »[34] et une privatisation vers la « nomocratie »), une horizontalisation de la qualification pénale (par le paradigme de la systémie et l'anticipation du risque), une horizontalisation de l'imputation (par l'élargissement des sujets de droit et la transmission de responsabilité), et enfin une horizontalisation de la sanction (par sa contractualisation et l'impact décisif de la réputation).

Une dépénalisation ? Ainsi, la mutation du droit pénal des affaires constitue-t-elle un déclin, c'est- à-dire son retrait progressif d'un monde désormais acquis à la compliance, ou bien s'agit-il d'un *aggiornamento*, compris comme une ouverture à la modernité ? Le droit pénal des affaires a toujours été caractérisé par un équilibre entre son pôle pénal de protection de l'intérêt général et son pôle affairiste de protection des activités économiques, parcouru par un mouvement de balancier entre la pénalisation et la dépénalisation.

Pour autant, la compliance est loin de proposer une dépénalisation du droit : elle se fonde sur la plus pénale des infractions, la corruption, irrigue de pénal le champ économique, crée de nouvelles infractions et n'hésite pas au nom du principe d'effectivité à en interpréter très librement le sens[35]. Si à un premier niveau de lecture pénale, il s'agit d'« externaliser vers les entreprises assujetties la réalisation de la vertu préventive et pédagogique du droit pénal »[36], à un second il s'agit bien de sanctionner cette externalisation, initialement par le cadre administratif mais qui « évolue désormais vers le champ répressif, au sens de la Cour européenne des droits de l'homme »[37]. Ainsi sera-t-il difficile de tenir la compliance comme un

[34] Notamment développé par Mme le professeur Mireille Delmas-Marty, qui permet de distinguer un droit pénal global émanant de sources éclatées, d'un droit international, et qui soulève donc une question fondamentale : s'agit-il encore d'un système juridique ?
[35] Nous étudierons par exemple les "avantages tirés des manquements constatés" prévus par l'article 41-1-2 et comment le PNF en a imposé une interprétation extensive *contra-legem.*
[36] BOURSIER Marie-Emma et FEUGÈRE William, *Code de la compliance 2024, annoté et commenté*, Dalloz, 2024.
[37] *Ibid.*

mécanisme de prévention de l'infraction pénale, sans l'envisager elle-même comme un risque infractionnel propre.

Une compliance pénale. A la suite des professeurs Ulrich Sieber et Stefano Manacorda, nous pourrons utiliser l'expression de « compliance criminelle » ou « compliance pénale », pour marquer une différence avec le champ de la régulation, et nous focaliser sur la compliance par le prisme de la prévention du risque pénal, même si une contamination des ordres est justement entretenue par la compliance. En effet, sous l'influence de sources éclatées, le droit pénal devient global plus qu'international[38], à tel point qu'on puisse douter qu'il fasse aujourd'hui encore « système juridique », une fois dépourvu de l'État qui lui tenait lieu de structure[39]. Aussi, plus qu'une dépénalisation, la superposition de la compliance à la responsabilité pénale pourrait porter le risque d'une hyper-pénalisation ou pan-pénalisation, visant, au nom de la stabilité des systèmes, à attraper tous les comportements perçus comme déviants, épargnant ainsi aux pouvoirs publics des réformes sociales, économiques et politiques.[40]

Loin d'une dépénalisation, la loi Sapin 2 constitue le « paroxysme dans l'association du droit pénal et de la compliance »[41], d'autant qu'elle se donne comme objet fondateur la lutte anticorruption[42]. Cette association est également tout l'objet de la proposition de directive européenne anticorruption qui réalise explicitement la jonction en son article 18.2, en imposant aux Etats membres de prévoir des circonstances atténuantes en cas d'information des autorités (grâce à l'enquête interne) et d'existence de programmes de conformité efficaces (y compris postérieurs à l'infraction).

Cette lutte anticorruption permet justement selon le professeur Antoine Gaudemet de manifester l'écart de perspective entre les États-Unis et la France : alors que les premiers voient dans la corruption une atteinte au bon fonctionnement des marchés, la seconde la considère

[38] CROZET Yves, *Les grandes questions de l'économie internationale*, Nathan, 1997 : l'internationalisation est relative à la croissance des échanges matériels et immatériels entre pays ; la mondialisation évoque une nouvelle organisation géopolitique et économique de l'espace mondial ; la globalisation traite des nouvelles formes d'organisation des entreprises et des institutions dans un contexte de marché étendu à toute la planète.

[39] Nous rejoindrions en cela la thèse de COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », 1986. et évidemment la question de la mathématique du flou chère à DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004.

[40] Prolifération normative : « l'État de droit s'ensable dans des tas de droits » selon Guy Carcassonne, lui opposant une Société de droit, incapable de références extérieures au droit, CARCASSONNE Guy, *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996.

[41] BEAUSSONIE Guillaume, « Droit pénal et Compliance font-ils système ? », in *Les buts monumentaux de la compliance (Frison-Roche M-A (dir.))*, Dalloz, 2022. p.160, qui parle aussi de « droit pénal de la compliance ».

[42] L'AFA indique que paradoxalement les infractions de corruption ont bondi de +46% depuis la loi Sapin 2, sans doute par l'effet d'une meilleure détection. *Rapport d'analyse n°50, AFA – Interstat*, octobre 2022

comme une atteinte à la société, voire à l'État, amenant ultimement à considérer l'État de droit comme seule véritable victime de la corruption. Finalement, et afin d'unifier une définition de la compliance qui comprenne conformité et régulation, nous pouvons considérer que la compliance coordonne la protection des deux systèmes fondamentaux : le système financier comme support du marché, et le système juridique comme support de l'État de droit. Nous verrons en dernière partie comment, par la réputation, la compliance peut organiser une articulation des deux.

4. Une redéfinition de la sanction par la compliance pénale

L'anticipation. Le propre de la compliance est d'organiser une anticipation du risque pénal, afin de prévenir les atteintes systémiques que causerait sa survenance. Ce faisant, par les devoirs de vigilance voire de précaution qu'elle promeut, la compliance influence le développement pénal d'obligations d'information voire d'action. D'une part c'est l'élément intentionnel sur le fondement de la négligence qui devient de plus en plus présumé, permettant de remonter dans la hiérarchie ; de l'autre, c'est l'élément matériel, sur le fondement d'infractions formelles, permettant de remonter dans la chronologie. Ainsi le régime de la faute et celui de la fraude paraissent-ils se rapprocher dangereusement, dégageant une logique d'assurance au sein de la logique de compliance.

Les systèmes. La clef de lecture que la compliance apporte au droit pénal est sans doute une pensée par les systèmes, à commencer par l'identification de risques systémiques, raison-même de leur anticipation. La compulsation des quelques 75 codes en vigueur dans le droit français nous apprend que le terme de « systémique » n'est utilisé que dans trois hypothèses : des maladies généralisées[43], des défaillances étatiques[44] ou des risques liés aux infrastructures[45]. Est systémique ce qui se rapporte à un système, c'est-à-dire à un ensemble ordonné qui porte sa propre cohérence[46] : à commencer donc par le système financier et le système juridique.

[43] Art. R6123-94-1 du code de la santé publique ou D322-1 du code de la sécurité sociale
[44] Art L572-3 du code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile, concernant l'impossibilité de s'adresser à un État totalement défaillant
[45] Dans les code monétaire et financier, code de commerce et code de l'énergie
[46] ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2023, entrée « Système ».

Nous tiendrons à terme ces systèmes pour fiduciaires au sens étymologique, c'est-à-dire reposant sur la confiance, justifiant qu'au-delà des mécanismes de mise en conformité de prévention, détection et information sur le risque, la compliance ait au fond comme rôle de « donner à voir cette conformité »[47].

L'ambivalence du pilotage. Une telle approche soulève deux problèmes au fondement de notre étude. Le premier s'incarne dans l'outil sur lequel s'établit le plan de conformité : la cartographie des risques, que chaque entreprise soumise aux seuils de l'article 17 de la loi Sapin 2 doit réaliser, avant de déployer son dispositif en fonction. En l'état actuel des contrôles de l'AFA, la cartographie est présentée aux inspecteurs, avec son contenu. Le risque est donc que l'entreprise élabore une cartographie de façade, afin de ne pas révéler ses fragilités à l'agence. On sent bien toute la difficulté qu'il y aurait à évaluer un outil à vide, mais en demandant sa présentation pleine, le régulateur détourne la philosophie initiale, consistant à obliger les agents économiques à évaluer leurs risques et à agir en fonction, et non pas à les révéler aux autorités. Ce point nous semble symptomatique de la difficulté qu'a la compliance à assumer sa fonction procédurale plutôt que substantielle.

La seconde ambiguïté fondamentale est celle liée à la prévention-même du risque pénal. Il est non seulement illusoire mais également contreproductif d'imposer un risque zéro à des entreprises dont le développement des activités repose naturellement sur des prises de risques, juridiques inclus. Dès lors, les outils de la conformité doivent lui permettre non seulement de prévenir, mais aussi de piloter son risque, en fonction du niveau qu'elle juge pertinent dans ses stratégies[48]. Ce faisant, une confusion s'opère naturellement entre l'évitement du risque d'infraction et l'évitement du risque de sanction, le dispositif de conformité se trouvant alors instrumentalisé par son déport de la première fonction vers la seconde.

Cependant, là encore, il n'apparaît pas illégitime de vouloir piloter le risque de sanction. La création de la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) par la loi Sapin 2 ne fait pas autre chose, en contournant le prononcé de condamnations qui interdiraient aux acteurs économiques de répondre aux appels d'offre publics[49]. Ce faisant, le législateur lui-même acte l'introduction de la philosophie du *law and economics* dans le dispositif pénal, puisque ce dernier doit désormais tenir compte des externalités de ses décisions, sur les emplois par exemple. Dès lors,

[47] Selon l'expression de Mme le Pr Frison-Roche.
[48] Et ce niveau d'acceptabilité du risque ne dépend pas seulement de l'entreprise, mais de l'acceptabilité sociale et politique qui l'entoure.
[49] Notamment prévue à l'art. 55 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.

la compliance pénale apparaîtra comme l'intégration du droit pénal *dans* la prise de décision : une désacralisation pour en saisir la nature et la mesure. Le droit pénal ne serait plus une règle extérieure, antérieure et supérieure, mais une modalité, certes majeure parce que stratégique, de la prise de décision, permettant de contrôler les externalités de la règle de droit elle-même. Finalement le principe ultime de la compliance serait un méta-principe : celui de la proportionnalité, dont on remarquera que c'est le sens premier, au 1er siècle avant JC du "responsus" : le rapport de grandeur, de proportion. La responsabilité n'est pleine qu'en intégrant son action et la limite de son action. De sorte que ce sera encore de l'irresponsabilité que de refuser le risque comme nous le verrons. Le droit pénal est justement obsédé par sa propre limite, un impensé d'une compliance qui s'autoalimente, et à laquelle il est donc d'autant plus précieux[50]. La responsabilité commence par la responsabilité de la marche des affaires, le tout c'est de ne pas l'y arrêter.

Si François Ewald voit juste lorsqu'il parle du risque comme de « la valeur de nos valeurs »[51], la conservation du paradigme du risque jusque dans la sanction lui ôte au contraire toute capacité de véridiction. En effet, les agents économiques étudient leur risque de commission d'une infraction, et leur risque de sanction de l'infraction (sans que la distinction entre les deux ne soit bien établie), mais finalement, c'est la sanction qui permet de trancher quant à savoir si l'acte commis constituait effectivement une infraction. Or, la CJIP organise la perpétuation du paradigme du risque jusque dans le règlement de l'affaire en recueillant des éléments de risque plutôt que des éléments de preuve, et en s'abstenant ensuite de trancher. Si le droit pénal y apparaît donc départi de sa fonction de dire le droit, on pourra s'interroger sur l'illégitimité d'une telle dépossession tant finalement ces zones grises auraient exagéré l'aléa de la fonction de véridicité, du moins tant que le législateur ne l'aurait pas éclaircie.

5. La sanction la plus efficace : le marché

La sanction par le marché. Le dernier stade de cette horizontalisation de la responsabilité pénale par les procédures de marché est celle de la sanction elle-même. Si la

[50] Suivant en cela le discours à Harvard de SOLJENITSYNE, nous identifierons un risque de microjuridisme à réglementer toutes les relations en entreprise, au point non seulement de rendre le respect des règles impossible mais même attentatoire aux libertés individuelles et à la liberté des affaires, voire contreproductif en excluant l'espace d'une éthique personnelle.
[51] EWALD François et KESSLER Denis, *Les noces du risque et de la politique*, Gallimard, 2000.

CJIP en tant que convention entre l'entreprise mise en cause et le ministère public incarne ce que nous appellerons « le marché de l'autorité », la réputation en tant que puissant outil de régulation décentralisée incarnera « l'autorité du marché ». Issue de la prise en compte de ces enjeux réputationnels, la CJIP propose un équilibre encore instable entre la convention et le judiciaire[52], dans lequel l'intérêt public pourra apparaître comme un arbitre. C'est sans doute la redéfinition de cet intérêt public qui nous permettra de fonder une véritable compliance pénale, en considérant que « l'intérêt de la personne morale [en] participe directement »[53].

La réputation comme régulation ultime. Loin de nous apparaître comme une simple conséquence finale du jeu pénal, la réputation semble au contraire porter tout le paradigme anticipatoire de la compliance, à telle enseigne que même les sanctions pénales traditionnelles y viennent, pour frapper les entreprises sur cet actif immatériel majeur, ou à l'inverse pour le protéger. Mais la systémie de l'autorégulation par la réputation se joue au-delà. Là où la conformité et le droit pénal instrumentalisaient ponctuellement les mécanismes réputationnels ou tentaient de les systématiser par le prisme étroit de la transparence[54], la compliance paraît pouvoir en organiser méthodiquement la portée. Reprenant les quatre strates de la réputation dégagées par Roy Shapira : révélation, diffusion, certification et attribution[55], nous pourrons voir combien la compliance est à même d'en optimiser les mécanismes. Sous ce jour, la CJIP révélera combien, en cherchant à satisfaire les intérêts des deux parties en présence, elle réalise une sous-production d'information aussi invisible que contre-productive pour la société globale. Car là se situe la dissymétrie de la sanction contre laquelle le procès pénal traditionnel était prémuni : les autorités de la compliance criminelle s'attachent avant tout à des montants (jusqu'à parfois délaisser la reconnaissance des faits) pour rassurer la population et l'exécutif sur la qualité de leurs sanctions, alors que non seulement les véritables sanctions pour les agents économiques sont essentiellement réputationnelles mais que cette publicité est la condition de l'autorégulation au-delà du cas d'espèce. La compliance doit donc au contraire être l'occasion

[52] On pense par exemple à l'introduction de la « golden clause » dans les nouvelles lignes directrices, comme discuté plus loin.
[53] PNF, « Lignes directrices sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public v.2 », 2023.
[54] « L'exigence de transparence, lorsqu'elle se généralise à l'excès, n'est plus la quintessence de la démocratie mais plutôt son antipode. C'est un choix de paresse, contraire aux principes élémentaires de la liberté : plutôt que d'établir la preuve d'une infraction ou d'un dysfonctionnement, s'ils se produisent, l'on en renverse le fardeau en imposant, par la transparence et dans l'espoir naïf que cette exigence préviendra tout manquement, de rendre des comptes *a priori*. Car c'est bien de cela qu'il s'agit en dernière analyse : imposer partout, toujours et systématiquement un régime préventif, celui dont tous les juristes savent bien qu'il est le plus restrictif de liberté. » EWALD François et KESSLER Denis, *Les noces du risque et de la politique*, Gallimard, 2000.
[55] SHAPIRA Roy, *Law and Reputation: How the Legal System Shapes Behavior by Producing Information*, Cambridge University Press, 2020.

d’optimiser l’information diffusée vers le marché pour en assurer la bonne autodiscipline. Pour autant, si la compliance criminelle a pour principe la proportionnalité, le marché a pour principe l’exponentialité. Loin d'un principe de publicité totale, il s'agira de trouver à ce que la compliance criminelle informe justement le marché, non seulement en produisant une information, mais en l’in-formant, c'est-à-dire en lui donnant une forme capable de canaliser ses effets.

6. Vers une redéfinition de l'objet de la compliance pénale

L’entreprise institution. Ultimement, la compliance protège un troisième système, à un niveau microéconomique celui-là : l’entreprise, puisque désormais tenue comme institution structurante. L’appréhension de l’entreprise par le droit pénal comme « personne morale » est l’occasion d’exposer toutes les difficultés. Cette appellation par opposition à personne physique est propre au français, puisque tous les autres droits la nomment « personne légale », comme en anglais, ou « personne juridique », comme en italien. Il nous faudra détacher le concept de « morale » pour s’attacher à celui de « personne », tout en le dégageant d'un anthropomorphisme latent et délétère. En effet, les raisonnements métaphoriques pullulent à mesure que le droit s'ouvre aux sciences sociales, comme l'exemple de Chesterton a pu l'exposer. Or, nous pourrions tenir la personne morale comme un mythe, un mythe juridique doué d'effets, mais un mythe qui doit nous mettre en garde : la difficulté de l'entreprise est précisément cet éclatement en son sein des centres de décision, l'empêchant d'adopter des raisonnements aussi univoques que ceux d'une personne physique. C'est alors la mise en exergue d'une culture de l'entreprise qui nous permettra d'envisager une transposition de la notion d'intention à l'échelle d'un groupe, pour aboutir à une personnification sans anthropomorphisme.

Il s’agira alors de tenir ce choix français de terminologie comme une prise de distance avec le positivisme, nous permettant d’appuyer la théorie réelle de la personne morale, et d’ainsi lui trouver une responsabilité propre.

La définition institutionnelle de l’entreprise qui a fait école depuis Hauriou apparaît la plus pertinente au sens où elle décrit le mieux le réel, mais pas au sens où elle serait la plus

souhaitable, car si elle est devenue le « modèle d'organisation sociale dominant »[56], il nous apparaît hasardeux de lui reconnaître un caractère citoyen ou politique. La fameuse distinction wébérienne[57] entre association et institution nous permettra alors de distinguer les « parties prenantes » soumises à un ordre qu'elles ont souhaité, de celles qui l'ont vu s'imposer, afin d'y articuler la notion d'externalités.

Une responsabilité active. C'est par le biais de sa responsabilité qu'il nous faudra parvenir à redéfinir l'entreprise. La compliance en effet aspire à passer d'un droit pénal de proscriptions substantielles à un droit pénal de prescriptions procédurales, en rendant l'entreprise non plus passive ou réactive mais proactive dans la défense de sa responsabilité, et dans l'exercice de sa responsabilité[58]. Si l'identification à une personne morale rend fidèlement compte d'une responsabilité strictement juridique de type *liability*, cette conception sociétaire ne saurait perdurer tant le voile de la personne morale cache une boîte noire internationale que la compliance a pour essence de manifester, afin de reconnecter pouvoir et responsabilité. A la suite de l'arrêt de la chambre criminelle du 25 novembre 2020[59] actant une transmission de la responsabilité pénale d'une société absorbée à une absorbante, et afin de saisir l'idée de groupe, nous préférerons adopter une conception économique de l'entreprise, établie sur le concept d'*accountability*. Plus radicalement encore, nous devrons alors aborder la responsabilité de l'entreprise comme *responsibility*, c'est-à-dire dépositaire d'un devoir de décision stratégique.

Cependant, et alors que presque tous les auteurs de la compliance admettent qu'elle revient à « déléguer à l'entreprise des fonctions que les États ne peuvent plus assumer seuls, comme la lutte contre la corruption »[60], la portée d'une formulation aussi maximaliste nous paraît périlleuse, d'autant que rien n'indique que cette prémisse soit acquise. En effet, si l'entreprise est effectivement auxiliaire d'une telle fonction étatique c'est dans la stricte limite de sa propre activité économique. Elle n'est donc délégataire d'aucune fonction ni d'aucun pouvoir, qui par définition devrait trouver à s'appliquer à autre chose qu'elle-même, ce qui à notre sens ne saurait être le cas.

[56] FARJAT Gérard, *Droit économique*, PUF, 1971.
[57] WEBER Max, *Économie et société, tome 1 : Les Catégories de la sociologie*, Agora, 2003.
[58] La probité et la preuve ont une étymologie commune : la probité ne se satisferait donc pas d'une abstention, mais comprendrait une exigence de manifestation.
[59] Crim. 25 Nov. 2020, n°18-86.955
[60] GARAPON Antoine et COLOMBET Astrid Mignon, « D'un droit défensif à un droit coopératif », *Rev. Int. Droit Économique*, De Boeck Université, 2016.

Les buts monumentaux. Cette proactivité exigée de l'entreprise ne saurait être confondue avec une téléologie, c'est-à-dire l'attribution de buts extérieurs, fussent-ils « monumentaux »[61]. En effet, les seuls buts que la compliance assigne sont plutôt qualifiables d'intermédiaires, dépourvus de tout lyrisme. Car au prétexte de la voir servir des fins toujours plus nombreuses, la littérature découvre ou invoque des responsabilités de l'entreprise dans toutes les directions. En-deçà d'idéaux incantatoires ou iréniques, qui bien souvent reposent sur des concepts voire des raisonnements essentiellement métaphoriques[62], la seule qui nous paraisse pertinente, c'est la responsabilité de l'entreprise sur elle-même, sur elle entièrement mais sur elle seulement. Confier à l'entreprise d'autres objectifs que la création de richesses ne nous paraît ni justifié ni judicieux[63]. Fussent-ils monumentaux, ces buts nous semblent relever d'un champ des affaires marginal (celui du mécénat, de l'économie sociale et solidaire, voire en partie celui des entreprises à mission[64]), d'une captation commerciale intéressée, voire d'un pacte faustien entre politique et grandes entreprises. Remarquons pourtant que l'expression de « buts monumentaux » connaît un déploiement impressionnant dans le champ de la compliance, au point qu'on la tienne désormais comme définissant la compliance[65] et que le président de la chambre criminelle de la Cour de cassation, garant s'il en est de la norme pénale, la reprenne à son compte dans son sens le plus extensif[66] !

Dans ce contexte toutefois, la compliance prend en charge des buts que nous préférons appeler « actifs-négatifs », c'est-à-dire de prévention et non pas d'accomplissement, par opposition à des buts monumentaux ou des objectifs politiques. Ce qui doit l'animer c'est la lutte *contre* la corruption, *contre* le trafic d'influence, *contre* le blanchiment, *contre* les atteintes à l'environnement et aux droits humains, *contre* le détournement de données, *contre* les atteintes aux systèmes, etc. Ainsi le but reste-t-il substantiellement pénal, la préservation de l'interdit, et non pas prescriptif, ce qui investirait l'entreprise de missions citoyennes. Ce dernier, le rôle politique de l'entreprise, trouvera à s'accomplir modestement par l'acquittement de l'impôt, *pour des fins qui ne lui appartiennent pas*.

---

[61] Le concept a été développé par le Pr Frison-Roche, et fait désormais florès, avec notamment FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2023, le colloque CE du 2 juin 2023 et le jugement TJ Paris du 28 février 2023.

[62] On relèvera la magistrale mise en garde de TI Ukraine à l'intention de Zelensky : « corruption is high treason on a metaphorical level, not a legal one ». 28 août 2023.

[63] La création de richesses n'est pas seulement une optimisation des profits, puisqu'elle doit tenir compte de la richesse détruite. Il s'agit plutôt du « bon développement de ses affaires ».

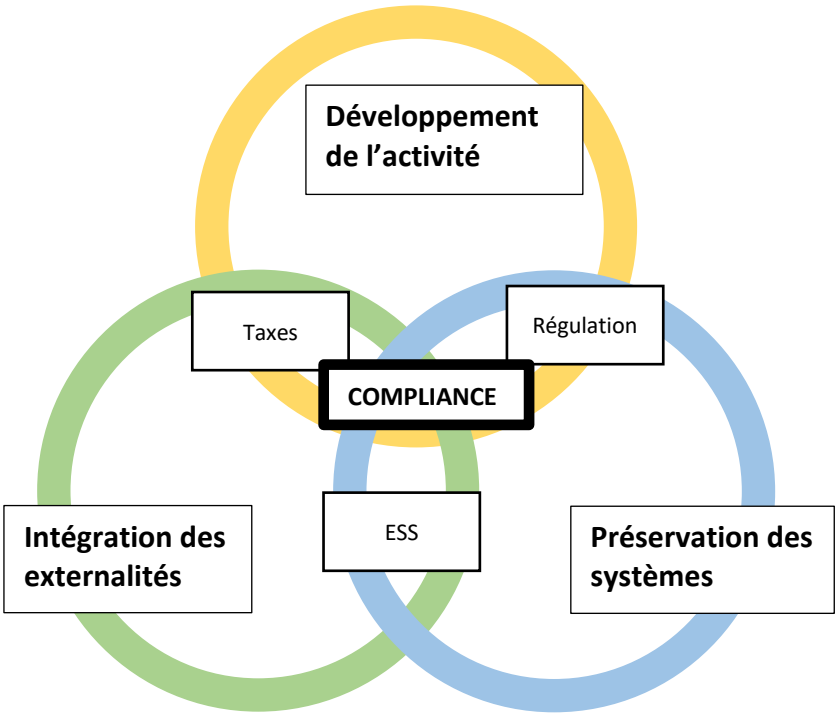
[64] Les sociétés à mission ne concernent aujourd'hui, 3 ans après la loi Pacte, que 500.000 salariés au total !

[65] « Ce sont les buts monumentaux qui définissent la compliance », ainsi débute l'ouvrage éponyme FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2023.

[66] M. Christophe Soulard à « Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation : colloque : de la régulation à la compliance, quel rôle pour le juge ? », 2023.

Considérant que la responsabilité de l'entreprise se résume à la bonne marche de ses affaires et à l'évitement de nuisances actives (les exactions) ou passives (les externalités), nous proposerons de rationnaliser l'entreprise à trois formes de responsabilité encadrées par le droit :

- La création de valeur, au niveau économique
- La réintégration de ses externalités, au niveau microéconomique
- La contribution à la préservation des systèmes au niveau macroéconomique.



Rationalisation des responsabilités de l'entreprise par le prisme de la compliance

Responsabilité directe. Au terme d'une rationalisation de cette responsabilité de l'entreprise, la compliance permet d'asseoir la théorie de la réalité de la personne morale. En effet, la personne morale se trouve désormais douée d'une conscience réflexive comme manifesté par sa vigilance décuplée des risques, ainsi que d'une conscience du regard des autres, comme en témoigne la place fondamentale de la réputation[67]. De surcroît, là où le droit pénal se focalisait sur la responsabilité tirée de son pouvoir d'employeur, la compliance la rend

[67] En tenant la personnalité comme la dialectique entre la conscience qu'on a de soi et la conscience qu'en ont les autres, conformément à HEGEL G.W.F, *Phénoménologie de l'esprit*, Vrin, 2016. chapitre IV

capable désormais d'appréhender un pouvoir plus systémique, celui d'organisation, qui tente parfois de compartimenter le risque et de distribuer voire d'occulter la responsabilité[68].

Plus encore, les outils de la compliance, au premier rang desquels la politique de conformité de l'entreprise et son code de conduite, permettent de dégager concrètement une volonté qui lui est propre. La compliance pénale nous apparaît comme l'ultime étape qu'attendait le droit pour pouvoir consacrer une responsabilité directe des personnes morales. C'est la double caractérisation d'une dilution de la faute et d'une diffusion de la faute qui nous permet d'asseoir une responsabilité directe de la personne morale, la première répondant d'une logique probatoire pour rendre l'imputation accessible, la seconde d'une logique personnelle pour rendre l'imputation acceptable.

Ultimement, il apparaîtra qu'au-delà de la sanction administrative de leur absence et au-delà de leur mobilisation par l'entreprise comme élément de défense pénale, les éléments du dispositif de conformité sont destinés à élaborer progressivement une imputabilité pénale de l'entreprise, par les engagements unilatéraux, l'engagement du dirigeant, les procédures comptables, la cartographie des risques. Il s'agira dans un premier temps de raccrocher à des fonctions expertes (comme la gestion des risques, la comptabilité ou le dirigeant) une responsabilité par ricochet de la personne morale, mais sans doute dans un second de consolider une responsabilité directe de la personne morale par la révélation d'une intention propre faite de politiques internes, de cartographies des risques, de formations. Dans ce contexte, la fonction de compliance officer[69], par l'ambiguïté de son statut de dirigeant et l'ubiquité de son positionnement transversal, pourrait constituer une véritable courroie de distribution du risque pénal, suivant le schéma du « Risk Assessment Comitee » développé par l'arrêt Alcatel Lucent du 16 juin 2021[70].

Le dirigeant. Conformément à la loi Sapin 2 qui met très directement le dispositif de conformité à leur charge, à la CJIP qui les maintient « responsables en tant que personnes physiques »[71] et aux politiques pénales qui les érigent en « top priority »[72], les dirigeants sont directement et personnellement impliqués dans la compliance pénale, alors même que

[68] VERNAC Stéphane, *Le pouvoir d'organisation* [microfiche], Thèse de doctorat, Paris 10, 2012.
[69] Nous pourrons constater que des infractions semblent s'élaborer à leur encontre, à l'instar de la complicité d'ABS par abstention. Crim 4 juin 2021, obs. Renaud Salomon
[70] Crim. 16 juin 2021, n°20-83.098
[71] Article 41-1-2 du CPP
[72] Lisa Monaco, Deputy Attorney General, *Remarks on corporate criminal enforcement*, NYC, 15 septembre 2022 www.justice.gov

l'ensemble du dispositif apparaît conçu pour la préservation de systèmes dont ils se trouvent par hypothèse exclus.

A l'inverse même, tout le programme de conformité déployé par l'article 17 les rend destinataires ultimes de l'information récoltée. C'est le sens des recommandations de l'AFA publiées au Journal Officiel[73] qui déterminent tout le dispositif comme reposant sur l'engagement personnel et les arbitrages dûment éclairés du dirigeant. Non seulement est ainsi confortée la théorie de la connaissance obligée, mais le dirigeant se trouve plus que jamais convoqué, en tant qu'organe ou représentant, comme vecteur de responsabilité pénale vers la personne morale.

Là où le droit pénal des affaires cherchait depuis sa création à consolider une responsabilité de la personne morale afin d'en exonérer le dirigeant, dans un étonnant renversement de perspective, la compliance, pourtant droit des systèmes, recherche à tout prix une incarnation suivant le principe *respondeat superior*. Il est même à craindre que puisse lui être reprochée, au nom d'un manque de formation mise à sa charge, la faute propre d'un salarié, suivant le principe de la responsabilité en miroir cher au droit du travail. Ce n'est ni la politique, ni l'opinion publique, ni les médias qui regretteront de trouver en ce bouc émissaire l'incarnation d'un mal systémique, désormais beaucoup plus facile à traiter.

7. Les quatre degrés de la conformité

La raison d'État. La compliance permet finalement le passage de la loi à l'ordre. Nous suivons en cela Hayek dans *Droit, législation et liberté* qui prend ses distances vis-à-vis de la loi physique régissant les phénomènes naturels simples, pour considérer l'ordre intéressant les systèmes complexes. Ce faisant, la compliance relativise l'*imperium* de la loi, désormais concurrencé par d'autres critères. Il sera utile d'interroger les présupposés de cette relégation, dont on peut conjecturer qu'elle relève aussi de l'influence du marché s'imposant comme seul véritable régulateur à l'échelle globale.

Dans ce contexte, l'État lui-même apparaît piloter le risque pénal au gré des conceptions de l'intérêt public que sa politique criminelle adopte, celle-ci prenant un tour extensif mais pas nécessairement explicite[74]. Par la compliance en effet, l'exercice judiciaire s'affranchit du strict

[73] Recommandations AFA, JORF du 12 janvier 2021, qui ne les citent pas moins de 137 fois en quelques pages
[74] Là où SUTHERLAND envisage un droit pénal des affaires influencé par les agents, nous estimons que la compliance réhausse l'influence au niveau des décideurs politiques eux-mêmes.

cadre juridique que privilégiait le pénal pour tenir compte d'autre critères, économiques, sociaux et politiques. Ce faisant, il dilate au maximum les concepts d'opportunité des poursuites et de personnalisation de la peine pour y intégrer tous les enjeux qui composent l'ordre de sa décision[75]. C'est à cette aune que nous pourrons distinguer trois niveaux d'infraction : la fraude individuelle, la fraude industrielle et la fraude institutionnelle[76]. La fraude individuelle est le régime naturel du droit pénal qui ne connaît de responsabilité qu'individuelle[77], qu'il s'agisse de personnes physiques ou morales et induit nécessairement des poursuites. Mais la prise en compte d'autres critères permet de considérer des fraudes à une maille systémique, non plus guidées par la volonté ni l'intérêt d'un seul, mais élaborées par une volonté collégiale pour répondre à un intérêt collectif (volontiers confondu avec un intérêt général), primant conjoncturellement l'État de droit. Ainsi envisagerons-nous les fraudes industrielles, justifiées par des considérations économiques, au premier rang desquelles l'emploi[78]. Et enfin les fraudes institutionnelles, justifiées par des considérations politiques[79]. L'un et l'autre longtemps passivement couverts par les autorités au nom d'une certaine conception de l'intérêt collectif, le Dieselgate au service des emplois de l'industrie automobile et Wirecard au service d'un champion européen de la fintech offriront chacun une illustration de ces fraudes systémiques légitimées. Ultimement, la compliance ratifierait même la conception que le Général de Gaulle proposait à son Garde des sceaux Jean Foyer : "l'État de droit ? l'État, puis le droit"[80].

Les quatre degrés de la conformité. Cette approche par les fraudes individuelles, industrielles et institutionnelles nous permet de distinguer au sein de la compliance criminelle quatre degrés de mise en conformité, dont seuls les deux premiers apparaissent abordés par la littérature.

- La conformité des employés aux règles de l'entreprise
- La conformité de l'entreprise aux règles de l'État
- La conformité de l'État aux règles supranationales[81]

[75] Le juge est mis en position de politique. JAMIN Christophe, *La construction de la pensée juridique française*, L'architecture du droit, 2006.
[76] WHYTE David, « Regimes of Permission and State-Corporate Crime », *State Crime J.*, 3, Pluto Journals, 2014.
[77] Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait. Art. 121-1 CP.
[78] Volontiers tenu comme l'alpha et l'oméga de l'intérêt général.
[79] Donc d'un autre plus légitime encore
[80] « Souvenez-vous de ceci : il y a d'abord la France, ensuite l'État, enfin, autant que les intérêts majeurs des deux sont sauvegardés, le Droit. », *incipit* de FOYER Jean et JANSEN Sabine, *Sur les chemins du droit avec le Général* [en ligne], Fayard. Paris, 2006 p.7
[81] Nous verrons combien la compliance criminelle, avant que de s'imposer aux entreprises, doit s'imposer aux États. L'article 26 de la proposition de directive anticorruption l'illustre puissamment en imposant, dans une sorte de compte-rendu de la part des États, une collecte fine des données statistiques et leur publication.

- La conformité des règles supranationales à l'idéal de justice.

Toutes les études consacrées à la compliance nous apparaissent focalisées sur les deux premiers niveaux, concernant l'entreprise et ses salariés, souvent sans véritablement les distinguer. Or, nous verrons combien les Etats peuvent adopter un comportement similaire aux entreprises en adoptant des règles de façade et en adaptant leur sanction à leur intérêt, de sorte que bien souvent sur nos matières l'initiative réglementaire émane de sources internationales. La conformité à l'idéal de justice soulève quant à elle la problématique du window-dressing ou du greenwashing institutionnel, c'est-à-dire l'élaboration de systèmes en apparence vertueux, qui donnent bonne conscience mais sont dépourvus d'effets sur le réel[82]. Ce double risque de détournement de la règle ou de son adoption de pure forme va en effet jusqu'à l'autotélisme, c'est-à-dire la conformité à soi plutôt qu'à l'ordre supérieur.[83]

L'éthique épistémique. En France, les écrits académiques sur la compliance sont relativement rares. La jeunesse de cette matière n'épuise sans doute pas l'explication de cette rareté. On identifie au moins trois autres causes. La première peut être la circonspection voire la défiance vis-à-vis d'un matériau qui s'impose au droit français depuis l'étranger. Le droit romano civiliste, à commencer par le droit français, peut se montrer légitimement rétif à cette acculturation comme suggéré par l'importation du terme tel quel. Une deuxième raison peut être la passivité que l'on prête à une matière dont la seule valeur résulte de l'effectivité finale. Faute de véritable substance à mettre à son compte, une étude académique pourrait ne pas y voir sa légitimité, justifiant qu'elle soit le terrain des penseurs du temps court[84]. Il s'agit enfin d'un corpus dont les contours sont difficiles à établir. On trouvera donc de nombreux travaux sur ses objets principaux, à l'instar de la CJIP, de l'extraterritorialité ou du lanceur d'alerte, beaucoup moins la traitant de manière globale ou transversale.

Cette disette interpelle car l'essentiel des travaux réalisés sur la compliance (depuis de simples articles informatifs et jusqu'à la norme en soi) émanent de parties prenantes directement concernées elles-mêmes par ses enjeux. La neutralité dont entend relever la compliance en

[8282] On peut penser aux critiques élevées contre la finance ESG, notamment par Tariq Fancy l'ancien responsable de la pratique chez BlackRock. FANCY Tariq, « The Secret Diary of a 'Sustainable Investor' », 2021.

[83] L'illustration millénaire de ce risque est celui manifesté dans *Deutéronome* 9:17 et *Exode* 32:19. Moïse brise les tables de la Loi qu'il vient de recevoir sur le Mont Thabor en voyant les Hébreux vouer un culte au veau d'or. Ce faisant, il indique combien la règle n'est que la manifestation d'un ordre supérieur, et qu'il y a un risque d'en perdre le sens en se vouant au respect de sa lettre.

[84] GARAPON Antoine et COLOMBET Astrid Mignon, « D'un droit défensif à un droit coopératif », *Rev. Int. Droit Économique*, De Boeck Université, 2016.: « Ne sont plus au cœur du dispositif les acteurs classiques du « temps long », États, institutions, professeurs de droit, mais plutôt les acteurs du « temps court », Entreprises, Directeurs juridiques, Juges (Rakoff, Leon) et Cabinets d'avocats ».

écartant toute démarche axiologique, neutralité servie par sa nature éminemment formelle, procédurale et algébrique, n'est pas détachée de tout parti-pris. Nous développerons pour l'illustrer une étude critique du fameux indice anticorruption de Transparency International. Par ailleurs, la conformité peut apparaître dans son principe moins comme l'adéquation à une norme extérieure déterminée, que comme la congruence entre pairs, jaugeant donc l'intégrité comme la corruption au prisme de la cohérence interne du système[85]. Il apparaît donc que la systémie dont la compliance relève doive prévoir sa propre limite, une conscience qui soit hors d'elle et la critique : le droit pénal nous paraît pouvoir utilement l'incarner[86].

L'éthique épistémique se déclinera enfin dans l'attention accordée aux définitions, aux distinctions conceptuelles, au retour aux étymologies, afin de départir ce champ du droit ou de l'infra-droit selon le mot du Professeur Yves Gaudemet de tout lyrisme, métaphores et autres anthropomorphismes qui occultent une part de leurs conséquences et alimentent un effet *sandbox* périlleux.

8. Vers un modèle européen de la compliance

Un modèle de compliance pénale alternatif : la Chine. Finalement, on pourra se demander si une seconde conception de cette globalisation du droit répressif par la compliance ne pourrait pas concurrencer celle reposant sur les mécanismes de marché qui se diffuse depuis les États-Unis. Cet autre système général de régulation pourrait reposer non pas sur l'économie mais sur le politique. Consumant l'écart entre le droit pénal et le droit administratif, et assumant le caractère éminemment politique des dossiers complexes, la compliance mettrait le droit pénal au service d'un idéal politique global, dont les sanctions internationales ne seraient qu'une des émanations. Cette prévention du risque par le politique pourrait être incarnée par la Chine, dont la contestation du modèle de compliance par le marché a trouvé à s'illustrer vigoureusement pendant la crise Covid. La montée en puissance de ce deuxième pôle de compliance mondiale s'impose en interne par une lutte anticorruption et anti-monopoles drastique, et par un discours

[85] Est souvent évoquée la conformité horizontale de l'acte à la règle de droit, moins souvent la conformité verticale d'une norme à la norme supérieure, pourtant plus fréquente en droit positif, suivant la tradition kelsienne. « En effet, la hiérarchie des normes repose sur la conformité de la norme inférieure à la norme supérieure », FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Paris, 2019. p.21.

[86] "*The awareness of these interests is a first and necessary step in preventing the anti-money laundering system from ending like Pygmalion or Narcissus: a system so blinded by the image it has created and by its own reflection, that it is no longer able to critically question itself.*" Ce constat posé par le Pr Antoinette Verhage en 2008 pour la conformité anti-blanchiment nous paraît pouvoir être aujourd'hui étendu à tout le champ de la compliance.

ferme[87], et à l'externe par son plan Marshall "nouvelle route de la soie" et la promotion de mécanismes de régulation hyper-administrés qu'on croyait nos sociétés incapables d'adopter jusqu'à ce que la lutte contre le Covid les justifie[88].

Vers un modèle de compliance européen. Or, comme nous l'envisagerons dans notre critique de l'indice Transparency, aucune lutte contre la corruption ne peut intervenir sans parallèlement une promotion des libertés fondamentales. En effet, la principale victime de la corruption est le système juridique lui-même, et il ne survivrait pas au déséquilibre de la promotion d'une cause unique, fusse-t-elle aussi noble que la probité. Elle verserait dans une lutte de façade au service soit d'une instrumentalisation politique, soit du seul fonctionnement des marchés financiers. Équilibrant les excès d'une régulation laissée aux mains de l'économie et ceux d'une toute-puissance politique, l'Union européenne pourrait proposer entre ces deux pôles une troisième voie, celle d'une compliance par le social. Plusieurs analyses s'élèvent en ce sens[89], auxquelles le succès du RGPD, les épigones de la loi Devoir de vigilance, les DSA-DMA semblent donner raison. Cette troisième voie serait l'occasion d'établir une compliance pénale sur les principes de l'État de droit, de tempérer l'utilitarisme des deux premiers modèles par une conception tocquevillienne des petites sociétés[90], et de tenir compte de l'environnement, système s'il en est, et grand oublié des deux autres pôles.

9. La problématique

Problématique. Certaines entreprises préfèrent « payer immédiatement une amende, et tourner la page, plutôt que de voir reconnaître leur innocence des années plus tard »[91]. L'amertume du constat dressé par un éminent praticien au sujet de sa cliente personne morale pose les enjeux de cette mutation de la responsabilité pénale. Péguy lui-même dans sa réponse

[87] Nous n'y voyons pas l'hypocrisie qu'un discours occidental lui prête parfois, mais plutôt une conception distincte de nos démocraties libérales fondées sur l'État de droit : l'idéal d'une société harmonieuse.
[88] En jouant sur le double sens grec du terme *pharmakon*, on a pu dire que le plus grand danger de cette crise Covid n'est pas que la Chine ait exporté le mal, mais qu'elle ait exporté le remède.
[89] Notamment CAZENEUVE Bernard et GAUDEMET Antoine, « Pour un droit européen de la compliance », Club des juristes, 2020.
[90] Nous développerons le poids du paradigme de l'utilitarisme, commandé tant par le contexte libéral que par le conséquentialisme du paradigme du risque. Mais nous tâcherons de dépasser Bentham et Mill pour atteindre Tocqueville, et considérer que le risque sera à la fois mieux compris et mieux géré par une société civile structurée, notamment par le biais d'associations.
[91] L'avocat Alexis Werl au sujet d'un client, groupe français accusé de corruption internationale, in LETELLIER Lucie, DELAUNAY Ondine et PORTMANN Anne, « De la responsabilité pénale des personnes morales à celle des dirigeants : vers une mutation du droit pénal », *Lett. Juristes Aff. Mag. N°58*, 2023.

au kantisme évoquée en épigraphe interroge la pertinence en actes d'une morale systémique rendue impuissante par sa perfection théorique.

Le droit pénal des affaires est conscient d'une double inadéquation, celle manifestée par son impuissance à se saisir d'une délinquance d'affaires désormais faite de flux, mais aussi celle manifestée par l'indésirabilité de certains de ses effets. Aussi a-t-il recours à la responsabilisation, comprise comme une délégation des pouvoirs en échange d'un devoir d'initiative et d'une obligation de résultat. Si cette responsabilité pénale augmentée du paradigme du risque apparaît plus adaptée à des agents particulièrement rationnels, dans une perspective béckerienne d'une délinquance calculatoire, elle menace de transformer l'infraction en un investissement. Le risque deviendrait-il alors celui d'une porosité entre compliance et complaisance ?[92]

Dans cet équilibre dialectique entre l'éthique et la politique qui décrit le droit selon Julien Freund, sans doute la compliance fait-elle pencher la balance vers la seconde[93]. Mais la responsabilité pénale, fût-elle des affaires, ne saurait se départir de son intention morale[94]. Pour autant, il ne semble rien rester de cette conscience personnelle qu'elle suppose, une fois considéré l'entreprise par le prisme du calcul, entreprise qui ne paraît *in fine* ni personne ni morale. Il convient toutefois de se garder de composer un système dérogatoire du droit pénal par la compliance criminelle, qui connaîtrait les mêmes effets mais sans ses limites, au nom de la singularité de la personne morale et de l'efficacité qu'on y attache. Si effectivement nous ne lui reconnaîtrons pas de droits fondamentaux de la nature de ceux d'une personne physique, les conséquences d'un traitement criminel sans les garde-fous de la procédure auraient tôt fait d'atteindre non seulement l'économie, la création d'emplois et la liberté d'entreprendre, mais également et surtout, les droits des personnes physiques elles-mêmes. Nous envisagerons sous le nom de l'effet *sandbox* ce danger propre à la compliance criminelle : celui d'en faire un véhicule d'innovation judiciaire aussi souple qu'il est vindicatif, et d'intégrer ce faisant des concepts sociologiques extensifs qui seraient ensuite reversés dans le droit répressif. Le même risque apparaît donc avec les personnes morales, dont on trouve toujours à justifier les atteintes

[92] Le lapsus calami rattrape plusieurs auteurs, et la Psychopathologie de la vie quotidienne de Freud (Payot, 1922) pourrait apporter un éclairage. Citons par exemple « Un modèle européen de complaisance pourrait contribuer à la définition et à la perception d'une identité européenne », « vertus qu'un modèle de complaisance serait susceptible d'apporter » in SELLAL Pierre, « Les vertus de la compliance, une réponse possible aux faiblesses de l'Union Européenne ? », in *Frison-Roche Marie-Anne (dir.) Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019. Plus sérieusement, on remarque que compliance et complaisance entretiennent une grande proximité en physique des matériaux, où toutes deux désignent un comportement d'élasticité.

[93] FREUND Julien, *Politique et impolitique*, Sirey, 1987. p.287

[94] DE LA TOUANNE Sébastien, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz Actual.*, 2021.

aux droits, jusqu'à ce que la contamination anthropomorphique joue dans l'autre sens et affecte progressivement les personnes physiques, à commencer par ses dirigeants.

En examinant donc la désacralisation de l'ordre pénal, l'enjeu n'est pas de regretter l'altération d'un ordre ancien, mais d'interroger les limites de cette mutation. Aussi s'agit-il d'envisager la désacralisation au sens négatif de perte de sa verticalité, de son commandement axiologique, de son fondement moral. Mais il s'agit aussi de considérer cette désacralisation au sens positif et étymologique de la fin d'une séparation : au plan microjuridique, la fin de l'exclusion de l'entreprise fautive au profit d'une sanction *via* le marché ; au plan macrojuridique, l'intégration du droit pénal qui s'appréhendait jusqu'alors comme un ordre autonome dans un ordre politique plus général.

Confrontée au droit pénal, la notion de conformité interroge radicalement : est-elle la norme de l'étant ou celle du devoir-être ?[95] La compliance, vouée à la protection de l'intégrité des systèmes, l'oriente vers une préservation du *statu quo*, avec un double risque : au niveau macroéconomique, *statu quo* pour l'État qui s'épargnerait des réformes systémiques et renforcerait un certain ordre social, au niveau microéconomique, *statu quo* des grandes entreprises qui verraient leur profit préservé par ces barrières à l'entrée et à l'innovation. Le rôles éminemment « antisystème » du lanceur d'alerte et du vendeur à découvert pourront alors être l'occasion d'une prise de recul du système sur son auto-conformation.

Ainsi, alors même que l'ordre social apparaît comme la seule véritable victime des infractions relevant du champ de la compliance, la société est tenue à la fois à l'écart des sources de cette compliance pénale (moins démocratiques), à l'écart de sa mise en œuvre (d'une intelligibilité moindre) comme à l'écart de sa sanction (moins publique). Dépouillant le droit de sa fonction symbolique, la compliance lui ôterait sa dimension cathartique et interrogerait alors sur les collusions potentielles des intérêts en jeu.

En prémunissant l'entreprise contre le risque pénal, la mission des programmes de conformité semble consister à transférer sur la tête des salariés la responsabilité des infractions constatées ; ce faisant, la compliance passerait d'une responsabilité *ex ante* de l'entreprise, à une entreprise exemptée de responsabilité. Aussi nous faudra-t-il développer quatre axes de réflexion. Nous en articulerons le développement aux trois sources de la validité du droit

[95] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, p.160, 2004.

évoquées : légalité, légitimité et effectivité, et aux quatre degrés de conformité invoqués : aux règles de l'entreprises, aux lois de l'Etat, aux normes supranationales et à l'idéal de justice.

Que ce soit au stade de son élaboration, au stade de sa mise en cause, ou même à celui de la sanction, dans quelle mesure la responsabilité pénale des entreprises et de leurs dirigeants peut-elle reposer sur des mécanismes de marché sans mettre en péril l'équilibre du droit pénal entre l'ordre public et les libertés individuelles ?

Dans quelle mesure la compliance organise-t-elle le passage d'une responsabilité passive de l'entreprise à sa responsabilité active ? Une fois augmentée de la notion de risque, faut-il lui adjoindre l'assignation de « buts monumentaux », pour donner un contenu substantiel à la compliance ?

Dans quelle mesure la compliance permet-elle de faire émerger, *via* le dispositif de conformité, une responsabilité pénale directe de la personne morale ?

Dans quelle mesure enfin, la compliance est-elle légitime à conduire le judiciaire à dépasser le juridique pour que la forme et la portée de la sanction tiennent plus structurellement compte de paramètres non pénaux ?

10. Le plan

Plan. Il s'agira dans un premier temps d'envisager la mutation des sources de responsabilité pénale qu'entraîne la compliance (partie 1), avant d'étudier la mutation de son imputation à l'entreprise et au dirigeant (partie 2).

Cette mutation des sources de responsabilité se traduit d'abord par une évolution de l'origine de la norme pénale (chapitre 1). L'État apparaît en effet supplanté par un droit globalisé, issu à la fois des organisations internationales et des entreprises systémiques qui s'auto-nomisent. Pour autant, si son rôle de législateur est atténué, son rôle politique s'en trouve renforcé, au service d'une politique pénale intérieure comme internationale.

Au-delà, c'est une mutation du fondement de la responsabilité pénale que la compliance induit (chapitre 2). Elle appelle en effet le droit pénal d'une part à anticiper l'infraction, et de l'autre à l'envisager comme un système. Enfin, elle lui fait adopter le paradigme du risque, qui, s'il rend la responsabilité plus active, relativise également l'autorité de la règle pénale.

L’imputation de cette responsabilité pénale se fait alors sur des sujets redéfinis par la compliance (chapitre 1). L’entreprise de son côté voit sa définition rationalisée afin de circonscrire sa responsabilité, mais son imputation est renforcée jusqu’à établir une responsabilité directe de la personne morale. Quant au dirigeant, son identification impérative et la recherche d’une incarnation en font le parent pauvre de la compliance, d’autant plus démuni que les paravents à sa responsabilité apparaissent inopérants.

C’est enfin la quintessence de la responsabilité pénale, la sanction, qui apparaît bouleversée par l’introduction des mécanismes du marché (chapitre 2). Au niveau microéconomique, la CJIP propose un équilibre précaire entre convention et judiciaire, incarnant le marché de l’autorité. Au niveau macroéconomique, c’est la puissance normative de la réputation qui sera étudiée, éclairant ainsi l’autorité du marché.

I. La mutation des sources de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance

La source du droit, et singulièrement du droit pénal, s'établit dans la souveraineté populaire, qui se trouve être ainsi à la fois son origine, comme provenance, et son fondement, comme raison d'être. La compliance introduit une première distinction conceptuelle en les séparant l'une de l'autre, et en redéfinissant ce rapport de la légitimité à la légalité. C'est cette opposition entre l'efficacité d'une compliance anglo-saxonne et le formalisme d'un droit pénal continental qui a pu être tenue pour un « syndrome d'Azincourt »[96].

Telle que progressivement adoptée par le droit français et européen, la compliance criminelle manifeste une attitude ambiguë envers le droit pénal : elle en conteste jusqu'aux caractères les plus fondamentaux, sans pouvoir pour autant s'en passer. Si elle était contenue à une simple *soft-law,* ou n'intéressait que les champs administratif et régulatoire, elle serait sans grand effet sur la responsabilité pénale proprement dite. Mais elle apparaît au contraire lui être profondément liée, tant substantiellement par les infractions qu'elle prévient que procéduralement par les instruments qu'elle applique[97].

L'objet que lui propose la compliance, celui des entreprises systémiques, parait justifier toutes les infidélités que le droit pénal fait à sa nature originelle. Si certaines étaient en germe, poussées par une recherche d'efficacité qui n'a pas attendu la compliance, d'autres sont implantées et cultivées par cette matière nouvelle, le droit pénal admettant son impuissance à imposer seul ses prescriptions à des agents économiques insaisissables.

---

[96] BADIE François et GAUDEMET Antoine (dir.), « Le "syndrome d'Azincourt" ou De la nécessité pour les entreprises de s'adapter au nouvel environnement international en matière de prévention de la corruption », in *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Panthéon-Assas, 2016.
Le syndrome d'Azincourt que convoque l'ancien chef du SCPC François Badie rend utilement compte de ce qui se joue, entre une noblesse française lourdement caparaçonnée et sûre de son droit, et une souplesse anglaise faite d'archers mobiles adaptés au terrain meuble. De l'exemple de cette fameuse défaite française, notre droit pénal peut tirer la leçon suivante : au-delà du formalisme, compter l'efficacité au rang des règles de sa validité.

[97] TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales », *Rev. Sci. Criminelle Droit Penal Comp.*, N° 1, Dalloz, 2012. *« les défis posés par ce type de criminalité collective dépassent non seulement le droit national, mais aussi le droit pénal. Néanmoins, ce nouvel éclairage des besoins de responsabilisation des êtres collectifs, loin de reléguer le droit pénal national au second plan, renforce et renouvelle les appels qui lui sont adressés. »*

Ainsi la compliance oppose-t-elle à la sacralité d'une verticalité pénale l'efficacité de mécanismes de marché. Elle provoque une horizontalisation de son origine, où l'État apparaît relégué au profit de sources privées, et une horizontalisation de son fondement par la notion de système et le paradigme du risque.

Si l'on trouve déjà cette évolution chez un Michel Foucault inquiet de la divergence entre deux modes pénaux dès les années 1970[98], c'est au tournant des années 2000 que l'économie se globalise aussitôt suivie par la régulation[99]. Alors que le droit pénal avait connu une internationalisation tout au long du second XXème siècle, celle-ci semble désormais se faire sans les États. Mais elle ne se fait sans eux que dans une certaine mesure puisqu'ils se montrent bientôt à la manœuvre dans l'instrumentalisation d'un droit pénal globalisé qui cherche autant à étendre leur puissance qu'à éteindre les infractions.

Ce contexte peut être celui d'une évolution naturelle où la France reconnaît son retard en éthique des affaires, voire darwinienne où le système pénal français se montre moins puissant qu'un autre à contrer la délinquance économique internationale ; il peut aussi être vu comme résultant d'un rapport de force politico-économique où le gendarme américain imposerait la force de son droit par le poids de son marché ; ou il peut plus prosaïquement résulter de l'impératif gestionnaire face à la disette des moyens disponibles.

Si l'origine de la responsabilité pénale apparaît plus haute que jamais en dépassant jusqu'à la souveraineté des États, son fondement apparaît au plus bas, délaissant les idéaux moraux pour l'efficacité du calcul utilitariste.

[98] FOUCAULT Michel, « Chapitre II. Illégalismes et délinquance », in *Surveiller et punir*, Gallimard, 1993.
[99] Ainsi en est-il du Global Compact, Pacte mondial des Nations-Unies initié en 1999 au Forum de Davos et signé en 2000 à l'ONU, engageant les grandes entreprises elles-mêmes plutôt que les États.

Chapitre 1 : La mutation de l'origine de la responsabilité pénale

Alors que l'hybridation normative, comprise comme la multiplication des régulateurs, est depuis longtemps une antienne du droit pénal, la compliance l'a systématisée. Déjà au début du siècle précédent, des voix s'élevaient à l'instar d'Arturo Rocco, pour s'inquiéter d'une crise du droit pénal, sous l'influence de l'anthropologie, de la psychologie, de la statistique, de la sociologie, de la philosophie voire de la politique. La « citadelle pénale » se trouvait assiégée par les sciences sociales, et perdait en pureté ce qu'elle espérait gagner en efficacité. Depuis lors, le législateur national n'a cessé de perdre de cette omniscience qu'on lui a longtemps supposée, s'associant bon gré mal gré à de nouvelles sources de normativité.

La mondialisation, par la croissance de firmes multinationales, l'expansion des marchés financiers et l'explosion des échanges a permis l'essor d'une criminalité internationale et révélé des risques structurels. Un droit pénal économique, associé à une coopération judiciaire internationale renouvelée après-guerre, s'est consolidé pour répondre à la délinquance internationale, tandis que le droit de la régulation développait ses mécanismes pour circonscrire les risques systémiques. Cette distinction étanche entre deux disciplines ne devait pas perdurer, tant leurs moyens étaient complémentaires[100], et leurs fins solidaires[101]. Le droit pénal n'était déjà plus ce champ clos dont la prison était l'incarnation[102], il devenait sous l'effet de sa mondialisation un pilier parmi d'autres de la politique criminelle[103].

Des auteurs ont pu décrire une discontinuité radicale entre l'espace judiciaire national et le nouvel espace issu de la mondialisation[104], tandis que d'autres, s'ils concèdent un « flou » né de l'enchevêtrement d'espaces normatifs, ont pu y voir une logique globale, une « mathématique » [105]. Un ordre juridique semble pouvoir émerger, au-delà de la souveraineté

[100] Mécanismes de la compliance au service du pénal, autorité du pénal au service de la régulation, sanction pénale des règles prudentielles in BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.48

[101] La délinquance internationale déstabilise les structures financières, économiques, voire juridiques que la régulation vise à sauvegarder.

[102] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.33

[103] Les frontières du droit pénal deviennent elles-mêmes poreuses, notamment sous l'effet de l'élaboration d'un droit administratif répressif, au point qu'on parle d'une « matière pénale » commune.

[104] ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, Seuil, 2005

[105] « l'on convient volontiers que ce « bricolage », fait de normes nationales, internationales, transnationales et supranationales, ressemble davantage au grand désordre du monde qu'à un « ordre » mondial » DELMAS-MARTY Mireille, *op. cit.*

juridique nationale, qui jusqu'alors organisait elle-même son propre dépassement. La compliance aurait beau jeu de proposer un inventaire exhaustif de ces règles multiples et mouvantes, et son travail de codification peut laisser sceptique. C'est plutôt son approche méthodologique qui permet d'unifier le corpus éclaté et variable qui lui sert de matière.

La compliance étant issue directement de l'économie, nous proposons d'appliquer à son étude la même distinction[106] entre un ordre macro-juridique intéressant le niveau global et les agrégats, et un ordre micro-juridique intéressant les types individuels et les groupes homogènes. A l'instar de l'économie, cette distinction des deux ordres n'empêche pas des liens étroits[107]. Au stade des sources de la responsabilité pénale nous distinguons donc un ordre macro-juridique constitué par les conventions internationales et leur droit souple, d'un ordre micro-juridique constitué par les grandes entreprises et leurs experts[108]. Pris en tenaille entre ces deux ordres, le législateur national semble perdre du terrain, sauf à ce qu'il organise leur relation pour maintenir sa légitimité et circonscrire le risque d'une forme de pannomie[109].

[106] Suivant en cela l'exemple de FRYDMAN Benoît, *Petit manuel pratique de droit global*, Académie royale de Belgique, 2014.
[107] MATTEI Aurelio, *Manuel de micro-économie*, pages 1 à 3, 2000
[108] « La construction du droit échappe de plus en plus aux États. Les sources du droit ne sont plus les États souverains. Ce sont des organisations internationales, supranationales et même des organisations sans aucun lien avec la moindre souveraineté ». CASSUTO Thomas, *L'Europe du droit face aux entreprises planétaires*, Bruylant, 2015.
[109] Dénonçant une « pannomie » née des législateurs improvisés, B. Frydman rappelle utilement l'aphorisme du philosophe Wittgenstein : « suivre une règle, c'est suivre la même règle » : l'efficacité d'une règle de droit vient de ce qu'elle est partagée par un grand nombre, tandis qu'un corpus éclaté où chacun aurait sa propre règle disparaîtrait de lui-même. in WITTGENSTEIN Ludwig, *Recherches philosophiques*, Gallimard, 2014.

Section 1. La remise en cause du législateur étatique par la compliance

« L'image révolutionnaire d'une loi toute-puissante ne souffrant d'aucune concurrence en termes d'autorité est indéniablement dépassée » constatait, volontiers, le Président Bertrand Louvel dans l'étude de la Cour de cassation de 2018[110]. Pays parangon des systèmes juridiques clos, « la France n'est [pourtant] plus un pays légicentré, le droit se construit en dehors de la loi », renchérissait, à regret, le rapport sénatorial de 2022, systématisant le diagnostic jusqu'à en faire le principe.

Alors même que la loi pénale apparaît comme l'attribut par excellence de la souveraineté de l'État, alors même que les États se montrent légitimement réticents à concéder l'écriture du droit pénal, alors même enfin que la légalité pénale est un principe constitutionnel[111] : le législateur étatique apparaît dépassé par la mondialisation du droit. D'autres disciplines juridiques, moins attachée à un territoire, à une souveraineté, à un principe de légalité avaient déjà fait leur mue vers une mondialisation. Sous l'influence de la compliance, le droit pénal économique semble à son tour suivre cette mutation au-delà du seul droit pénal international[112].

Néanmoins, ce dépassement n'est pas tant celui d'un législateur rendu obsolète par la technicité et la globalisation, que celui d'un législateur qui autorise lui-même son propre dépassement, conscient que les enjeux le nécessitent[113]. Cet « écrasement » de la territorialité qu'orchestre la compliance a pu rendre méfiante une conception classique du droit[114], mais la politique y voit également l'opportunité de se construire au-delà des frontières nationales.

Si en tant que puissance légiférante s'exprimant sur un territoire, l'État souverain apparaît dépassé, en tant qu'autorité politique s'en affranchissant, il retrouve une vigueur insoupçonnée.

A. La relégation du législateur étatique

[110] « Étude 2018 », Cour de Cassation, 2018.
[111] Édulcoré en matière de droit administratif quasi-répressif comme le rappelle la réponse à une QPC du 2 juin 2017 : « l'exigence d'une définition des manquements réprimés se trouve satisfaite, en matière administrative, dès lors que les textes applicables font référence aux obligations auxquels les intéressés sont soumis en raison de l'activité qu'ils exercent ». Voir Regard critique sur le développement d'un droit punitif de la compliance, Claire Ballot-Squirawski, Droit pénal juillet 2020
[112] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020.
[113] On peut parler avec Emmanuel Dreyer de « sources officielles et officieuses du droit pénal ». DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Dalloz, 2021. p.553
[114] Marie-Anne Frison-Roche, Le droit de la compliance au-delà du droit de la régulation

Le législateur national apparaît relégué à un double titre : en tant qu'étatique (1) et en tant que législateur (2). Alors même que le droit pénal le tient comme sa seule source légitime, la compliance accompagne voire catalyse sa relégation, à rebours du principe de légalité, sans doute sous l'effet de l'influence anglo-saxonne de la common-law. [115]

On a pu parler de la « maladresse du droit pénal » qui « immobilise l'espace en le localisant sur un territoire » à « saisir tout ce qui se déplace »[116]. Cette « maladresse » semble se muer en véritable incapacité à l'heure où « c'est une définition fondée sur l'analyse des flux qui permet d'appréhender la réalité des infractions d'affaires internationales »[117].

De son côté, la compliance dépasse le législateur national, en recevant ses normes au-delà de lui par les organisations internationales et les traités (notamment ceux de la construction européenne), mais aussi en deçà de lui par la place accordée au droit administratif quasi-répressif et à la société civile. Les mêmes métaphores anthropomorphes décrivent le retrait progressif d'un État « essoufflé »[118]. Le législateur démocratique n'est pas évincé, puisqu'il autorise lui-même cette « délégation en faveur des conventions internationales et du droit de l'UE »[119]. Néanmoins, la compliance pénale ne s'inscrit plus dans l'internationalisation du droit qui guidait la construction juridique de l'après-guerre, dont les États-Nations étaient commanditaires, mais bien dans sa mondialisation voire sa globalisation. Dès lors, son rôle dans la responsabilité pénale passant au second plan, il convoque la figure du juge pour refonder la légitimité de la matière pénale ainsi générée.

[115] Le système checks-and-balances à l'américaine est conçu sur un équilibre entre le pouvoir législatif et l'exécutif. Dans le système français, la compliance accroît le pouvoir politique mais amoindri encore le législatif. Reste le judiciaire qui se trouve renforcé, son pouvoir étant renouvelé par les contrôles de constitutionnalité et conventionalité, il devient une quasi-Cour suprême. Mais subsiste donc un défaut de pouvoir législatif, qui pourrait seul constituer un véritable contre-pouvoir

[116] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.108

[117] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p. 38 « Flux financiers d'abord, comprenant la criminalité financière tendant à dissimuler la provenance, l'existence ou la destination de fonds. […] Flux économiques ensuite, affectant les mouvements des marchandises pour la criminalité portant sur la fiscalité des biens […]. Flux d'informations enfin, incluant la criminalité concurrentielle […] et aujourd'hui la cybercriminalité ».

[118] « un essoufflement de l'État » chez TERRE François et MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, Dalloz, 2023. p.410

[119] *Ibid.*

1. Un droit pénal moins national : l'internationalisation des sources de responsabilité pénale

Trois sources interviennent désormais directement dans la création du droit pénal : les traités internationaux, depuis longtemps installés dans le paysage pénal (a), la construction européenne, qui vient de consolider son assise pénale par l'installation de son parquet (b), et les Droits de l'homme dont l'influence pénale ne va cesser de croître (c).

a. Le recours de la compliance à un droit pénal conventionnel

Conscients que la coopération judiciaire internationale ne suffit plus à contrer une criminalité organisée qui profite de leurs limites voire les instrumentalise, les États remettent une part de leur souveraineté pénale entre les mains des conventions internationales. Ils se lient ainsi les mains, clairvoyants quant au fait que leurs intérêts propres gênent leur action. Ces pouvoirs d'édiction sont doublés de pouvoirs de sanction croissants, comme la consécration progressive du pouvoir de sanction de la Banque Mondiale et des autres banques de développement[120]. A tel point qu'à la suite d'un Bertrand Badie, on pourrait constater que le paradigme de la responsabilité aurait remplacé celui, obsolète, de souveraineté[121]. Dès lors, si les sources du droit dépassent les États (i), c'est sans doute avant tout parce que les États en deviennent eux-mêmes l'objet.[122]

i. Des enjeux de compliance criminelle dépassant les Etats

Le law shopping. La délinquance internationale, mobile et astucieuse connaît la limite des systèmes juridiques parfaits que détermine la souveraineté de chaque État, c'est cette souveraineté-même. La conception traditionnelle du droit pénal ne sait pas appréhender cette délinquance organisée qui profite des hiatus entre ces systèmes organisés, voire en les mettant en concurrence. Pour autant le droit pénal est loin d'être relégué, bien au contraire il est convoqué par la responsabilité : une réponse est organisée, c'est la compliance pénale. Lorsque

[120] Dont la CJIP Doris du 7 juillet 2022 peut offrir une illustration en prononçant une peine faible tenant compte d'une sanction préalable de la Banque Mondiale.
[121] BADIE Bertrand, *Un monde sans souveraineté, Les États entre ruse et responsabilité*, Fayard, 1999. On pourra utilement se référer aux travaux de l'association Henri Capitant sur l'importance de la pénétration des normes issues d'organisations internationales dans les droits internes FRYDMAN Benoît, *La mondialisation, journées allemandes*, Bruylant, 2017.
[122] Ce que nous avons pu appeler le troisième degré de conformité.

le droit pénal relevait du seul exercice de l'État-Nation, la criminalité dite astucieuse profitait des hiatus entre législations pour perpétrer son exaction sans risque d'être condamnée, ou même poursuivie, ni même incriminée. Même si les accords de coopération judiciaires se sont multipliés au cours du temps, un droit substantiel commun permet d'éviter ces effets d'aubaine, connus sous le nom de law-shopping.

L'initiative du FCPA. Le FCPA américain est souvent considéré comme la législation fondamentale de la compliance pénale, le standard mondial par rapport auquel s'organisent les législations nationales, soit pour en contrer les effets, soit au contraire pour les imiter, le plus souvent l'un n'allant pas sans l'autre. Cependant, cette loi de 1977 adoptée dans le sillage du Watergate[123], après une prise de conscience du lien indéfectible entre corruption nationale et internationale, n'a guère été appliquée jusqu'au tournant du siècle.[124] Si la convention OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 21 novembre 1997 a donné une portée internationale au FCPA dont elle s'est fortement inspirée, c'est la crise consécutive aux attentats du 11 septembre 2001 qui lui donnera toute sa portée[125]. Conscients que les conséquences de la criminalité internationale ne sont pas circonscrites au monde des affaires et qu'elle ne trouvera de barrage que dans une concertation internationale, les États consentent enfin à déléguer une part de leur souveraineté[126]. Le lien entre la compliance pénale et le terrorisme ne sera jamais rompu[127], à l'instar d'une lutte contre le blanchiment désormais systématiquement associée au financement du terrorisme[128].

---

[123] BREEN Emmanuel, *FCPA : la France face au droit américain de la lutte anticorruption*, pp.16 et suivantes, Joly éditions, 2017.

[124] En moyenne, de 1977 à 2001 le DOJ déclenche moins de 2 poursuites par an, avec un maximum de 5 poursuites sur une année (1989), alors que sur la décennie 2001-2010, il réalise en moyenne plus de 13 poursuites par an, avec plusieurs millésimes qui dépassent les 30 poursuites (2009 et 2010).

[125] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.31

[126] On peut concevoir que l'horreur de la seconde guerre mondiale avait initié un mouvement d'internationalisation du droit pénal, notamment dans le cadre des procès qui s'en sont suivis, et que le terrorisme, autre guerre horrifique, sollicite un renouveau de cette internationalisation. La question se pose alors de savoir si la crise écologique relève de la même nature. Si elle est indéniablement un objet majeur de la compliance appelé à être traité avec radicalité, on peut douter qu'elle relève du même universalisme que ses funestes prédécesseurs, car elle suppose des arbitrages avant tout politiques, dont la production d'énergie nucléaire peut être une illustration.

[127] Exemple peut être pris des outils d'investigation en marge d'une perquisition en entreprise. Les enquêteurs « écofi » ont la réputation d'être particulièrement efficaces en transcription et analyse de conversations audios nombreuses et complexes, mais nettement moins en matière d'analyse de conversations mail. Ce déséquilibre est sans doute redevable du développement d'outils de pointe dans le cadre de la lutte antiterroriste, désormais transférés vers la lutte contre la délinquance économique.

[128] Si ce lien est vérifié, il est également d'opportunité tant le terrorisme trouve aussi à se financer par des sources légales. Le journaliste Kurt Eichenwald décrit par exemple dans l'édition du New-York Times du 10 décembre 2001 les legitimate business et charitable organizations qui ont financé Ben Laden et Al Qaïda. Nous développons la question du blanchiment *infra* au chapitre 2 section 1.

Une mondialisation du droit. Désormais, la coopération ne se limite plus aux règles procédurales, par définition mises en œuvre *a posteriori* (au stade l'enquête et de l'instruction, de l'extradition et de l'exécution des condamnations)[129] mais justifie un cadre substantiel commun[130]. Les règles initialement procédurales définies pour endiguer la criminalité organisée puis la délinquance des affaires deviennent plus substantielles, les États s'accordant sous la pression de la communauté internationale[131]. L'on passe désormais d'un droit de la mondialisation où les États se concertaient pour se saisir d'objets internationaux à une mondialisation du droit, où les États sont contraints d'adopter les règles définies par une communauté supranationale[132].

Des organisations internationales normatrices. Ainsi, les conventions internationales, de l'OCDE comme de l'ONU[133] déploient des organes de suivi et des mécanismes d'évaluation, rendant leur application incontournable, à l'instar du Groupe d'Action Financière Internationale ou GAFI. Cette organisation intergouvernementale recommande des mesures juridiques comme le gel des avoirs, et, si la sanction de l'inobservance de ses recommandations n'est pas juridique, elle reste toutefois douée d'effets comparables à une sanction grâce à la stigmatisation politique voire économique et sociale à l'issue de son processus d'évaluation mutuelle. A telle enseigne que ses « recommandations » s'ouvrent toujours sur ce constat sentencieux : « Les recommandations du GAFI sont reconnues comme les normes internationales en matière de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme »[134]. L'effet de reconnaissance est double : d'abord ce n'est pas seulement une recommandation, ensuite c'est la norme internationale.

Une structuration pour tous les États. Les pays les moins avancés dans la lutte contre la corruption (la Convention de Mérida en compte 187) ne sont pas les seuls à se voir imposer

[129] REBUT Didier, *Droit pénal international*, Dalloz, 2022.
[130] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.31
[131] Remarquons toutefois que la multiplication des sources en lieu et place de l'État crée parfois des incohérences internes suivant les conceptions qu'ont les États, par exemple de la responsabilité pénale des personnes morales ou encore de la complicité, et ce justement au nom de la nécessité d'une lutte concertée : la cohésion externe peut déboucher sur une incohérence interne.
[132] CHEVALLIER Jacques, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », in *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001.
[133] ONU Assemblée générale, « Convention des Nations unies contre la corruption », Merida, 2003.
[134] GAFI (2012-2022), Recommandations du GAFI - Normes internationales sur la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme et de la prolifération, mise à jour mars 2022, GAFI, Paris, www.fatf-gafi.org/fr/publications/recommandationsgafi/documents/recommandations-gafi.html p.2

cette réglementation pénale (ou méta-pénale[135]). Les avancées françaises en matière de droit pénal des affaires relèvent généralement très directement d'une mise en conformité avec ses engagements internationaux[136], la pratique internationale avançant bien plus vite que les législateurs nationaux sur ces problématiques[137]. Au-delà de sa Convention fondatrice de 1997 qui s'adresse aux États, l'OCDE déploie des principes directeurs à l'attention directe des entreprises. Bien que désignés comme « recommandations », ceux-ci ne produisent pas seulement des règles mais les organisent : ils ont « une vocation structurante du droit international et du droit pénal international »[138]. Ils détaillent les infractions visées et les règles prudentielles à observer, ainsi que les mécanismes de contrôle interne à déployer. Des Points de Contact Nationaux (PCN), désignés par les gouvernements, veillent à l'observation des mesures comme relais de l'OCDE au sein des pays.

Une imposition horizontale. Cependant, et de manière assez paradoxale, toutes les sources de réglementation pénale ne sont pas verticales, certaines s'imposent horizontalement aux États. En effet, outre la stigmatisation des pays non-conformes largement utilisée par les conventions internationales, c'est l'extraterritorialité de certaines législations (ou plutôt de leur application extensive par les agences gouvernementales[139]) qui incite les pays à se conformer aux règles pénales économiques et à en adopter de semblables. Si certains auteurs ou praticiens ont pu s'inquiéter d'un impérialisme juridique, on peut, au moins à ce stade de l'analyse, faire crédit de l'impulsion de probité initiée par les États-Unis grâce à leur FCPA.

ii. Des enjeux de compliance criminelle concernant les Etats

[135] Puisqu'il s'agit essentiellement d'imposer aux États de mettre eux-mêmes en œuvre une réglementation pénale spécifique.
[136] LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick et SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 2020. 164
[137] Dernière en date, la proposition de directive européenne anticorruption du 3 mai 2023 dite *Proposition de DIRECTIVE DU PARLEMENT EUROPÉEN ET DU CONSEIL relative à la lutte contre la corruption, remplaçant la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil et la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne, et modifiant la directive (UE) 2017/1371 du Parlement européen et du Conseil*, 2023.
[138] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020.
[139] La SEC et le DOJ ont une interprétation de la portée extraterritoriale du FCPA qui excède la lettre du texte, selon BREEN Emmanuel, *FCPA : la France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Joly éditions, 2017. p.89.

Des États concernés. Si les États se retrouvent encadrés voire dépassés dans leur création de droit pénal, ce n'est pas seulement parce que les objets (groupes internationaux, criminalité transfrontalières) et les fins (risques systémiques) les dépassent, mais parce qu'eux-mêmes sont concernés au premier chef[140], pas tant comme sujets mais bien comme objets. L'exposé des motifs de la directive européenne anticorruption à venir ne s'y trompe pas en mettant en cause jusqu'à la fonction la plus régalienne des États : les « passeports dorés », comme discret outil de corruption internationale.[141]

Une conformité nationale de façade. Il apparaît en effet que les États ont déployé les mêmes techniques que les entreprises en étant « technically compliant » aux normes internationales : il fallait jusqu'alors disposer de textes permettant d'engager la responsabilité pénale (ou parapénale) des entreprises, et tous pouvaient donc se dire en conformité formelle.[142] Au-delà donc du law-shopping des entreprises, certains États eux-mêmes semblent profiter des écarts persistants pour attirer les activités en développant une concurrence réglementaire par le bas, ou en se montrant peu regardants sur la probité des activités accueillies[143]. Mais sans s'arrêter à quelques États-voyous au nombre desquels certains paradis fiscaux, des pays pourtant salués pour leur probité mettent également à profit ces effets d'aubaine en percevant le fruit d'activités criminelles perpétrées à l'étranger, sans en subir les externalités négatives. C'est une des explications que l'on peut avancer à la persistance d'un blanchiment en quantités industrielles d'argent sale dans des pays où la démocratie libérale est bien développée, l'argent issu d'infractions commises à l'étranger y étant opportunément rapatrié. Exemple peut être pris de la Danske Bank qui gère la majorité du système financier du Danemark, pourtant pays adoubé comme le moins corrompu du monde par le fameux indice de Transparency International[144]. C'est pourtant là que la plus grosse affaire de blanchiment au monde aurait sévi ces dernières années pour plusieurs centaines de milliards de dollars[145]. Le cas n'est pas

[140] On peut aussi plus radicalement constater une mort du régalien couplée à une crise de la représentation nationale. Faute alors de coopération inter-étatique c'est le droit international qui prend la relève.
[141] Proposition de directive UE anticorruption, exposé des motifs, p.5
[142] "until a change in methodology, black letter compliance with its standards, rather than on how law and regulation worked in practice". JOHNSON QC Nick, HILL Nick et O'SULLIVAN Sophie, « The Bribery Act 2010 », in *Lissack and Horlick on Bribery and Corruption*, LexisNexis, 2020.p.26
[143] A titre anecdotique, on peut déceler un lapsus calami de l'UE dans le projet de directive cité, puisque rétif à parler de corruption dans le secteur public, il titre par erreur ses articles 7 et 8 « corruption dans le secteur privé ».
[144] https://www.transparency.org/en/countries/denmark
[145] BJERREGAARD Elisabetta et KIRCHMAIER Tom, « The Danske Bank Money Laundering Scandal », 2019.

isolé, puisque selon Die Zeit les banques allemandes ne sont pas en reste[146]. On comprendra alors qu'effectivement, le blanchiment soit l'illustration de ces infractions pénales qui ont puisé leur incriminations dans des conventions internationales successives : Convention de Vienne en 1988, de Strasbourg en 1990, de Palerme en 2000, etc.[147]

Une réponse aux opportunismes nationaux. Enfin, l'émergence d'une compliance criminelle internationale au-delà des États permet d'atténuer les effets d'une guerre économique par le droit. Si certains pays profitent d'une législation défaillante ou peu regardante, d'autres à l'instar des États-Unis ont pu tirer profit d'une législation volontariste[148], adossée à une présence globale par l'intermédiaire du dollar ou des serveurs informatiques. Certains praticiens parlant des législations extraterritoriales comme des « armes juridico-économiques massives »[149]. La loi Sapin 2 qui a fondé véritablement la compliance pénale à la française ne se cache d'ailleurs pas d'être une réponse au rapport parlementaire d'information Berger-Lellouche sur l'extraterritorialité américaine, préconisant d'entrer de plain-pied dans la compliance et d'adapter en conséquence le système pénal français, notamment par l'introduction de la CJIP. On peut d'ailleurs supposer que là où il est souvent évoqué un gouvernement supranational, que ce soit pour le souhaiter, pour le redouter ou simplement pour l'augurer, la compliance induise plutôt un gouvernement infranational, au sens où il se déploie à une échelle infrapolitique. Si on tient la monnaie pour l'attribut essentiel de la souveraineté, l'influence du dollar en offre une illustration flagrante. Ses effets s'étendent bien au-delà des frontières et emportent avec eux le droit pénal états-unien, dans un empire plus juridique que

[146] Selon die Zeit, les banques allemandes blanchiraient chaque année 100 milliards d'euros issus du trafic de drogue, d'armes, d'êtres humains et de fraudes fiscales : MALCHER Ingo, « Kriminalität: "Deutschland ist ein Geldwäsche-Paradies" », *Zeit*, 13 novembre 2019.
[147] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.123
[148] « s'appuyant sur des critères incertains, des méthodes intrusives voire abusives » selon le BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », Assemblée Nationale, 2016.
[149] Sophie Scemla, "La coopération : une solution pour mettre fin à l'utilisation des législations anticorruption comme des « armes juridico-économiques massives » ?", Défis no 9, 2018, p. 53, INHESJ

politique.[150] On remarquera à ce titre que les monnaies virtuelles bien connues de la compliance pour leur capacité à échapper aux règles sont presque toutes adossées au dollar[151].

b. Le recours de la compliance à un droit pénal communautaire

Région supra-étatique établie avant tout sur un marché commun, l'Union Européenne apparaît comme la maille pertinente pour la génération d'un droit pénal économique commun, malgré la diversité des approches nationales et son nanisme politique.

i. La compliance criminelle, d'essence européenne

La proposition de directive anticorruption. L'article 93§1 du TFUE donnant compétence au Parlement et au Conseil pour établir par directives des règles minimales, notamment en matière de corruption, de blanchiment, et de criminalité organisée est un outil majeur de l'élaboration de cette source extranationale du droit pénal, et la proposition de directive anticorruption en est l'ultime incarnation. C'est justement cette directive qui prévoit d'imposer aux États en son article 16-3 la sanction pénale d'un défaut de surveillance. La France, bon élève de l'Europe au regard de cette directive se trouve pourtant directement concernée, puisqu'après l'avoir envisagé deux fois, le législateur français avait retiré de la loi Sapin 2 comme de la loi Devoir de vigilance, de telles dispositions. Ainsi, bien plus que les États qui la composent, c'est l'Union Européenne qui apparaît comme l'échelle pertinente de la compliance européenne[152] : « une action au niveau de l'Union devrait être plus efficace et plus efficiente et apporter une valeur plus tangible par rapport à des actions entreprises

[150] « La devise est également un élément à prendre en considération du fait de l'extraterritorialité de certaines législations anticorruption étrangères » AFA, *Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme*, p. 24
« A titre d'exemple, maintes fois évoqué, un critère souvent retenu par les autorités américaines pour caractériser le lien de rattachement au territoire des Etats-Unis est celui de l'utilisation du système financier américain, voire de l'utilisation du dollar dans les transactions incriminées : la seule utilisation du dollar peut caractériser un lien de rattachement au territoire américain et par voie de conséquence donner compétence aux autorités judiciaires américaines » *Rapport Gauvain, Rétablir la souveraineté de la France et de l'Europe et protéger nos entreprises des lois et mesures à portée extraterritoriale*, pp. 15, 21, 23, 27.
[151] Pour assurer leur conversion dans l'économie réelle par l'intermédiaire des stable coins
[152] Une tradition plus classique représentée par François Sureau pourrait regretter cette corrélation : « le cadre national, qui était jusqu'alors le cadre naturel de la garantie des droits et de la réalisation du projet émancipateur, cède devant le progrès du droit européen, animé à la fois par des valeurs communes et par une énergie technocratique inentamée, d'autant plus facilement que le patriotisme, jugé coupable, inutile ou daté, s'affadit dans les consciences » in Obéissance à la loi ? Revue *Pouvoirs*, 2015

individuellement par les États membres »[153] indique l'exposé des motifs de la proposition de directive.

L'Europe terreau forcé de la compliance. Si nous avons dit que la globalisation des échanges était une source de criminalité économique, à combien plus forte raison peut-elle l'être pour une Union européenne construite sur la libre circulation et pourvue d'un budget propre, suscitant ce qu'on a pu appeler des « eurocrimes ». Cela explique en partie la compétence pénale autonome de l'UE établie par l'article 83.1 du TFUE, et les règles pénales minimales requises par l'article 82 TFUE lorsque les infractions sont graves et transfrontalières comme le blanchiment ou la corruption. Cette exigence pénale européenne vient donc très logiquement répondre à l'ouverture d'un marché économique sans barrières. C'est ainsi d'ailleurs que selon d'éminents auteurs, la création de la responsabilité pénale des personnes morales est indissociable de la construction européenne elle-même[154]. Les dispositions conventionnelles comme les instances européennes créent des normes de comportement qu'il revient aux États de faire respecter, ces derniers sanctionnant donc des règles qu'ils n'ont pas eux-mêmes écrites[155].

L'Europe berceau volontaire de la compliance. Mais au-delà, c'est la compliance elle-même qui apparaît d'essence européenne[156], répondant de la même philosophie proactive plutôt que réactive[157]. Plus substantiellement, pour ce qui est du passé, l'une comme l'autre sont établies sur le droit de la concurrence, fondement de la régulation et « droit commun de l'Union européenne »[158]. Pour ce qui est du futur, l'une comme l'autre semblent faire du droit des données personnelles leur cheval de bataille, l'efficacité d'un RGPD salué et copié témoignant du succès de cette alchimie. La succession des six directives anti-blanchiment depuis 1991 constitue sans doute la meilleure traduction de l'attachement du législateur européen aux enjeux et aux mécanismes de la compliance. Les États n'étant pas naturellement portés à une lutte anti-blanchiment qui peut nuire à leur attractivité et laisse indifférente l'opinion, c'est le Conseil de l'Europe qui se saisit le premier de la question. Le GAFI reçoit ensuite mandat de le systématiser, et ce sont les directives européennes qui font entrer ces

[153] Exposé des motifs *Proposition de directive UE anticorruption* p.7
[154] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.415
[155] *Ibid.* 816
[156] Revue RED n°1 : « La compliance, une idée européenne »
[157] FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Paris, 2019.p. 13. Même si on peut relativiser cette idée, la compliance européenne venant surtout en réponse à la compliance américaine originelle.
[158] *Ibid*. p.18

recommandations alors dépourvues de valeur normative dans l'ordre juridique européen. Le récent rapport du Club des juristes « Pour un droit européen de la compliance » [159] évoque dès l'introduction son ambition de constituer au niveau européen « un acteur pleinement souverain, cohérent et exemplaire en matière d'intégrité de l'action publique et de vie démocratique ». Non seulement le nanisme politique de l'UE ne serait pas un handicap à la construction d'un droit répressif, mais ce dernier permettrait d'y remédier, actant plus radicalement encore le dépassement du législateur national. [160]

ii. Le Parquet Européen, symbole d'une mutation pénale

Le parquet européen. Organe indépendant des 22 États-membres qui y participent, comme de toute institution européenne, le parquet européen est chargé de rechercher, poursuivre et renvoyer en jugement les auteurs d'infractions pénales portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union[161] (fraude et fraude à la TVA, corruption, blanchiment), en attendant de possibles extensions[162]. Jusqu'à l'entrée en exercice du Parquet le 1er juin 2021[163], seuls les États-membres pouvait enquêter sur des infractions touchant pourtant l'Union elle-même. Les organes de l'UE créés pour y pallier, comme l'Office européen de lutte antifraude (OLAF), l'Agence de l'Union européenne pour la coopération des services répressifs (Europol) et l'Agence de l'Union européenne pour la coopération en matière pénale (Eurojust), n'avaient ni la compétence pour diligenter des enquêtes pénales ni le pouvoir d'engager des poursuites dans les États membres. Le Parquet européen incarne donc cette dévolution d'une compétence jusque-là strictement régalienne, celle de l'action publique pour une infraction pénale, à une institution supranationale[164]. Le moyen de la coopération renforcée utilisé pour contourner l'opposition politique de certains États-membres à l'instauration de ce Parquet supranational peut illustrer ce dépassement de l'État-nation organisé par lui-même.

---

[159] CAZENEUVE Bernard et GAUDEMET Antoine, « Pour un droit européen de la compliance », Club des juristes, 2020. p.166

[160] SELLAL Pierre, « Les vertus de la compliance, une réponse possible aux faiblesses de l'Union Européenne ? », in *Frison-Roche Marie-Anne (dir.) Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, 2019.

[161] REBUT Didier, *Droit pénal international*, Dalloz, 2022. p.472

[162] « C'est pourquoi nous devons instituer un parquet européen contre la criminalité organisée et le terrorisme, au-delà des compétences actuelles qui viennent d'être établies » Discours en Sorbonne, MACRON Emmanuel, « Pour une Europe souveraine, unie, démocratique. », 2017.

[163] Trente ans après le projet initial, indice de la difficulté du chemin parcouru

[164] JC Marin Europe 71

Une originalité juridique. Indépendant, sans opportunité des poursuites et tenu de motiver un classement, le procureur européen incarne l'une des évolutions de la responsabilité pénale suscitée par la compliance. Certains auteurs y voient l'occasion d'une *soft-law* pénale de l'UE, grâce aux nombreux « arrangements de travail »[165]. En effet, deux conceptions de cette institutionnalisation coexistent, suivant qu'on en considère le résultat actuel comme un pis-aller, une dégradation de l'objectif posé par ses concepteurs, ou au contraire comme une première étape qui tire profit de ce flou pour en poser les jalons. Le paradigme de la compliance nous porte à considérer que le flou constaté ne résulte pas seulement de la complexité institutionnelle (structure centrale enchevêtrée et droits nationaux juxtaposés), mais qu'il est également délibéré pour exister au prix de la flexibilité.

Une consolidation à venir. A rebours d'une conception classique qui identifie naître à s'organiser, le parquet européen a souhaité poser une marque, qui permet dans un premier temps d'opérer une harmonisation directe des procédures voire indirecte du droit substantiel, mais surtout de favoriser les échanges d'information (dont on sait qu'ils sont le cœur des enjeux judiciaires internationaux), plutôt que de s'attacher désespérément à la territorialité européenne initialement espérée. Si ses attributions peuvent à ce stade paraître anecdotiques comparées au projet initial, il est probable que, sur le modèle de la CECA à l'origine de l'UE, une consolidation de ses prérogatives se fassent par cercles concentriques. En s'élargissant de proche en proche, le critère de compétence contenu au budget de l'UE pourra sans doute s'appliquer à terme aux infractions commises contre le budget d'au moins deux États. Et cet élargissement se fera, par proximité, via les infractions économiques et financières. La CJIP européenne, quoiqu'encore contenue à un champ restreint, en est un signal encourageant, notamment en poussant les États-membres à adopter un tel mécanisme interne[166].

Une puissance narrative. Le cas du mandat d'arrêt européen témoigne sans doute des évolutions à venir pour le parquet européen, et offre une claire illustration de la relation du droit européen à la souveraineté pénale. Bien qu'abouti techniquement, le mandat d'arrêt européen restait au placard face à la réticence légitime de plusieurs États-membres comme le Royaume-Uni. La crise consécutive aux attentats terroristes du 11 septembre 2001 a offert le *momentum*

[165] VERVAELE John, « La mise en œuvre du Parquet européen à la lumière du projet Corpus juris : les nécessités d'un espace judiciaire européen », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 2, Dalloz, 2022.
[166] MIGNON COLOMBET Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public européenne : espoir ou réalité ? », *Sem. Jurid. Ed. Générale*, 2022.

nécessaire au déploiement d'un tel outil au-delà des oppositions souveraines. L'annonce de cette forte innovation judiciaire permettait effectivement de restaurer politiquement l'ordre social affecté par les attentats. On remarquera d'ailleurs que son utilité est *in fine* bien moindre dans la lutte contre le terrorisme que dans la lutte économique et financière. Ainsi peut-on légitimement s'attendre à ce que le même modèle soit appliqué au parquet européen si une crise internationale devait survenir, offrant par le déploiement de sa pleine envergure une réponse politique accessible pour recouvrer la sérénité de l'ordre social. Ce faisant, l'Europe vise peut-être moins la force normative du droit pénal que sa puissance narrative, les deux se recoupant volontiers sous l'égide de la compliance criminelle.

c. La fondamentalisation du pénal par la compliance :

Le recul du législateur national induit une orientation moins positiviste et plus fondamentaliste. L'affranchissement du légalisme et l'orientation vers le réalisme sociologique offrent un champ d'action plus large aux émanations du droit naturel. C'est à la fois la recherche d'un fondement commun et la nécessité de trouver une perspective commune qui imposent de « poser ici la question de la force agissante des droits de l'homme sur la politique criminelle », selon les mots de Mireille Delmas-Marty[167].

De l'OCDE à la compétence budgétaire du parquet européen, du poids de l'OMC à celui des régulateurs bancaires, il était à craindre qu'en fait de régulation internationale celle-ci soit uniquement tributaire de sources économiques et financières[168]. La construction européenne elle-même abonde cette crainte en subordonnant le politique à l'ordre économique, comme le regrette Alain Supiot, en invitant à renouer avec « l'esprit de Philadelphie » pour placer la justice sociale plutôt que le marché total au cœur de la régulation. Cependant, toute la logique de ce dépassement du législateur national ne se résume pas au marché, l'ONU et plus précisément les Droits de l'homme y tiennent heureusement une place de plus en plus prégnante[169], de sorte que la Déclaration des droits de l'homme, « cette déclaration de

[167] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.345

[168] *Les règles proviennent essentiellement d'organismes économiques : « les enjeux ayant présidé à l'adoption des textes internationaux laissent entrevoir une portée davantage tournée vers l'économie » Convention OCDE, le dit explicitement dans son préambule, Chloé Liévaux.*

[169] « Si le juge a toujours eu pour mission d'interpréter les textes, voire d'en combler les lacunes, force est de constater que la place prise par les textes garantissant les droits fondamentaux, qu'il s'agisse du « bloc de constitutionnalité en droit interne, ou de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte européenne des droits fondamentaux, lui ouvre un espace d'interprétation

philosophie politique se [trouve] ranimée de façon inattendue et [devient] une catégorie juridique »[170].

i. L'affirmation des droits de l'homme dans le droit pénal[171]

Nécessaire à la démocratie libérale. Du point de vue de la démocratie libérale, c'est, au-delà de la stabilité, le développement qui conditionne l'exercice des droits de l'homme. Marie-Emma Boursier décrit ainsi dans une anaphore les « atteintes aux droits de l'Homme […] du fait des impacts délétères de la délinquance d'affaires internationales sur le développement de la démocratie, les droits sociaux, le développement économique ou encore le développement durable »[172]. Pour Mahmud Mohamed Salah, « l'ordre économique international et les droits de l'Homme marchent de concert », formant chacun deux ordres universalistes[173]. Plus encore, selon lui, la radicalité des enjeux posés par la délinquance économique fait des droits de l'Homme un outil de régulation incontournable : « l'économicisation de la société montre que les problèmes sont généraux, rendant nécessaire une régulation par les droits de l'Homme »[174].

A contre-emploi. Originellement pourtant, si la Convention européenne des droits de l'homme tient une place importante dans l'ordre pénal français en ayant une « autorité supérieure à celle des lois » selon la Constitution[175], puis étant intégrée par le Conseil constitutionnel au « bloc de constitutionnalité », c'est quasi exclusivement pour contenir la force du droit pénal en l'encadrant par la procédure[176]. Désormais, la compliance les prend comme objet-même de sa lutte, considérant qu'ils sont *in fine* sinon la cible en tout cas la victime ultime de cette délinquance internationale et du risque systémique qu'elle fait courir.

---

particulièrement étendu. » CUKIERMAN Cécile et BONNECARRÈRE Philippe, « Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel », Sénat, 2022.

[170] DELMAS-MARTY Mireille, *op. cit.* p.38

[171] HELLERINGER Geneviève et GARCIA Kiteri, « Le rayonnement des droits de l'Homme et des droits fondamentaux en droit privé », *Revue internationale de droit comparé*, 66, 2014.

[172] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.29

[173] Des auteurs à l'instar de Marcel Gauchet dénoncent cette « double entrée » du complexe libéral qui « a, d'un côté les traits de l'idéologie des droits de l'homme, et, de l'autre, ceux du fondamentalisme du marché » in GAUCHET Marcel, *L'avènement de la démocratie*, Bibliothèque des sciences humaines, 2017.

[174] MOHAMED SALAH Mahmoud, *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, LGDJ, 2012.

[175] Article 55 de la « Constitution du 4 octobre 1958 texte originel ».

[176] Articles 3, 5, 6 et 8 de la « Convention européenne des droits de l'homme ». sur l'exclusion des traitements cruels, le principe de liberté avant jugement, les droits de l'accusé et le droit au secret de la vie privée.

La démocratie libérale considère que la stabilité est une condition d'exercice des droits de l'homme, le Global compact de l'ONU s'articulant essentiellement autour d'eux. Dès lors, de « catégorie philosophique et anthropologique […] voici qu'ils se trouvent, depuis peu, promus catégorie juridique, force juridique en action »[177]. Ils permettent en effet de « combler certaines lacunes du droit écrit » et de « mettre en compatibilité des normes appartenant à des ordres juridiques différents », mais aussi d'adopter une rationalité universalisante « alors que le droit est d'abord délimité par un territoire », qu'on a vu dépassé. « C'est ici que la catégorie des droits de l'homme pourrait jouer – commence à jouer – un rôle spécifique. Non pas en étant placée hiérarchiquement au-dessus des autres (retour à un principe de hiérarchie qui se fonderait sur l'existence d'un droit naturel irréductible) mais en ayant la fonction de médiation, le rôle d'intermédiaire »[178].

La Cour Européenne des Droits de l'Homme illustre ce renversement, car si elle aspire d'abord à limiter la pénalisation par les États, elle peut également à l'inverse imposer une pénalisation, ingérence sans doute encore plus forte dans la souveraineté nationale. Sur une affaire néerlandaise où le gouvernement se proposait d'agir sans recourir au champ pénal[179], elle rappelle qu'« il y va, en l'espèce de valeurs fondamentales et d'aspects essentiels de la vie privée », et que « seule une législation criminelle peut assurer une prévention efficace, nécessaire dans ce domaine ». Cette imposition de l'action pénale aux États va parfois plus loin encore en élaborant une responsabilité active et non plus seulement passive des États. Par exemple, pour respecter l'article 2 de la Convention sur le droit à la vie, il ne suffit plus de s'abstenir d'agir, mais il faut agir, au pénal, pour prévenir les atteintes à la vie[180].

Une mutation du droit. Plus encore que ses limites, c'est la nature du pénal qui mute sous l'effet de la juridicisation des droits de l'Homme : « à mesure que se développent et se dynamisent les droits de l'homme – portés par le droit constitutionnel, les droits européens, les droits civils et politiques de l'ONU… –, le champ pénal, déjà fortement ébranlé du dedans et débordé dans ses contours se trouve dessaisi de sa logique juridique propre »[181]. En effet, sans être pour autant pénales, ces normes supranationales se trouvent directement applicables par le

[177] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.345
[178] *Ibid.* p.364
[179] Flou 370
[180] ROETS Damien, « Droits de l'Homme. Jurisprudence de la CEDH », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 3, Dalloz, 2019.
[181] *Ibid.* pp.40-41

juge pénal. La loi Devoir de vigilance en fait très directement l'aune des mesures de vigilance qu'elle commande : « Le plan comporte les mesures de vigilance raisonnable propres à identifier les risques et à prévenir les atteintes graves envers les droits humains ». Néanmoins, les amendes associées sont aussitôt censurées par le Conseil constitutionnel, au motif que les termes sont insuffisamment « clairs et précis », conformément au principe de légalité des délits et des peines. En effet, si les droits de l'Homme présentent une élasticité chère à la compliance en permettant d'assurer « la médiation entre éthique, politique et juridique », cette élasticité, contraire au principe de légalité, les empêche d'avoir une application pénale directe. Nous rejoignons ici certains auteurs pénalistes s'inquiétant du risque de « faire dire ce que l'on veut à un droit pénal droit-de-l'hommisé » selon l'expression du professeur Mayaud, et que « le droit des droits de l'homme risque de déstabiliser l'ordre juridique national sans pour autant lui substituer un ordre supranational »[182]. Des praticiens de la compliance vont jusqu'à considérer que « le paradoxe de l'intégrisme des droits de l'Homme peut aussi amener la guerre »[183], voire pour les auteurs les plus virulents, qu'ils s'opposent à l'exercice de la démocratie[184]. Cette droit-de-l'hommisation du pénal est peut-être le corollaire d'une privatisation du pénal comme nous le verrons, en ce qu'elle aspire moins à la défense d'un intérêt général par l'autorité de l'État que par les droits fondamentaux de chaque personne.

ii. L'affirmation de la morale dans le droit pénal

La morale comme source du droit pénal. La morale peut constituer une seconde forme de fondamentalisation, plus poussée encore que les droits de l'homme en ce qu'elle est détachée de toute déclaration positive. En effet, si la conformité et sa sœur la régulation, par construction positivistes, étaient dépourvues de toute perspective axiologique, la compliance en sœur du droit pénal des affaires, en apparaît pétrie. Sans doute doit-on également cette croissance de la morale au phénomène d'internationalisation du droit pénal : il faut trouver des sources naturelles aux impératifs pour pouvoir l'affranchir d'un positivisme corseté voire parfois détourné. Mais on en trouve également des effets substantiels en droit national, avec par

[182] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.15
[183] SOULEZ-LARIVIÈRE Daniel, « Chapitre 6. Le marché de la vertu », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[184] MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Eyrolles, 2017.p.145

exemple l'extension progressive du délit de harcèlement moral et jusqu'au harcèlement systémique, qui répondent d'une logique morale bienvenue[185].

Étonné de la levée de boucliers contre les expressions liées au champ de la morale que renferment les jugements du droit pénal des affaires, un magistrat du PNF avait prime la plume pour les lister et les justifier[186], rappelant notamment combien le droit pénal est avant tout une formalisation de la morale, a fortiori dans le champ économique. Robert Badinter le résumait ainsi lors de son discours de présentation du nouveau Code pénal : « Ce nouveau Code pénal, pour assumer pleinement sa mission, doit donc répondre à une double exigence : La première est d'ordre juridique. Il convient de doter notre société d'un ensemble cohérent de lois pénales adaptées à notre temps. En un mot, il faut rénover notre Code pénal. La seconde exigence est d'ordre éthique : le nouveau Code pénal doit exprimer les valeurs de notre société. Les incriminations qu'il formule, les peines qu'il comporte doivent être en harmonie avec la conscience collective. C'est la dimension morale du Code pénal »[187]. Car en effet, au-delà du juge, le législateur lui-même multiplie les recours aux expressions liées à la morale. La section « probité » du Code en offre une illustration probante. Remarquons d'ailleurs que la loi du 15 septembre 2017 pour la confiance dans la vie politique était d'ailleurs initialement intitulée « moralisation de la vie publique »[188].

Une morale efficace. Si la compliance abonde ce versant moral du droit, ce n'est ni par référence à une morale chrétienne ni même au sens d'une morale du devoir à la Kant. Il s'agirait plutôt d'une morale utilitariste, c'est-à-dire d'attention aux conséquences de ses actes[189]. Suivant la célèbre distinction de Max Weber dans le Savant et le politique : il s'agirait de développer une éthique de responsabilité, une rationalité téléologique qui rattache les moyens à la fin, plutôt que de conviction, qui aspire à la pureté des intentions et à l'observance de valeurs.

Si la compliance y a recours depuis ses aspirations universalistes les plus élevées, jusqu'à sa diffusion concrète en entreprise sous le nom commercial d'éthique, c'est parce que

[185] LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice, « L'éthique au travail sous influence du droit pénal : lorsque l'éthique n'est plus une étiquette », in *Le droit pénal face à l'éthique*, 2023.
[186] DE LA TOUANNE Sébastien, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz Actual.*, 2021.
[187] BADINTER Robert, « Présentation du nouveau Code pénal », 1985.
[188] www.vie-publique.fr/eclairage/19540-lois-moralisation-du-15-septembre-2017-lexigence-de-transparence
[189] CANTO-SPERBER Monique et OGIEN Ruwen, « Introduction » Philosophie Morale, Presses Universitaires de France, 2017, [consulté le 10 septembre 2023].

la morale est un réceptacle idéal pour les systèmes. D'un côté elle permet de faire système pour unifier un droit de sources éclatées, de l'autre elle permet de dépasser le système pour renvoyer aux consciences individuelles et éviter l'autojustification. Nous verrons que c'est sans doute ce qui anime la recherche de la responsabilité pénale des dirigeants en parallèle de celle des personnes morales, un élément moral au sens plein du mot.

2. Un droit pénal moins légal : la matière pénale comme source de responsabilité

Le législateur national s'est toujours appuyé sur le pouvoir réglementaire pour construire le détail du droit, la jurisprudence toujours complété la loi au regard de l'espèce, et la société toujours exercé une influence sur le cadre pénal, qu'elle soit plus verticale comme la doctrine ou plus horizontale comme la coutume. Cependant, la compliance, sous le double effet de la complexification des infractions et de l'influence anglo-saxonne, catalyse le rôle de ces sources, en aval du législateur national, contribuant à créer une « matière pénale ».

Afin de mieux appliquer l'article 6 de la Convention prévoyant des droits contre les accusations « en matière pénale », la Cour de Strasbourg a enrichi l'expression « matière pénale », en l'étendant au-delà du droit pénal auquel elle était jusque-là assimilée[190]. Sans cette extension en effet, il suffisait à l'État incriminé de considérer une règle comme non-pénale pour la soustraire au contrôle de l'article. Ce faisant, au nom de l'effectivité, la CEDH donne un sens extensif à ses concepts et révèle la multiplicité des sources du droit pénal en y assimilant notamment le droit administratif répressif[191]. Peu importe le formalisme (la qualification officielle), peu importe également le niveau de gravité concerné (le degré), ce sont les effets qui définissent l'appartenance à la catégorie pénale. C'est finalement cette conception téléologique-même que la CEDH introduit dans des ordres juridiques pourtant rétifs, à commencer par la France. Si l'Europe l'a nommée et définie, cette « matière pénale » au-delà du Code pénal est déjà prégnante dans de nombreuses autres branches juridiques, toutes entretenant un lien étroit avec la compliance : le droit administratif, le droit fiscal, le droit douanier, le droit financier, le droit de la concurrence. Ce « droit pénal implicite » selon

[190] La matière pénale est définie par les « mesures ayant des répercussions importantes » pour donner une portée effective à son article 6§1 « toute personne a droit à un tribunal impartial en matière pénale ».
[191] Les OWIG allemands, DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p. 372

l'expression du Professeur Mayaud[192] pour paradoxal qu'il soit apparaît désormais particulièrement florissant en droit français[193].

a. Le développement institutionnel du droit pénal souple

Deux critères pourtant contraires font qu'une infraction quitte le champ pénal pour le champ administratif : soit par le bas, parce qu'elle est considérée comme peu attentatoire aux valeurs protégées, soit par le haut, parce qu'elle est considérée comme particulièrement technique. « Petite source du droit », un droit pénal bureaucratique se fait jour pour venir au secours de cette technicité. Selon le distinguo de Mireille Delmas-Marty, qu'il soit mou, c'est-à-dire sans obligation, flou, c'est-à-dire sans précision, ou doux, c'est-à-dire sans sanction, un petit droit pénal mais doué d'une véritable force normative se consolide hors de la loi[194]. La loi, elle, devient de plus en plus métajuridique : elle organise les conditions, les compétences et les buts, mais perd la main sur la substance.[195]

i. Le blanchissage des lois pénales par le législateur

Un « désenchantement sage » Initialement dans les droits les plus techniques comme la construction et la concurrence, et désormais dans des matières touchant plus largement la population comme l'environnement[196], le législateur a de plus en plus recours aux lois pénales en blanc[197]. On a pu parler de l'incomplétude de la loi comme d'un « désenchantement sage » [198]. Le déclin de la légalité est acté par ces « infractions ouvertes », se prêtant à de larges interprétations pour contourner l'impossibilité de prévoir les situations. Ces « infractions ouvertes se présentent alors comme des instruments de délégation, le pouvoir d'incrimination n'étant plus en fait exercé par le législateur mais par le juge ».[199] Celui-ci est obligé d'aller

[192] Expression de MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.59
[193] GOUT Olivier, Rapport introductif : Notion et enjeux des concours de responsabilité, LexisNexis, 2011. : «l'un des traits marquants du droit actuel est l'imprécision des lignes de démarcation de la responsabilité civile avec sa sœur, la responsabilité administrative, et avec sa demi-sœur, la responsabilité pénale ».
[194] THIBIERGE Catherine, *La force normative*, Bruylant, 2009.
[195] DEUMIER Pascale, « Les sources du droit économique », in *Le droit économique au XXIème siècle*, LGDJ, 2020.p.31
[196] LITTMANN-MARTIN Marie-José, « Code de l'environnement, droit pénal et procédure pénale », *Rev. Jurid. Environ.*, 27, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2002. p.58
[197] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.814
[198] BRUZEK Hector, « La fabrique de la norme selon François Ancel », 2023.
[199] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.35

déceler une intention dans les débats parlementaires, puisque la loi pénale est blanche ; il serait donc sain de rendre publics les verbatims des Commissions mixtes paritaires réunies en cas de procédure législative accélérée[200], d'autant que celles-ci se multiplient *« sur les 67 lois adoptées entre le 1er juillet 2021 et le 8 avril 2022, 45 avaient fait l'objet d'une procédure accélérée par le Gouvernement. Comme déjà indiqué dans le rapport 2021 sur l'État de droit, cette procédure a été utilisée à plusieurs reprises pour les lois ayant une incidence importante sur les libertés individuelles »*[201].

Également, par la technique du renvoi, la loi fait mention de textes extra-pénaux qui lui permettent de ne pas définir elle-même les comportements incriminés, qu'il s'agisse de conventions internationales, de décrets d'application, d'arrêtés ministériels voire de conventions collectives.

Même si le principe de légalité s'en trouve nécessairement affecté, le Conseil constitutionnel a pu rappeler dans deux décisions du 10 novembre 1982 et du 9 décembre 2011 qu'« aucun principe ou règle à valeur constitutionnelle n'interdit au législateur d'ériger en infraction les manquements à des obligations ne résultant pas de la loi ». Si le législateur échappe ainsi à un difficile ouvrage de définition, le droit pénal perd un peu de sa fonction sociale de manifestation de l'ordre[202], et occasionne un véritable foisonnement réglementaire, y compris dans le champ pénal. Ce faisant, la figure tutélaire du « Code », synthétisant tout le cadre pénal, comme « lieu d'émergence des principaux choix de valeurs » semble tomber. Le droit pénal économique et financier étant particulièrement avide de lois pénales en blanc, un Code de la compliance[203] aura moins vocation à réaliser une synthèse des dispositions disparates et mouvantes de la matière, qu'à en réunir la substance autour d'une méthode.[204]

L'exemple des transactions pénales. L'AFA offre l'exemple type d'un OVNI juridique qui a été créé sans que ni sa nature ni ses pouvoirs ne soient véritablement établis, de

[200] « Constitution du 4 octobre 1958 texte originel ». Introduites par l'article 45 alinéa 2 de la Constitution, ces commissions mixtes paritaires étaient initialement prévues lorsque le Gouvernement « déclar[ait] l'urgence », la rédaction du 1er mars lui a ôté tout caractère exceptionnel.
[201] COMMISSION EUROPÉENNE, « Rapport 2022 sur l'Etat de droit, Chapitre consacré à la situation de l'Etat de droit en France », 2022., p.23
[202] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.71
[203] L'important travail de codification tel que celui proposé par Dalloz depuis 2021 sous la direction d'Éric Chevrier et les plumes de Marie-Emma Boursier et William Feugère participe sans doute plus à la légitimation de la compliance comme droit substantiel qu'au recueil exhaustif de normes particulièrement éclatées et variables.
[204] « La méthodologie de la compliance constitue sans doute le point central de l'ensemble des législations » introduit Marie-Emma Boursier dans son Commentaire introductif BOURSIER Marie-Emma et FEUGÈRE William, *Code de la compliance 2024, annoté et commenté*, Dalloz, 2024.

sorte qu'*in fine* sa commission des sanctions composée de hauts magistrats et hauts fonctionnaires légitimement attachés au formalisme n'a pas su trouver sa place, se trouvant même désactivée ces 9 derniers mois. Il en va de même pour la CJIP, l'organe central du dispositif de la compliance pénale : « Rien dans les textes, il a fallu construire au cas par cas » dira le magistrat Éric Russo[205]. Procéduralement et même substantiellement, tout repose sur les nouvelles lignes directrices intégralement conçues en interne par le PNF portent de nombreux choix de politique pénale d'importance fondamentale comme nous le verrons plus avant.

Le cas n'est pas propre à la France, mais tient sans doute plutôt à la matière. En effet, la section 7 du UKBA "failure of commercial organisations to prevent bribery" établit : "*A relevant commercial organisation ("C") is guilty of an offence under this section if a person ("A") associated with C bribes another person intending—*
(a) to obtain or retain business for C, or
(b) to obtain or retain an advantage in the conduct of business for C.".
A la publication du texte, la doctrine s'était unanimement accordée sur une interprétation de « associated person », tenant compte de circonstances réelles plutôt que d'une relation commerciale contractuel, susceptible donc d'inclure le fournisseur du fournisseur. Or, la guidance du Ministry of Justice en a étonnamment proposé une interprétation bien plus restrictive[206].

L'initiative du droit souple. Ce sont donc les textes de droit souple qui « dessinent les contours »[207] de la matière pénale, comme les circulaires de la DACG ou les lignes directrices du PNF. Sur l'enquête interne par exemple, quelques jurisprudences sont intervenues pour proposer une ébauche d'encadrement (là encore sur le modèle anglosaxon), mais ce sont *in fine* surtout les recommandations de l'AFA, le guide du Conseil National des Barreaux, le vadémécum de l'avocat chargé d'une enquête interne qui vont structurer la matière[208], en attendant que le législateur s'en saisisse éventuellement[209].

[205] Éric Russo, LJA 4/7/22.
[206] JOHNSON QC Nick, HILL Nick et O'SULLIVAN Sophie, « The Bribery Act 2010 », in *Lissack and Horlick on Bribery and Corruption*, LexisNexis, 2020. Et c'est finalement l'interprétation (assez extensive) ad hoc par la substance plutôt que par la forme qui a prospéré.
[207] GAUVAIN Raphaël et MARLEIX Olivier, « Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de 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 2 » », Assemblée Nationale, 2021.p.98
[208] En annexe XXIV du *Code de déontologie de l'Ordre des avocats de Paris 2023*, Dalloz, 2023.
[209] C'est l'objet des discussions tenues sous la houlette de Dominique Perben et Raphaël Gauvain dans la commission ad hoc du Club des juristes, qui rendra une proposition de cadre législatif début 2024.

ii. Le métissage du droit pénal par les AAI

Une introduction libérale en champ pénal. Les Autorités Administratives Indépendantes, désormais au nombre de 25 après une inflation épinglée par le contrôle parlementaire, jouent un rôle de premier plan dans la structuration d'une matière pénale tournée vers la compliance. Notamment inspirées des Independant Regulatory Agencies américaines, ces autorités rompent avec le principe de construction étatique à la française, et introduisent de plain-pied la logique libérale dans l'ordre pénal national. On observe d'ailleurs le même mouvement de délégation de la loi pénale outre-Atlantique.[210] Sans doute caractéristique de la compliance par opposition au droit traditionnel, les AAI concentrent la plupart du temps les pouvoirs d'édiction de la norme, de son application, de l'investigation et de la sanction. Cela permet effectivement une boucle d'amélioration continue, caractéristique de la compliance.[211]

Un fort pouvoir de régulation. Ces administrations détiennent un pouvoir de régulation particulièrement fort, et disposent de sanctions comparables aux peines. Le *soft law* ne serait pas un droit pénal désactivé, mais plutôt son prolongement voire sa préfiguration. La meilleure preuve du caractère obligatoire de leurs recommandations reste le contrôle exercé par le Conseil d'État,[212] en ouvrant un recours en annulation contre des recommandations des autorités de régulation, non décisoires mais susceptibles d'effets notables. Encore une fois, apparaît à l'œuvre la logique de la compliance qui tire la catégorie juridique de l'effet produit et non pas l'inverse.

Berceau de la responsabilité pénale des personnes morales. Par leurs décisions et leurs recommandations, les AAI deviennent des producteurs de softlaw particulièrement prolixes. Certains y voient des laboratoires du droit, d'autres une prise d'initiative déraisonnable, d'autres enfin une forme d'avertissement de l'évolution pénale. On pourrait même considérer qu'en France la responsabilité pénale des personnes morales naît via ces AAI. En effet, certaines pratiquaient déjà les sanctions quasi-pénales substantielles à l'instar du

[210] "That guidance runs contrary to all commentary on the Act and has greatly limited the scope of the concept of associated persons". HESSICK F. Andrew et HESSICK Carissa Byrne, « Nondelegation and Criminal Law », *Va. Law Rev.*, 107, Virginia Law Review, 2021. p.90
[211] CHEVALLIER Jacques, « L'Etat », in *Le droit économique au XXIème siècle*, LGDJ, 2020.
[212] « Conseil d'État, 21 mars 2016, Société Fairvesta International GMBH et autres ; Conseil d'État Assemblée, 21 mars 2016, Société NC Numericable », 2018.

conseil de la concurrence et du CSA, et se trouvent d'ailleurs explicitement citées comme à leur fondement par le rapport Rudloff II portant réforme du Code pénal.[213]

L'exemple symptomatique de la HATVP. La HATVP, autorité au cœur de la compliance, et régulièrement envisagée comme absorbant l'AFA, offre un exemple qui nous apparaît symptomatique de cette relégation du législateur cultivée par la compliance. Peu après sa nomination à la tête de la HATVP, l'ex-premier président de la cour des comptes, Didier Migaud, reçoit *Le Monde* pour un entretien d'importance, publié sur le site de l'autorité[214]. Après avoir évoqué le bilan et les attentes de cette administration, ainsi que les cas concernant plus directement l'Exécutif, le président est ainsi interrogé : « En quoi l'indépendance de la HATVP, acteur-clé du contrôle, est-elle garantie ? » Sa réponse est la suivante : « La Haute Autorité a montré son indépendance sous Jean-Louis Nadal et cela continuera avec moi. Le collège est très sourcilleux sur cette question. L'indépendance est totale, je peux en attester. Elle est nécessaire »[215]. Ainsi, le plus grand témoignage de l'indépendance de cette institution passe, selon son représentant, par le fait-même de son incarnation et de la volonté qui l'anime. Une autre solution, plus proche des méthodes de la compliance, aurait pu rappeler le contrôle qu'exerce le Parlement sur chacune des AAI, et son renforcement avec la loi du 20 janvier 2017. En effet, c'est en rendant des comptes au Parlement que les AAI participeraient de cette horizontalisation qui les autonomiseraient du pouvoir politique. En attendant, il semble que la dépénalisation qu'elles ont pu afficher ait finalement consisté en une étatisation de la sanction.

Effet d'agence de l'expertise. Certains auteurs, vont jusqu'à considérer que les organismes administratifs de surveillance alimentent une complexité pour « être soustraits au contrôle continu du politique »[216]. En effet, par définition de la régulation, contrôleurs comme contrôlés aspirent avant tout à la stabilité comme fin en soi, les premiers par protection du

[213] « Votre haute assemblée avait accepté le principe de cette responsabilité pénale des personnes morales, observant que dans de nombreux domaines comme la concurrence ces personnes font déjà l'objet de sanctions quasi-pénales etc. » RUDLOFF Marcel, « Rapport au nom de la commission des lois du Sénat », Sénat, 1991.p.45

[214] hatvp.fr/presse/didier-migaud-president-de-la-haute-autorite-nous-souhaitons-disposer-dun-pouvoir-de-sanction-propre/

[215] L'intégralité de la réponse, pour être tout à fait exhaustif : « *La Haute Autorité a montré son indépendance sous Jean-Louis Nadal et cela continuera avec moi. Le collège est très sourcilleux sur cette question. L'indépendance est totale, je peux en attester. Elle est nécessaire. Par ailleurs, nous ne voulons pas travailler en circuit fermé, mais aussi avec les autres autorités proches de nos missions : Tracfin, l'Agence française anticorruption, le Parquet national financier, les juridictions administratives et financières. L'objectif, c'est de rechercher la meilleure complémentarité possible, pour la meilleure efficacité, en évitant les doublons. Je crois à l'importance de la définition de missions claires entre les uns et les autres. Nous serons force de propositions aussi dans ce domaine.* »

[216] Ibid. 566

marché, les second par protection de leur marché. Dès lors, pourrait se sédimenter presque inconsciemment un biais permettant de s'organiser l'un et l'autre pour profiter de la rente ainsi établie à l'abri du contrôle public, et singulièrement parlementaire.

b. La société civile comme source de droit pénal

Avec la compliance, la porosité de la matière pénale rend le droit pénal fait social total pour reprendre l'expression de Marcel Mauss[217]. Il prend désormais en compte un constat économique, une pression sociologique voire une demande politique, de sorte que « l'État subit une expansion sous forme de société civile », selon l'expression de Mme Delmas-Marty.

i. La formation du pénal par la société civile

Les trois sens de la société civile. Nous prenons la notion de société civile dans ses trois sens, qui nous semblent toujours se superposer, même si les proportions varient : son sens premier de l'ensemble des citoyens, puis dans son sens anglais d'associations se prémunissant contre l'État, et désormais dans son sens contemporain d'organisations non gouvernementales (le plus souvent internationales). L'apport de la société civile est d'autant plus indispensable que l'État est souvent de parti en la matière[218]. C'est tout le sens de l'engagement de Transparency international, tel qu'expliqué par son fondateur Peter Eigen[219], et finement illustré dans la réponse de Transparency Ukraine à Volodymyr Zelensky qui envisageait d'accentuer son rôle personnel dans la lutte anticorruption[220]. L'Union Européenne elle-même exige désormais dans sa proposition de directive anticorruption que « les Etats membres prennent des mesures pour favoriser la participation de la société civile, des organisations non gouvernementales et des associations locales à des activités de lutte contre la corruption »[221].

[217] Même si l'usage de l'expression est considéré comme galvaudé par les spécialistes de la pensée maussienne, voir par ex. WENDLING Thierry, « Us et abus de la notion de fait social total. », *Rev. MAUSS*, 36, La Découverte, 2010.
[218] FORBIS Jeremy S., « Organized Civil Society », *Sociol. Focus*, 46, Taylor & Francis, Ltd., 2013.
[219] EIGEN Peter, « International Corruption », *Soc. Res.*, 80, The New School, 2013.
[220] « 6 Reasons not to Equate Corruption with High Treason - Transparency International Ukraine », 2023.
[221] article 3§6 UE23

Les assemblées citoyennes. L'émergence d'assemblées citoyennes[222] à l'instar de la convention citoyenne sur le climat peut constituer une illustration récente de ce contournement du travail législatif. Bénéficiant d'une légitimité démocratique purement symbolique mais d'un relais politique fort, cette assemblée de 150 citoyens tirés au sort devait « définir les mesures structurantes, dans un esprit de justice sociale, à réduire les émissions de gaz à effet de serre ». Cependant, loin d'être spontané et faute d'être institutionnalisé, ce type d'assemblée est en fait étroitement dépendant de l'exécutif. Plusieurs de leurs propositions ont un versant explicitement pénal, comme le contrôle de l'artificialisation des sols, proposés ensuite au vote du Parlement. La plus importante disposition pénale reste la proposition d'incrimination de l'écocide[223], pourtant rejetée par le Parlement en 2019, et sa soumission au référendum. Mais il est peu probable qu'elle prospère *via* le Parlement français.

Une opinion publique institutionnalisée. C'est d'ailleurs l'opinion publique internationale née des échanges et singulièrement de l'information qui confère une force obligatoire aux conventions internationales. Karim Khan, le procureur de la Cour pénale internationale l'expose frontalement : "civil society organizations are critical partners in our common goal to achieve accountability for international crimes"[224]. En édictant des lignes directrices pour encadrer cette participation, il ne fait pas d'abord œuvre de limitation mais bien d'institutionnalisation !

Les associations agréées. Cette même société civile constituée en associations est un relais efficace de la pénalisation via les associations agrées. Consciente de son rôle moteur, la HATVP entretient depuis la loi du 6 octobre 2013 une relation privilégiée avec les associations anticorruption agréées, qui peuvent lui demander de se prononcer sur des situations qu'elles portent à sa connaissance[225]. Plus largement, l'article 2-23 du Code de procédure pénale créé par la loi du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière permet aux associations « anticorruption » d'exercer les droits de parties civiles, à

[222] LANDEMORE Hélène et FOURNIAU Jean-Michel, « Les assemblées citoyennes, une nouvelle forme de représentation démocratique ? », *Participations*, 34, De Boeck Supérieur, 2022.
[223] Au sens de la Commission, « constitue un crime d'écocide, toute action ayant causé un dommage écologique grave en participant au dépassement manifeste et non négligeable des limites planétaires, commise en connaissance des conséquences qui allaient en résulter et qui ne pouvaient être ignorées.
[224] KHAN Karim, « Documenting International Crimes and Human Rights Violations for Criminal Accountability Purposes: Guidelines for Civil Society Organisations », Eurojust, 2022.
[225] L'association Anticor, dont l'agrément ministériel a été annulé comme explicité infra, mise beaucoup sur cet agrément HATVP, renouvelé pour trois ans en octobre 2022. https://www.hatvp.fr/wordpress/wp-content/uploads/2022/10/2022-379-Agrement-Anticor.pdf

commencer par la mise en mouvement de l'action publique. Elles doivent pour se faire être agréées, déclarées depuis plus de 5 ans et avoir comme objet social la lutte contre la corruption. Seulement deux répondent aujourd'hui à ces critères, Transparency international et Sherpa.

La question prioritaire de constitutionnalité. Depuis une décennie, la société civile dispose d'une seconde voie pour agir sur le cadre pénal : la question prioritaire de constitutionnalité. Instaurée par la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008, la QPC institue un contrôle de constitutionnalité à la demande des citoyens. Pour un « système fondé sur le culte de la loi » selon l'expression de Dominique Rousseau, l'avancée n'est pas anodine. Désormais, le simple citoyen peut demander que soit contrôlé a posteriori le pouvoir législatif, hors du temps de son édiction, donc en tenant compte de la réalité de sa mise en œuvre.

Le développement des amicus curiae. Les amicus curiae[226], là aussi empruntés à la pratique anglaise : « la juridiction saisie invite une personnalité à venir à l'audience afin de fournir, en présence de tous les intéressés, toutes les observations propres à éclairer le juge »[227]. Son opinion ne lie pas mais peut porter y compris sur les questions de droit, contrairement à celles d'experts et consultants ordinaires[228]. F. Molins : « je suis personnellement persuadé que c'est un nouvel outil très pertinent pour éclairer les juridictions sur la portée des décisions à prendre, dans des domaines particulièrement techniques ou *nouveaux* »[229]. Si le rôle des amicus curiae nous paraît d'autant plus pertinent qu'ils sont ainsi reçus publiquement, nous relevons comme symptomatique le dernier mot de ce propos de F. Molins : « ou nouveau ». Un domaine si nouveau soit-il ne requiert pas en soi l'intervention d'un expert, c'est sa technicité, premier terme, qui la requiert éventuellement. D'autant plus inquiétant que l'expertise sur des sujets nouveaux est souvent portée par des positions idéologiques marquées, de sorte que la consultation sera autotélique comme nous allons le voir.

ii. La déformation du pénal par la société civile

[226] LECLERC Olivier, *Le juge et l'expert* [microfiche], Thèse de doctorat, Paris 10, 2003. dernière partie de la thèse
[227] ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2023.
[228] ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2023.
[229] « Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation: colloque : de la régulation à la compliance, quel rôle pour le juge ? », 2023.42'40

Le risque d'une idéologisation. Cependant, cette introduction de la société civile dans l'édiction de la matière pénale n'est pas sans conséquences. Dans *A hard look at soft law*, Gunther Handl s'inquiète de la porosité d'une matière qui laisse désormais accès à toutes les revendications, sans pouvoir les hiérarchiser. Sans la reprendre à son compte, il rapporte une analyse tenant la soft law pour le « Trojan horse of environmentalists »[230]. Nous avons préféré parler en introduction de l'effet *sandbox* : la ductilité conceptuelle de la compliance permet à la société civile de tester sur des entreprises bac-à-sable de nombreux concepts judiciaires, quitte à en faire une tribune purement politique.

Se débarrasser du tiers législateur. La défiance envers le législateur et envers le juge, se fait aussi au nom d'une démocratie plus participative doublé d'une volonté de diminuer l'aléa (car « le tiers c'est le tiercé »). En effet, le droit pénal était le droit par le tiers, mais avec la place de la victime, des associations, du politique, et le recul des instances institutionnellement tierces le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif, il est devenu un projet social. Cette « mort de la tiercéité »[231] est ainsi prononcée par les tenants de la technologisation du droit pénal, oubliant sans doute que la part représentative de la démocratie n'est pas tant due à la contrainte du nombre qu'à la nécessité véritable d'une harmonie intellectuelle.

Dans ce droit devenant fait social total, le juge apparaît comme le seul interlocuteur possible : il assume une fonction démocratique à l'articulation des pouvoirs selon Dominique Rousseau.[232] Néanmoins c'est le procureur, cet « autre semblable » plutôt que ce tiers consubstantiel au pénal, qui pourrait émerger comme la figure ultime de cette mutation.[233]

c. La consécration d'un pouvoir juridictionnel

Ces multiples dépossessions du législateur national, profitent à l'autre grande figure du droit pénal, le juge. S'il a depuis toujours par son rôle de « bouche de la loi »[234] une fonction

[230] HANDL Gunther F., REISMAN W. Michael, SIMMA Bruno *et al.*, « A Hard Look at Soft Law », *Proc. Annu. Meet. Am. Soc. Int. Law*, 82, American Society of International Law, 1988.
[231] Balestrière, Berten et Bourn, cités par PARIGUET Marie, « Le juge et moi », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 2, Dalloz, 2012.
[232] LE PILLOUER Arnaud, « "Ceci n'est pas un pouvoir". Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France », *Pouvoirs Rev. Fr. Détudes Const. Polit.*, 2021.
[233] *Ibid.*
[234] L'expression de Montesquieu « les juges de la Nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi ; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni la rigueur » est même bien plus stricte que l'expression

dans l'édiction de normes pénales, c'était jusqu'alors à l'extrémité de la chaîne. Désormais, « la force de la régulation se déplace de la loi étatique vers le juge » selon les mots d'Yvonne Muller. Si en droit français nous avons « l'autorité judiciaire » (au titre VIII de la Constitution), et non « le pouvoir judiciaire », observé aux US où il est égal aux deux autres (comme disposé par les trois premiers articles de la constitution), la situation réelle du juge est heureusement loin de ce que la constitution prévoit.[235]

Le nouveau code pénal en est l'incarnation parfaite tant il a intégré des solutions créées par le juge mais ce dernier se fait également source directe de droit pénal[236] (i). Cependant, c'est la figure du procureur qui semble désormais s'imposer en matière de création de norme, son lien étroit à l'Exécutif pouvant laisser penser à un énième transfert de pouvoir vers le politique.

i. Le juge, source de droit pénal

L'importance structurelle de la casuistique. Des cas complexes (qui mêlent des enjeux de divers ordres), systémiques (qui ont des répercussions au-delà d'eux-mêmes) et emblématiques (très visibles dans la société comme dans la communauté internationale), le rôle normatif du juge apparaît indispensable. Aussi n'est-il pas seulement convoqué pour être une nouvelle figure tutélaire de légitimation de l'exercice pénal ou un « législateur interstitiel » selon l'expression du professeur Pescatore. Il témoigne de l'importance législative acquise par les affaires judiciaires, suivant le modèle de la *common law* dont est issue la compliance[237]. Sous l'influence anglo-saxonne le juge est mis en position de politique, concurrent du législateur, afin de traiter les sujets systémiques[238].

---

qui en est restée. Mais cette citation ne concerne même pas le sens ou l'interprétation de la loi, seulement sa portée. 20/03/2024 19:48:00*De l'Esprit des Lois,* Folio Essais, tome 1, p.337

[235] HOURQUEBIE Fabrice, « Où en est-on de la consécration du pouvoir juridictionnel sous la Ve République ? », *Rev. Polit. Parlem.*, 2018.

[236] *Le nouveau code pénal et la jurisprudence de la cour de cassation*, chapitre de Le Gunéhec, in Le nouveau code pénal enjeux et perspectives, dir Méhaignerie

[237] Encore une fois, l'inspiration de la common law dont la compliance est consubstantielle n'est pas négligeable : elle est sans doute responsable de l'expansion de ce qu'on a pu appeler un « commerce des juges ». Cet héritage américain de la prééminence du juge est sans doute issu de la méfiance entretenue envers l'État fédéral. Plus largement, elle réoriente notre système très légaliste qui « privilégie la rationalité dans la loi », vers un système plus proche de la Common Law qui puise sa rationalité « dans l'application de la loi » DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.321.. Ainsi observe-t-on à l'œuvre cette horizontalisation chère à la compliance, jusque dans l'application pénale.

[238] JAMIN Christophe, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bull. Inf. Cour Cassat.*, 2004.

Une volonté de casuistique pour piloter des cas complexes renforce le pouvoir du juge. L'arbitrage opéré par le juge entre la radicalité de la sanction pénale qui s'impose et les retombées qu'elles occasionnent sur tous les champs de la société, voire leur instrumentalisation par d'autres puissances. L'aléa de certaines jurisprudences en matière de reconnaissance de la responsabilité pénale de l'entreprise incriminée démontre selon nous cette volonté de casuistique, que demande et autorise la compliance.

Ainsi, « le cas devient supérieur à la norme » selon l'expression de Benoît Frydman, « la jurisprudence devient non plus seulement un complément à la loi mais un concurrent de la loi ».[239] L'affaire Airbus a récemment illustré avec force cette idée : les enjeux du cas pénal présenté sont tels qu'ils appellent un cadre législatif et judiciaire sur mesure. Les affaires suscitent avant, interprètent pendant, et légitiment après, leur propre cadre de traitement. Nous retrouvons ici l'idée d'une dualité de la génération de règles pénales, macrojuridique[240] par les conventions et organisations internationales, microjuridique[241] par les cas d'espèce, à l'intersection desquels le juge tient un rôle plus actif que jamais. S'il n'y a rien de nouveau à faire de la Cour de cassation un agent normatif de cohérence individuelle, désormais elle « s'affirme [comme] un pouvoir normatif plus collectif et général ».[242] La technicité croissante des problématiques rencontrées accélère l'obsolescence des lois[243], de sorte que désormais « la jurisprudence explique, inspire et même fait la loi »[244]. La CEDH admet explicitement cette évolution « la jurisprudence en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal »[245], tandis que la Cour de cassation l'acte également : « la sécurité juridique invoquée ne saurait consacrer un droit acquis à une jurisprudence figée, l'évolution de la jurisprudence relevant de l'affaire du juge dans l'application du droit »[246].

La politique criminelle de la Cour de cassation. Bertrand Louvel son ancien Premier président le résume clairement : « si l'autorité judiciaire ne s'était pas immiscée dans l'exercice

[239] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.864
[240] Comprise, de la même façon que la macroéconomie, comme émanant d'agrégats au niveau global
[241] Comprise, de la même façon que la microéconomie, comme émanant de types individuels ou de groupes homogènes
[242] « Étude 2018 », Cour de Cassation, 2018. p.333 : « « La Cour est un agent de la cohérence des textes divers et variés, tant dans leur origine que dans leur portée. L'environnement normatif national et international est rapidement évolutif. Il pousse à la mutation de l'office de la Cour, d'un pouvoir normatif individuel et particulier à l'origine s'affirme un pouvoir normatif plus collectif et général. »
[243] Certains praticiens comme Spinosi relèvent aussi un relâchement du législateur sur des sujets trop sensibles politiquement, laissant au juge moins exposé médiatiquement le soin de trancher. SPINOSI Patrice, « Patrice Spinosi », *l'Opinion*, 5 juin 2015.
[244] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.864
[245] CEDH 22 novembre 1995, S. W. c/ Royaume-Uni commentaire Jean Pradel
[246] Cass Civ 21 mars 2000, n°98-11.982 commentaire Jean Pradel

de ce pouvoir, combien de temps aurait-il fallu attendre un droit de la responsabilité adapté à la révolution industrielle ? »[247]. Quid donc des révolutions en cours, qu'elles soient numériques, écologiques ou anthropocène[248] : requièrent-elles également l'immixtion de l'autorité judiciaire ?[249] A la suite de M. Emmanuel Dreyer, on peut véritablement parler d'une « politique criminelle de la Cour de cassation, moyen pour le juge suprême d'exister hors la loi ».[250] Dès lors, non seulement le législateur demande au juge de « donner corps à un dispositif ambigu », mais, au-delà, il est « prié de concilier des options de politique criminelle sinon confuses à tout le moins inabouties ou contradictoires »[251]. En effet, la compliance, comprise comme une prise de conscience de l'impact structurel du justiciable, à commencer par le groupe international, s'en remet au juge pour exercer une politique pénale en opportunité.

Le juge plus efficace que la loi. Ce juge devient effectivement considéré « plus efficace que la loi », selon le mot de Patrice Spinosi, préoccupation qui ne se posait jusque-là pas en ces termes, chacun ayant son rôle propre. L'avocat au Conseil considère que l'acculturation de notre système judiciaire est en cours, et que le rôle du juge va se consolider. De sorte que désormais, « le juge n'a pas le droit de dire le droit, mais est dans l'obligation de le faire » selon l'expression du professeur Champaud.

Ce fameux équilibre entre l'article 4 du Code civil « le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » et son article 5 « il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leurs sont soumises » nous paraît renouvelé par la compliance. En ce qu'elle soumet au juge des cas systémiques, c'est-à-dire des cas qui ont une influence bien au-delà de l'espèce[252] et qui pressent par leur urgence, la

[247] « Étude 2018 », Cour de Cassation, 2018. p.8
[248] En matière environnementale notamment, on passe ainsi du programmatique au juridiquement contraint, avec l'exemple de la lutte contre le réchauffement climatique qui n'est plus seulement politique mais devient judiciaire, selon Bruno Lasserre ; par opposition à une conception américaine présentée dans AJIP vs State of Washington qui considère que le problème est justement trop complexe pour être judiciaire et le renvoie au politique. CUKIERMAN Cécile et BONNECARRÈRE Philippe, « Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel », Sénat, 2022.
[249] A ce stade seulement civil quoique touchant aux enjeux pénaux, les condamnations de l'État dans l'affaire du siècle ou de Shell aux Pays-Bas indiquent une grande capacité d'innovation du juge, qui décide de se saisir de ce contrôle éminemment politique. Mais le juge pénal lui-même y vient progressivement, comme en témoigne l'arrêt de la Chambre criminelle du 25 novembre 2020 détaillé infra.
[250] E. Dreyer, Mélanges Lazerges, Dalloz 2014, p.189
[251] TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales », *Rev. Sci. Criminelle Droit Penal Comp.*, N° 1, Dalloz, 2012.
[252] Comme y invitait le colloque à la Cour de cassation PERDRIOLLE Sylvie, POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine et RASS-MASSON Lukas, « L'office du juge et les causes systémiques », 2022.

compliance défait l'équilibre en faveur de l'article 4 comme sa préséance et l'emploi du singulier pouvaient y inviter[253].

Reste que la chambre criminelle n'hésite pas à légiférer là où le législateur se tait, notamment pour étendre le champ étriqué de l'article 121-2 du code pénal. Ainsi n'hésite-t-elle pas, dans le cadre de son arrêt du 25 novembre 2020, à rendre une décision particulièrement audacieuse, mais surtout à établir le régime de responsabilité pénale qui trouvera désormais à s'appliquer en matière de fusion-absorption. Si une part de la doctrine s'étonne largement de cet « arrêt de règlement » que la constitution prohibe[254], une autre y voit l'occasion d'une « consécration de la jurisprudence comme source du droit pénal »[255].

Mais dans le même temps, et si l'on exclut la Cour de cassation, le juge apparaît maltraité par un droit qui a moins recours a lui, s'arrête avant via le procureur ou le contourne via les AAI, de sorte que c'est l'autre figure de magistrat qui voit son rôle prendre beaucoup d'envergure, et une envergure normative : le procureur.

ii. Le procureur, source de droit pénal

« Promu quasi-juge » sous l'influence de la compliance[256] selon Jean-Paul Jean, il en deviendrait même le principal législateur en fait, selon le professeur de criminologie d'Harvard, William J. Stuntz : « prosecutors are the criminal justice system's real lawmakers".[257]

Les lignes directrices du Parquet. Les lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public sont l'exemple-même du rôle normatif croissant donné au parquet, et singulièrement au Parquet national financier. S'il y a un rôle d'explicitation évident au vu d'un mécanisme nouveau, complexe et peu normé, pour en « préciser les modalités de mise en œuvre », cette mission apparaît loin d'épuiser leur contenu[258]. Le PNF n'hésite ainsi pas à compléter voire interpréter pour ne pas dire réécrire les dispositions qui ne lui semblent pas pertinentes. Il appelle les entreprises à manifester leur désir d'une CJIP, alors

[253] Le juge est toujours désigné.
[254] MATSOPOULOU Haritini, « La transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée », *Rev. Sociétés*, 2021. p.115
[255] BEAUVAIS Pascal, « Vers une nouvelle conception de la personne morale en droit pénal ? », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 2021. p.21
[256] Jean J-P., Le Ministère public français au regard des justices pénales d'Europe, AJ pénal 2011. 106-111.
[257] STUNTZ William J., « The Pathological Politics of Criminal Law », *Mich. Law Rev.*, 100, The Michigan Law Review Association, 2001.
[258] Article 41-1-2 du Code de procédure pénale

que le droit prévoit seulement une initiative du procureur[259] ; il propose la prise d'engagements unilatéraux par l'entreprise mise en cause, qu'aucun texte ne prévoit ni n'encadre[260] ; il retient le chiffre d'affaires consolidé là où la circulaire ne considérait que celui de l'entreprise en cause[261] ; il prend en compte des avantages tirés des manquements potentiels là où la loi parle clairement d'avantages tirés des manquements constatés[262]. Au nom de son rôle d'« autorité judiciaire chef de fil », ce pouvoir de réécriture a d'ailleurs vocation à s'étendre au-delà de son propre périmètre, conformément une fois n'est pas coutume, à la circulaire pénale du 2 juin 2020.

Un juge dépouillé par le procureur. Aussi ne voyons-nous pas dans la CJIP une consécration du rôle du juge de la compliance, comme décrit par de nombreux auteurs. Certes, pour la CJIP, « le juge est appelé à déterminer, en positif, si les intérêts de la société impliquent la nécessité d'une CJIP », par opposition à un rôle plus passif comme en CRPC.[263] Jusque-là les procédures consensuelles le cantonnaient à un rôle passif, d'évaluation de la régularité de la procédure et d'évaluation « en négatif » de l'intérêt de la société, en réorientant au besoin la CRPC vers l'audience correctionnelle. Toutefois, le rôle est en pratique tenu par le procureur : si le juge est affiché en droit comme une figure titulaire, ça n'est en fait que dans rôle marginal comme nous le verrons en partie Sanction. Nous verrons d'ailleurs combien cette importation du mécanisme anglosaxon ne nous paraît pas avoir tenu compte de l'écart des rôles dévolus aux procureurs britanniques et français, ce dernier étant infiniment plus ancien et plus déterminant que son jeune cousin.

Sous l'effet de la montée en puissance du procureur, les contentieux devant les juges se font rares, et praticiens comme doctrine guettent impatiemment les rares décisions pour en tirer des enseignements. Si on comprend volontiers que les entreprises, méfiantes à l'égard du procès, préfèrent solder leurs comptes en amont de l'aléa judiciaire, on redoutera légitimement la conséquence du faible nombre de décisions. Les saisines de la commission des sanctions par l'AFA ont ainsi débouché sur 3 audiences seulement, aucune ne donnant l'occasion d'aller trancher des points de droits pourtant névralgiques devant le juge.[264]

---

[259] Dans une opposition franche : « si, en application du droit […] néanmoins en pratique » PNF, *Lignes directrices CJIP* p.8
[260] PNF, *Lignes directrices CJIP* p.6
[261] PNF, *Lignes directrices CJIP* p.13
[262] PNF, *Lignes directrices CJIP* p.15
[263] GALLI Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Rev. Sci. Criminelle Droit Penal Comp.*, N° 2, Dalloz, 2018.
[264] Les interprétations qui sont faites du cadre législatif et du foisonnement de soft-law ne sont pas anodines, et procèdent de choix politiques, qui n'ont pourtant pas l'occasion d'être discutés.

Le rôle politique du Parquet. De sorte qu'en fait le juge de la compliance c'est surtout le procureur, que sa chaire n'empêche pas d'aller au contact de la multiplicité des interlocuteurs, des équipes d'enquêtes, des justiciables et des associations évidemment, mais aussi du ministère de la justice ou de la presse. Par l'outil transactionnel de la CRPC et de la CJIP « le procureur n'est plus soumis à un ordre transcendant par rapport à lui-même, dont il n'a pas la disposition, mais au contraire se sert de celui-ci pour atteindre des objectifs immanents »[265]. La légitimité semble quitter la magistrature debout, pour s'asseoir à la table des négociations[266]. Au-delà du caractère judiciaire du cas d'espèce soumis, le procureur doit désormais tenir compte de tous les enjeux stratégiques qui entourent ces justiciables singuliers que sont les grandes entreprises et leurs dirigeants, de sorte qu'il n'est plus seulement dépositaire de l'ordre public mais bien de l'intérêt public, et tient dès lors un rôle éminemment politique.

On comprendra alors aisément qu'une part de la doctrine ne s'interdise pas les mots les plus durs à l'endroit de la magistrature contemporaine « dont la docilité achète les faveurs du pouvoir »[267], alors que la liberté de l'universitaire garantirait un meilleur apport au droit pénal, au contraire de « magistrats [qui] travaillant sur ordre, rassurent d'avantage le pouvoir politique ». Si la doctrine défend un peu vertement son pré carré, la critique n'est pas totalement infondée comme nous pouvons le voir par l'influence politique sensible que permet la compliance sur la responsabilité pénale.

Conclusion intermédiaire

Ainsi le législateur national, pourtant consacré source unique du droit pénal, voit-il son rôle amoindri par l'influence d'une compliance pénale issue des différents engagements internationaux comme des initiatives européennes. De sorte que c'est finalement la matière pénale elle-même qui devient moins légale, influencée, mise en forme voire directement générée par la société civile, les juges, les AAI, et les parquets. Pour autant ces deux dernières

[265] GARAPON Antoine et MIGNON COLOMBET Astrid, « D'un droit défensif à un droit coopératif », *Rev. Int. Droit Econ.*, t. XXX, De Boeck Supérieur, 2016. p.210

[266] Dans les débats entourant la rédaction des lignes directrices de la CJIP, on distingue ainsi une école classique, attachée à la prééminence du magistrat face au justiciable, et une école moderne qui accepte de se départir de sa position de surplomb en échange d'une collaboration des mis en cause. Si la philosophie adoptée dans les nouvelles lignes directrices adoube la seconde option, c'est sous le tempérament de l'expression de « justice d'adhésion » qui tend à remplacer celle de « justice négociée ».

[267] DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Dalloz, 2021. pp.586 et 587.

figures montrent bien que l'État en tant que pouvoir exécutif reste d'autant plus présent que le pouvoir législatif recule, comme a pu le montrer l'exemple de la HATVP. Nous l'avons vu, plus qu'un affaiblissement de l'État, il s'agirait au mieux d'un amoindrissement de l'État, selon le mot de Mireille Delmas-Marty. Aussi, si dans l'élaboration de la compliance pénale, l'État comme territoire apparaît dépassé, comme puissance politique, il sort au contraire renforcé de l'exercice de compliance ; dont l'extraterritorialité des lois de probité[268] n'est qu'une des éloquentes illustration.

[268] Pour les Etats-Unis et le Royaume-Uni originellement, mais également désormais pour la France avec l'extension de la compétence internationales des juridictions par l'article 21 de la loi Sapin 2, et la facilitation des poursuites des délits de corruption et de trafic d'influence par la circulaire de 2018.

B. L'accentuation de la politique, éventuellement pénale :

Nous avons pu démontrer combien la compliance faisait de la responsabilité pénale un « phénomène social total ». A ce titre, le politique, armé de l'outil politique criminelle, est convoqué comme arbitre de l'intérêt général, pour répondre à une demande à la fois sociale et économique. Si le droit pénal des affaires a pu avoir tendance à réduire cette dualité demande sociale / demande économique à une manichéenne demande de pénalisation / dépénalisation, la compliance intime de ne pas s'y arrêter. Si la société appelle une pénalisation, elle est également trop consciente des conséquences délétères comme la destruction d'emplois qu'une condamnation ferme peut occasionner, et réciproquement si le monde des affaires appelle une dépénalisation, il sollicite la fermeté du pénal pour assainir son environnement et le protéger des velléités judiciaires étrangères.

Le droit pénal des affaires devient politique sous l'effet de la compliance : qu'il s'agisse de la *soft law* qui autorise tous les pilotages ou à l'opposé de la fondamentalisation du droit qui appelle des arbitrages, le politique se trouve convoqué comme source de responsabilité pénale, à la fois par une société civile volontariste mais aussi par lui-même pour défendre l'intérêt de son économie voire sa vision du monde.

Au niveau national, le mariage du droit administratif au droit pénal permet une gestion plus fine pour lutter contre la criminalité internationale sans obérer le développement de l'État (1). Au niveau international, la compliance pénale s'avère être le ferment d'une ambition géopolitique où chacun des trois pôles de puissance veut imposer une vision propre de la responsabilité pénale économique (2).

Si le pénal reste une discipline technique au service du politique, un moyen de sanction au service de fins qu'il ne définit pas, au service de valeurs qu'il se contente de manifester lors des troubles à l'ordre public[269], la politique pénale, elle, « est au droit ce que l'harmonie est à la musique, une science de la structure »[270]. C'est cette structure que nous tentons de mettre en évidence.

[269] DREYER Emmanuel, *op. cit.* p.335
[270] FRONZA Emanuela, TRICOT Juliette, GUILLOU Nicolas *et al.*, « Du droit pénal à la politique criminelle : l'envers du décor », in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty : melanges ouverts*, Mare & Martin, 2022. p.130

1. Un pilotage politique qu'autorise la compliance en mêlant administratif et pénal :

La compliance est politique par essence. D'abord substantiellement parce qu'elle concerne la sauvegarde d'intérêts structurels touchant toutes les sphères de la société, ensuite procéduralement parce qu'elle propose des outils de pilotage pour concilier les intérêts en présence. On pourrait même dire de manière lapidaire que la compliance est la mise du droit pénal des affaires au service du politique, pris dans son acception la plus large. « Punir c'est encore administrer » pour plagier Henrion de Pansey au début du XIXème siècle[271]. De fait la compliance consumerait la séparation des pouvoirs qui distinguait, en droit français plus encore qu'ailleurs, le droit répressif du droit administratif[272].

Si on observe une « extrême politisation de la justice dans les scénarios complexes » comme nous le verrons sous la plume d'Angelica Cuellar-Vazquez, peut alors se poser la question de l'instrumentalisation de la politique pénale par la compliance : jusqu'où doit-elle suivre le politique, pour ne pas finalement constituer elle-même une corruption de l'ordre pénal ?[273]

De part et d'autre de cette politique comme exercice du pouvoir, qui met en œuvre une politique pénale, ce sont d'abord les politiques comme incarnation qui sont à la manœuvre, et qui, dépassant les obstacles du système ou constituant eux-mêmes des obstacles au droit cristallisent bon gré mal gré une mutation de la responsabilité pénale. Et à l'autre bout c'est le politique, comme structurant une communauté qui constitue une source de la compliance pénale.

a. Les politiques à l'initiative de la compliance

La compliance constitue une initiative des responsables politiques pour reprendre la main sur une responsabilité pénale, dont la complexité des enjeux rend plus que jamais nécessaire à la fois une vision stratégique et une mise en œuvre pragmatique. Si d'une part les

[271] EMMANUEL Breen, *Gouverner et punir*, Presse universitaire de France, 2003.
[272] Pour ce qui est du droit continental, les droits allemand et italien, particulièrement avancés en matière de compliance pénale, se sont rapidement affranchis d'un tel distinguo, comme le rappelle Mireille Delmas-Marty dans son invitation à « ordonner le multiple », DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p. 325
[273] C'est ici la question des degrés 3 et 4 de conformité que nous posions en introduction.

responsables politiques sont à la manœuvre (i), c'est aussi d'autre part précisément parce qu'ils ne sont pas tenus responsables politiquement qu'ils en deviennent l'objet (ii).

i. Un projet émanant de responsables politiques

Incarner la compliance pour dépasser les systèmes. Il n'y a rien d'un hasard si la compliance est fondée sur des réglementations particulièrement incarnées, qu'on pense au niveau international aux principes de John Ruggie, ou plus près de nous à la fameuse loi dite Sapin 2. L'initiative personnelle apparaît en effet indispensable pour concilier des options contradictoires, c'est d'ailleurs ce qui a fondé l'importance des magistrats dans notre développement précédent. Mais si ces personnalités singulières sont à la source des principes de la responsabilité pénale c'est aussi pour leur capacité à s'affranchir d'un système et à ainsi pouvoir le penser. C'est en ce même sens que d'un côté les instances régulatrices comme le PNF ou l'AFA sont particulièrement hiérarchisées (et incarnées en la personne de Charles Duchaine, d'Eliane Houlette, puis de Jean-François Bohnert), et que de l'autre côté les dirigeants doivent être tenus personnellement responsables du déploiement de la compliance comme nous le verrons[274].

Le risque d'ingérence personnelle. La France semble d'ailleurs s'illustrer tout particulièrement dans cet investissement personnel des politiques, comme manifesté par le grand-écart culturel lorsque François Hollande a évoqué auprès de Barack Obama le cas fondamental de la BNP et des sanctions associées. La réponse de ce dernier avait été implacable : « my answer on the banking case is short and simple : the tradition of the United States is that the President does not meddle in prosecutions"[275]. Le revers de la médaille de cette incarnation politique, c'est évidemment, au-delà de tout conflit d'intérêt, l'aléa attaché à sa personne. Les outils de la compliance se déploient dans un contexte de politique pénale à la maille macroscopique ou de convictions philosophiques à la maille microscopique qui introduisent nécessairement un certain aléa. Ainsi, la France transpose la directive européenne sur les lanceurs d'alerte précisément sous la houlette d'un Éric Dupond-Moretti Garde des sceaux, qui

[274] En retour, cette incarnation de la compliance n'est pas sans susciter une forme de suspicion dans les éventuels conflits d'intérêts de fonctions très intuitu personae. Nous avons relevé un cas anecdotique mais symptomatique avec la HATVP, la mise en cause par l'ancienne cheffe du PNF de pressions sur sa personne pourrait en être un autre.

[275] LEE Carol E. et BARRETT Devlin, « Obama Says He Has No Role in BNP Paribas Penalties », *Wall Str. J.*, 5 juin 2014.

déclarait pas plus tard que l'année précédente tenir ces mêmes lanceurs d'alerte pour des délateurs[276].

Le risque d'instrumentalisation personnelle. Le danger étant de passer d'une incarnation forte permettant de débloquer les systèmes à une instrumentalisation politique de la compliance. La lutte anticorruption est un poncif de cette instrumentalisation pour contourner les institutions par nature imparfaites, à l'exemple d'un Silvio Berlusconi dont le système mafieux a justement pu prospérer sur la lutte anticorruption, jusqu'à ce que son action ne soit arrêtée par une autre incarnation, seule à même de s'affranchir d'un système autotélique[277], celle du juge Antonio di Pietro.

En ce sens la réponse de Transparency Ukraine à l'ambition de Volodymyr Zelensky d'assimiler en temps de guerre la corruption au crime de haute-trahison est exemplaire. Le président ukrainien, habitué à incarner personnellement cette lutte depuis la série télévisée qui l'avait fait connaître avait annoncé personnellement cette réforme pénale. Il l'avait d'autant plus incarnée qu'elle devait dès lors dépendre de sa garde rapprochée, le Security Service. Transparency a tenté de l'en dissuader en exposant combien une telle incarnation risquait de vicier la lutte systémique contre un mal lui-même systémique[278].

ii. Un projet visant des responsables politiques

Une construction à partir de cas personnels. Cet intuitu personae n'est pas seulement à l'origine volontaire de la compliance, il peut aussi l'incarner malgré lui, à l'instar d'un Jérôme Cahuzac dont le cas personnel a donné naissance au PNF. Le jugement du tribunal expliquera d'ailleurs combien cette fraude fiscale avérée pèse finalement peu à côté des conditions de sa réalisation, c'est-à-dire par le ministre pécisément chargé de la lutte donc nuisant aux

[276] « Quand Eric Dupond-Moretti nous parlait de son « anarchisme épicurien » », sur *L'Obs* [en ligne], publié le 6 juillet 2020, [consulté le 26 août 2023].
« De nos jours, les délateurs ont été anoblis, on les appelle des lanceurs d'alerte. C'est plus chic, non ? Mais les lanceurs d'alerte, ce sont des délateurs, et les délateurs, ce sont des balances. Dans la police, cela existe depuis toujours, on n'attire pas les mouches avec du vinaigre. Un type qui, pendant vingt ans, a travaillé dans une banque, qui a piqué les listings de sa société, puis qui les a confiés aux autorités judiciaires françaises - non sans avoir tenté de les vendre -, est devenu un héros. On a les héros qu'on peut. Je ne me reconnais pas là-dedans. Il y a même un texte de loi qui prévoit la délation rémunérée. Super ! Méfiez-vous de votre voisin... Ce sont les vertus de notre époque. »
[277] CLÉMENT-WILZ Laure, « La responsabilité pénale de Silvio Berlusconi », *Rev. Fr. Droit Const.*, 89, Presses Universitaires de France, 2012.
[278] « 6 Reasons not to Equate Corruption with High Treason - Transparency International Ukraine », 2023.

institutions de l'État, et en mentant à la délégation nationale donc nuisant à ses représentants.[279] Les responsables politiques, à la fois à la croisée des intérêts en cause, pilotes de la compliance et garants de l'ordre public sont les premiers observés par la société. En France la place privilégiée de la HATVP peut en témoigner[280], c'est d'ailleurs elle qui causera le premier procès d'un ministre en exercice le 12 octobre 2021. Cette exposition peut en retour donner lieu à toutes les instrumentalisations : une incrimination pour corruption suffira à faire démissionner un membre du gouvernement[281] ou à jeter durablement le discrédit sur son action, alors qu'une relaxe n'aura évidemment pas la même publicité.

Par carence de responsabilité politique. Nous soupçonnons volontiers cette sur-responsabilisation pénale du politique n'être au fond qu'une conséquence de l'affaiblissement de la responsabilité politique. La commission de Venise[282] retenait d'ailleurs dans son rapport du 8 mars 2013 sur la relation entre responsabilité politique et responsabilité pénale des ministres que « la capacité d'un régime constitutionnel à séparer et distinguer la responsabilité politique et la responsabilité pénale des ministres (précédents ou actuels) témoigne du bon fonctionnement et de la maturité de la démocratie mais aussi du respect de l'État de droit. »

En France plus encore qu'ailleurs le présidentialisme empêche la responsabilité politique et suscite en retour la responsabilité pénale selon le récent rapport du Sénat sur la judiciarisation de la vie publique[283]. La responsabilité pénale par son caractère public et même passionnel apparaît alors comme la seule à pouvoir compenser la carence de responsabilité politique. D'où une impressionnante tendance à la pénalisation de la vie publique qui s'est

[279] « Cette triple violation de la part de celui qui avait la responsabilité exécutive d'organiser les charges d'imposition, constitue, par sa rare singularité, une faute pénale d'une exceptionnelle gravité, destructrice du lien social et de la confiance des citoyens dans les institutions de l'Etat et de ses représentants, remis en cause dans leur probité.» « Jugement correctionnel de la 32e chambre concernant Monsieur Jérôme CAHUZAC Madame Patricia CAHUZAC Monsieur François REYL La société REYL et CIE Monsieur Philippe HOUMAN », 2016.

[280] En témoignent les 17 000 déclarations d'intérêt et de patrimoine réceptionnées pour le seul exercice 2020, ou la proposition renouvelée de sa fusion avec l'AFA sous son autorité.

[281] Il est heureux que cette règle non-écrite (qui s'appliqua d'abord en 1992 sur Bernard Tapie avant que le non-lieu ne lui permette de réintégrer le gouvernement, avant d'être systématisée par Edouard Balladur) ait perdu en vigueur sous la présidence Macron, au nom de la présomption d'innocence, malgré la pression médiatique. Voir à ce sujet MATHIEU Bertrand, « La règle non écrite de démission des ministres mis en examen face à la présomption d'innocence et la séparation des pouvoirs », sur *Blog du club des juristes* [en ligne], publié le 16 juillet 2021. Le risque étant d'aller d'une légitime soumission au droit commun au contrôle juridictionnel de l'action politique. Mais on peut aussi considérer que la règle avait le mérite de l'ancrage et celui de la clarté. Le juge d'instruction étant une juridiction, il n'est pas insensé dans tirer des conséquences. Et il n'est pas scandaleux de prôner ces remises de démission sur le fondement d'une responsabilité morale.

[282] Commission Européenne pour la démocratie par le droit

[283] CUKIERMAN Cécile et BONNECARRÈRE Philippe, « Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel », Sénat, 2022.

manifestée au sortir de la crise Covid, avec 40.000 plaintes recensée au second semestre 2021 contre une quarantaine par an en temps normal[284].

Pour conjoncturelle qu'ils soient, et aidés par la standardisation de modèles de plainte sur les réseaux sociaux, ces éléments n'ont rien d'anodin pour notre étude, car cette préférence sociale pour la plainte pénale qui vise les personnes, plutôt que pour la plainte administrative qui vise les actes sera déterminante dans l'appréciation de l'articulation de la responsabilité des personnes morales à celle de leurs dirigeants. L'effet est encore plus probant en Arabie Saoudite ou en Chine, pays qui arrêtent les hommes politiques par centaines pour lutter contre la corruption. S'il y a évidemment une part non négligeable d'instrumentalisation, il y a aussi l'idée que la corruption est l'œuvre de brebis galeuses, alors que, comme le terme l'indique lui-même, elle est avant tout un phénomène systémique.

b. La politique pénale servie par la compliance

Au-delà donc des politiques comme personnes individuelles, c'est la politique elle-même qui commande la compliance, lui permettant d'avoir une influence au-delà de la seule politique criminelle habituelle. Ce pilotage dans l'intérêt de la politique menée par chaque État (i) trouvera notamment à s'illustrer par l'Agence française anticorruption, organe s'il en est de la compliance pénale (ii).

i. Un outil de pilotage politique

La politique aux rênes de la compliance. La responsabilité pénale, et plus singulièrement du monde des affaires a toujours été un terrain privilégié de la politique pénale, étant donné la sensibilité à la fois technique et médiatique de ses enjeux, mais un terrain de jeu passif. La compliance, à la fois souple par jeunesse et souple par destination donne toute sa latitude à la politique criminelle, lui proposant un terrain de jeu actif. On a ainsi pu parler de « codification administrative » tant les ministères et leurs cabinets sont en première ligne dans l'écriture de ces lois, à la fois par intérêt et par technicité, entraînant une véritable confusion conceptuelle entre réglementation et régulation. Les rapports internationaux mettent

[284] *Ibid* p.46

régulièrement en cause non pas la qualité du système français mais son orientation qui lui permet de détourner le regard de fraudes industrielles, en Afrique par exemple. Remarquons qu'il aura fallu attendre 2016 et la loi Sapin 2 pour que la France introduise dans son droit le trafic d'influence d'agent public étranger ; elle l'avait justement fait retirer de la convention OCDE qui introduisait la corruption d'agent public étranger pour ne pas nuire à ses intérêts extérieurs[285].

L'indépendance du parquet. Ce pilotage politique repose radicalement la question de l'indépendance du parquet, et singulièrement du PNF, comme soulevé par l'essai très commenté *La Fabrique des jugements* d'Arnaud Philippe[286]. Le GRECO, l'organe anticorruption du Conseil de l'Europe tient des mots durs en conclusion de son dernier rapport d'évaluation : *« En ce qui concerne la prévention de la corruption des juges et des procureurs, le GRECO salue l'encadrement de la procédure de sélection des magistrats pouvant obtenir des distinctions honorifiques. En revanche, il constate avec préoccupation que le projet de réforme constitutionnelle visant à modifier le processus de nomination des procureurs ainsi que la procédure disciplinaire qui leur est applicable n'a pas progressé. Il s'agit d'une question de première importance et les autorités sont invitées à accélérer la procédure en question, et à donner effet à cette recommandation dans les meilleurs délais ».*[287]

Qui dit pilotage dit buts conjoncturels. Ce pilotage politique, conformément aux avertissements traditionnels de l'école des Publics Choices hésite entre la stratégie de long terme et le pragmatisme court-termiste. Conscient de la force sociale du droit pénal, le politique en use et en abuse, occasionnant une véritable inflation criminelle. Le droit pénal « magique », pourvu d'un véritable effet incantatoire du fait de sa rareté, tourne bientôt au droit pénal bureaucratique qui en dévalorise les effets. Charles Duchaine dans son cours à l'ENM regrettera que la politique ne puisse se faire sur ce qui ne se voit pas : « les infractions occultes ne font

[285] Il avait aussi fallu attendre les années 2000 pour mettre un coup d'arrêt à la défiscalisation des « investissements » de corruption, que le Conseil d'État validait : Dans un arrêt du 11 juillet 1983, il considérait que " la seule circonstance qu'aux yeux de l'administration fiscale, ces pratiques constituent une infraction à la législation économique (...) ne permet pas de les regarder comme étrangères à une gestion commerciale normale ". Et que les sommes étaient donc déductibles de l'impôt. Dans son arrêt du 31 juillet 1992, il jugeait de la même façon que des commissions illégales pouvaient constituer des charges déductibles " eu égard à leur montant qui n'était pas exagéré compte tenu de la contrepartie qu'en attendait la société ".
[286] PHILIPPE Arnaud, *La fabrique des jugements*, La Découverte, 2022.
[287] « Addendum au Deuxième Rapport de Conformité du 4e cycle d'évaluation sur la France », Greco, 2022.

pas recette, on préfère les autoradios à la corruption »[288]. Cette force sociale du pénal oblige en contrepartie les parquets exposés à rendre compte immédiatement au Procureur général des actes susceptibles d'avoir la moindre retombée de presse, et de ce fait sont contraint de faire remonter de nombreuses informations sur des dossiers individuels[289].

La disette des moyens comme outil de pilotage politique. Il ne faut pas pour autant que la question de l'indépendance formelle du parquet occulte une considération que nous tenons pour au moins aussi déterminante, celle des moyens alloués. Toute administration déplore toujours, légitimement, le manque de budget et le caractère prioritaire de ses réalisations, qu'on pense par exemple à l'éducation ou à la santé. Cependant, dans le cadre de la justice pénale, l'enjeu nous paraît décuplé par la question de l'indépendance. En laissant tous les maillons de la chaîne pénale à un niveau de carence de moyens bien déterminé, les pouvoirs publics peuvent beaucoup plus facilement et beaucoup plus légitimement orienter leurs priorités. Cette contrainte de ressources rend la courroie de la politique pénale particulièrement efficace, voire contestable, comme n'hésite pas à le faire savoir le rapport de phase IV de l'OCDE[290].

ii. Une incarnation par l'AFA

L'anticorruption mise à la charge d'une agence. La nature singulière de l'AFA synthétise sans doute l'ambivalence de l'intrusion du politique dans les instances de lutte anticorruption. Plusieurs voix[291] se sont émues qu'il s'agisse d'une agence gouvernementale et non d'une autorité indépendante, redisant la difficulté ontologique qu'il y a à mener une action anticorruption sincère lorsqu'on relève directement d'un gouvernement[292]. Très tôt, Michel Sapin a répondu par l'impossibilité qu'il y avait à organiser une politique stratégique efficace

[288] DUCHAINE Charles, « Cours ENM », 2022.
[289] Avec depuis 2013 l'interdiction de donner des instructions particulières. Toute la difficulté reposant dans ce déséquilibre entre la demande par le parquet général d'informations particulières, et l'interdiction de donner des instructions sur des dossiers particuliers. D'aucuns relèveraient avec malice la définition originelle de la compliance, issue de la physiologie, comme « capacité de souplesse d'un organe à s'adapter à la pression »,
[290] Déplorant « un nombre croissant d'affaires n'ayant pas fait l'objet d'une enquête », le Groupe de travail fait part de son inquiétude, notamment quant aux moyens, qu'il lie directement au « manque d'indépendance du parquet ». p.17 « Rapport de Phase 4 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption en France », OCDE, 2021.
[291] Par exemple celle du député d'opposition Charles de Courson
[292] Le contrôle réalisé sur l'AFA par l'IGF et l'IGJ au lendemain de la commission des sanctions concernant l'entreprise Sonepar a ainsi pu être considérée comme un signal voire une sanction politique.

via une AAI : « en vertu de l'article 20 de la Constitution. Il devra impulser les politiques, conseiller l'exécutif et le représenter, y compris auprès des organismes internationaux de lutte contre la corruption. Cette partie des compétences ne peut pas être exercée par une AAI ».[293] « Il faut bien comprendre que cet organisme a deux visages », avait-t-il finalement conclu. Cette convocation de Janus pour désigner une autorité anticorruption peut surprendre, tant cette personnification est systématiquement invoquée dans le champ de la corruption pour évoquer les dangers de la duplicité, à l'instar de l'ouvrage du Pr Marquette « Janus and the 'Two Faces' of Organised Crime and Political Corruption »[294].

Une opposition s'est ainsi formée entre les tenants d'un service à compétence nationale au service d'une stratégie nationale de lutte contre la corruption, à l'instar du rapporteur Sébastien Dénaja, et les opposants à une agence « schizophrénique » selon les mots du rapporteur de la commission d'évaluation Olivier Marleix. Dès lors, les propositions 10 et 11 de ce récent rapport d'évaluation préconisent-elles de résoudre l'ambiguïté en distinguant une stratégie de souveraineté portée plus haut, par le Premier Ministre, et la lutte contre la corruption elle-même portée par une AAI par exemple la HATVP.

Remarquons en lien avec nos développement précédents sur l'incarnation, que si l'Agence avait initialement misé sur une personnalité réputée de la lutte contre le crime organisé en la personne du juge d'instruction marseillais Charles Duchaine[295], la nomination de sa nouvelle directrice est loin d'envoyer le signal de la même incarnation, voire d'une aussi grande indépendance du politique. La magistrate n'a en effet exercé que deux ans en juridiction en sortie d'école il y a plus de trente ans, avant de ne connaître que des postes administratifs ou directement politiques. Si l'on ne saurait douter ni de ses qualités ni de sa probité, la nouvelle direction apporte l'image du politique directement au cœur de la lutte anticorruption, en ayant été nommée à ce poste par le Ministre dont elle était jusqu'à lors précisément la conseillère[296].

c. Le politique comme fin de la compliance ?

[293]GAUVAIN Raphaël et MARLEIX Olivier, « Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de 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 2 » », Assemblée Nationale, 2021. p.84

[294] « Addendum au Deuxième Rapport de Conformité du 4e cycle d'évaluation sur la France », Greco, 2022.

[295] FANSTEN Emmanuel, « Charles Duchaine, l'anticorrupteur », sur *Libération* [en ligne].

[296] « Mme Isabelle Jégouzo nommée directrice de l'Agence française anticorruption | Agence française anticorruption », [consulté le 27 septembre 2023].

La compliance peut enfin être considérée comme le résultat d'une refondation pragmatique de l'ordre pénal après la seconde guerre mondiale. Les événements ayant démenti la pertinence de systèmes juridiques complets, totalisants et autarciques, un système juridique lié au contrôle politique et répondant à des orientations pragmatiques s'est finalement imposé. Il est intéressant de constater que les deux systèmes juridiques européens les plus avancés en matière de responsabilité pénale des affaires, élaborant une synthèse entre un administratif répressif et un pénal administratif, et alors même qu'ils sont très différents, sont précisément l'Allemagne et l'Italie[297]. Ainsi, « au terme d'un siècle qui, comme peu d'autres, nous a fait connaître les affres de la déraison existante, aucune confiance dans une raison essentialiste n'a survécu » comme l'expose Habermas[298]. L'absolutisme juridique moderne que nous proposait comme panacée un premier vingtième siècle déjà sensibilisé à l'industrialisation et à l'internationalisation, s'effondre-t-il au profit de la « figure hybride de l'interprète »[299], le juge, le politique et l'expert.

Le tour pragmatique que la compliance donne à la politique pénale répond donc, au-delà d'un pilotage casuistique parfois nécessaire, à une stratégie, qui n'est pas sans poser question.

i. L'État de droit : l'État, puis le droit ?

L'extensive raison d'État. « L'État de droit, c'est l'État, puis le droit », ainsi pourrait-on résumer cette observation du Président De Gaulle à son Garde des sceaux Jean Foyer : « il y a d'abord la France, il y a ensuite l'État et enfin dans la mesure où il est possible de préserver les intérêts majeurs des deux premiers, il y a le droit ».[300] L'affaire dite des Rafale Papers nous semble offrir une illustration contemporaine à ce principe de réalité. En octobre 2018, la presse fait état de soupçons de corruption et favoritisme dans un contrat de vente de Rafale à l'Inde[301]. Le dossier est classé sans suite en juin 2019 par la cheffe du PNF pour « absence d'infraction », contre l'avis d'un procureur-adjoint chargé de l'affaire. La déclaration alors faite par Éliane Houlette à la presse est éloquente : « On ne peut quand même pas tirer partout. Il faut bien peser les choses, préserver les intérêts de la France, la

[297] GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, MANACORDA Stefano et EUROPÉENNES Association de recherches pénales, *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Société de législation comparée, 2013.
[298] HABERMAS Jürgen, *Droit et Démocratie, entre faits et normes*, Gallimard, 1997.
[299] CHEROT Jean-Louis et FRYDMAN Benoît, *Penser le droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.
[300] Rapporté par MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?* Eyrolles, 2017. p.71
[301] Doublement stratégique par le montant de 7,8 milliards d'euros, et la nature militaire du contrat

marche des institutions…»[302]. Sans évidemment préjuger du fond, nous pouvons constater que l'argument de la raison d'État est convoqué de manière très explicite, même si la formulation est remarquable d'équilibre en adjoignant aussitôt un argument en faveur de l'État de droit, celui de « la marche des institutions », qui semble plus près des fondements initiaux de l'opportunité des poursuites[303]. De fait, selon la sociologue Angelica Cuellar-Vazquez, plus les scénarios sont complexes, plus ils risquent une forme d'instrumentalisation politique[304].

Une « fraude institutionnelle ». Finalement, toutes les grandes affaires structurelles semblent pouvoir être lues par ce prisme de l'intérêt d'État. La crise des subprimes en 2008 aurait-elle eu cette ampleur si les montages réalisés ne servaient pas en grande part l'utilité sociale en permettant un accès facilité à la propriété ? De la même façon, l'affaire Volkswagen dite Dieselgate aurait-elle prospéré aussi longtemps sans l'intérêt que représentaient les emplois et l'excédent de balance commerciale ?[305] On remarque d'ailleurs que c'est un des plus gros concurrents directs de l'Allemagne sur le marché de l'automobile qui a pu révéler la nature de la fraude[306]. La question se pose donc de savoir où s'arrête la raison d'État et où commence ce que nous avons appelé une « fraude institutionnelle », c'est-à-dire la qualité de la conformité au troisième degré, celle des dispositifs organisés par l'État aux normes supranationales.

On peut espérer que la compliance, en multipliant les observateurs internationaux permette de passer outre l'intérêt primaire de l'État pour rétablir ce troisième degré de conformité, sous la forme de l'État de droit. Le premier président de la Cour de cassation Bertrand Louvel ne dit pas autre chose en ouvrant la journée anniversaire du tribunal de Nuremberg : « Le temps de la raison d'État est fini, le temps est désormais résolument et

[302] PHILIPPIN Yann, « «Rafale Papers» », *Mediapart*, 6 avril 2021.
[303] Le DPA Code of Practice du SFO annonce la logique inverse, sans doute pour se distinguer de son origine américaine : « Investigation and prosecution of the bribery of a foreign public official should not be influences by considerations of national economic interest, the potential effect upon relations with another State or the identity of the natural or legal persons involved" (partie 2.7). Mais l'écart, caractéristique du champ qui nous occupe, entre l'affichage et la réalité ne fera sans doute pas exception ici. « Deferred Prosecution Agreements, Code of Practice », Crown Prosecution Service, 2013.
[304] CUELLAR VAZQUEZ Angelica, « "Le plus grand problème me semble être l'extrême politisation de la justice" », *Droit Société*, 104, Lextenso, 2020.
[305] Selon le baromètre global Europe de TI, l'Allemagne est parmi les pires pays en matière de poids des intérêts privés sur les décisions du Gouvernement. www.transparency.org/en/gcb
[306] AGGERI Franck et SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve du judiciaire », *Rev. Fr. Gest.*, 269, Lavoisier, 2017.

définitivement, on l'espère, à la responsabilité d'État »[307]. L'affaire Lafarge qui a émergé depuis prouve bien que les crimes contre l'humanité et les questions fondamentales qu'ils portent n'appartiennent pas, eux, à un premier XXe siècle révolu. S'il ne s'agit pas ici de la responsabilité directe de l'État lui-même, celle des grands groupes industriels et singulièrement des fleurons stratégiques peut lui être assimilée pour ne pas dire affiliée, comme les nombreux échanges du cimentier avec le Quai d'Orsay et la DGSE dès 2014[308] peut en laisser augurer[309].

ii. La compliance au service de la souveraineté[310]

La circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale ne saurait être plus explicite : « le PNF pourra utilement développer des relations avec le Service de l'information stratégique et de la sécurité économiques (SISSE) ainsi qu'avec les services de renseignement chargés, au titre de la « Stratégie nationale du renseignement », de la défense et de la promotion de notre économie »[311].

Nous avons pu exposer combien la compliance était un instrument politique ; cela n'a rien d'illégitime en soi mais enseigne que, contrairement peut-être au droit pénal classique, la compliance criminelle n'est pas neutre. Elle véhicule une conception de l'ordre et des valeurs sociales, elle prône une certaine vision de l'entreprise, elle détermine ses objectifs en fonction d'une stratégie ou d'un certain pragmatisme. Ce que Bourdieu pourrait appeler « une lutte de pouvoirs pour organiser le social ». Il nous apparaît alors indispensable de reconnaître cette

---

[307] LOUVEL Bertrand, « Allocution d'ouverture, 70 ans après Nuremberg : Juger le crime contre l'humanité », 2016.
On peut tempérer ce constat d'un temps révolu en constatant que la conception gaullienne du droit économique figure en bonne place au gouvernement, Bruno Le Maire se revendiquant volontiers de cet héritage, occupant la plus haute marche de l'ordre protocolaire et adjoignant au nom de son ministère de « l'économie et des finances » celui de « la souveraineté industrielle et numérique ».

[308] FAUROUX Matthieu, *« Lafarge, les sombres affaires du roi du ciment », Complément d'enquête*, FR2, 22 mars 2018.

[309] Sur l'assimilation des intérêts de l'État et de l'entreprise, voir partie II chapitre 1 : « La multiplication des responsabilités de l'entreprise ». Sur l'écart d'intentionnalité entre la poursuite d'activité commerciale et la complicité de crime contre l'humanité, voir partie I chapitre 2 : « Mutation du fondement de la responsabilité pénale ». Cette problématique est posée dès la préface de MARCUSE Herbert, *One dimensional man*, Beacon Press, 1964. qui voit dans « le crime contre l'humanité qui est localisé particulièrement au Viêt-Nam » le « mensonge auquel doit recourir le système pour assurer sa stabilité ».

[310] Le Colloque commun AFA – IHEDN le 1er juin 2022, à l'Ecole Militaire illustrait déjà cette perspective

[311] *Circulaire de politique pénale en matière de lutte contre la corruption internationale*, 2 juin 2020, p.7
L'ambivalence est toutefois savamment entretenue puisque le début de la phrase renvoie au renseignement financier auquel Tracfin notamment peut coopérer, et non pas directement à la défense des intérêts économiques.

nature politique conférée à la responsabilité pénale par ses acteurs (bien au-delà des seuls hommes politiques eux-mêmes) pour pouvoir en débattre.

La discussion parlementaire est contournée « par le bas », au nom de l'efficacité. Elle apparaît également contournée « par le haut » en se donnant des buts que l'on suppose placés au-delà du débat. La lutte contre le terrorisme qui en fondait certains outils rejoint en cela la lutte pour les droits humains, qui en fonde de nouveaux, et la lutte pour la préservation de l'environnement, qui en fondera d'autres. Si ces combats font l'unanimité, les buts intermédiaires et les méthodes déployées ne peuvent faire l'économie d'un débat parlementaire sans affecter durablement, malgré la noblesse de leur cause, la démocratie. Cette dimension politique qu'il est nécessaire d'adjoindre à une régulation que le marché et le droit ne peuvent suffire à réaliser[312] se rend d'autant moins dispensable que le numérique, qu'il s'agisse de chiffrage, de modélisation ou même d'algorithmes d'IA, introduit une distance avec la décision, occasionnant de véritables boîtes noires. L'efficacité dans les moyens et la probité dans les buts ne sauraient s'autonomiser d'une volonté politique débattue sans rejoindre un système de compliance « à la chinoise ». Des auteurs comme le professeur Bernard Mathieu ont ainsi pu s'inquiéter d'un « droit contre la démocratie ». Celle-ci pourrait en effet être une victime collatérale de l'ébranlement des structures étatiques. « Les analyses visant à soutenir le développement d'un « droit sans l'État » conduisent en fait à s'interroger sur le point de savoir si un tel droit ne serait pas, par nature, incompatible avec la démocratie »[313].

La compliance étant de nature systémique, il nous paraît légitime que ses arbitrages soient politiques. Ils posent cependant ce double risque de soumission aux conjonctures et d'instrumentalisation. Il faudra donc à tout prix déployer un contrôle du même rang, par le biais du Parlement.

[312]« Le droit est normatif, il dit ce qui doit être, et fait donc appel à la volonté voire au volontarisme. […] Entre le descriptif et le normatif, il y une discontinuité… Parce qu'elle implique un tel pari, la mondialisation ne peut être abandonné au seul juriste, ni rester enfermée dans le droit, pas plus qu'elle ne peut relever du seul marché. Précisément parce qu'elle fait appel à la volonté, la mondialisation suppose un retour à la politique. » DELMAS-MARTY Mireille, *10. La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique*, Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi, La Découverte, 2005.

[313] Bernard Mathieu, MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Eyrolles, 2017. p.37

2. Une ambition géopolitique servie par la compliance

C'est à l'extérieur de ses frontières territoriales que la compliance pénale dévoile toute sa teneur politique. Si les pays peuvent l'appliquer comme un frein au pénal dans un « souci de ne pas ruiner leur avantage dans la compétition économique mondiale en adoptant une position trop intransigeante sur la corruption »[314], ils peuvent surtout en faire un usage particulièrement agressif à l'encontre de concurrents voire d'adversaires. Les sanctions internationales offrent sans doute la meilleure incarnation d'un emballage pénal (à commencer par celui de la terminologie) sorti « du domaine du droit pour entrer dans des considérations purement politiques »[315], comme dans le célèbre cas BNP[316]. La sanction de la violation de l'embargo américain sur Cuba, l'Iran et le Soudan par la banque française lui avait coûté une amende de 9 milliards de dollars, quand elle n'en n'avait provisionné que 1,1 sur la base des jurisprudence passées. Il semble que ce faisant, les autorités américaines offraient un scalp bancaire à une opinion publique agacée par l'absence de toute sanction pénale après la crise des subprimes.

A la suite de Gérard Farjat, Jean-Baptiste Mercier donnait un caractère cyclique au droit-économique, qui après une phase de marchéisation s'orienterait désormais un peu plus vers l'État[317]. En ce qui concerne la compliance, ce balancier nous semble plutôt en tension entre deux pôles d'influence, un pôle américain qui primait jusqu'alors, et un pôle chinois qui se développe fortement. Les États-Unis et la Chine, du fait de leur taille et de leur puissance, tiennent un rôle singulier dans la compliance internationale : ils ne sont pas soumis à cette supranationalité des groupes et des institutions internationales que subissent les États-nation en crise de souveraineté. Cependant, si les États-Unis ont longtemps eu un monopole de fait dans la compliance mondiale (a), et que la Chine a fait une entrée fracassante sur ce « marché » (b), l'Europe commence à se structurer pour proposer son modèle (c), malgré sa faiblesse politique.

La compliance permettrait d'occuper les espaces par le droit, les sanctions internationales par exemple permettant la continuation de la guerre par d'autres moyens[318], au point que les praticiens de la discipline en parlent, à la suite d'Hubert de Vauplane, comme

[314] ROUX Adrien, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », *AJ Pénal*, 2017.
[315] DEROUX Xavier et CASSUTO Thomas, *L'Europe du droit face aux entreprises planétaires*, Bruylant, 2015.
[316] La BNP n'avait provisionné que 1,1 milliards de dollars sur la base des jurisprudences passées.
[317] RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020.
[318] BISMUTH Régis, « Occuper des espaces par le droit », *Inflexions*, 43, Armée de terre, 2020.

d'une « nouvelle géopolitique de la norme »[319]. La compliance serait ainsi par essence impérialiste au sens où, comme droit des systèmes, elle devrait trouver à s'appliquer partout (au sens géographique). « L'extraterritorialité est une évolution inéluctable, qui peut être bénéfique, avec la diffusion de principes protégeant les droits et libertés, ou permettant une meilleure régulation économique. Mais des risques sont aussi inhérents à une telle évolution » pourra résumer Jean-Marc Sauvé.[320]

a. L'américanisation du droit pénal : la compliance par l'économie

Nous avons vu combien le modèle actuel de compliance issu de la régulation avait pour source le volontarisme américain. On pourrait même considérer que l'investissement fort que les États-Unis mettent dans la compliance au niveau international agirait comme une compensation de leur refus de ratifier la Cour Pénale Internationale[321]. Le passage de la compliance au pénal nécessiterait en effet de jouer à jeu égal entre États, et non plus de déterminer un système, si vertueux puisse-t-il être.

i. Une compliance américaine à la faveur de leur puissance économique et politique

Le commerce ayant toujours été une arme diplomatique, la poursuite d'objectifs politiques par les moyens économiques est vieille comme le monde. Cependant, la prééminence d'un seul tourne à « l'imposition d'une conception unilatérale du droit punitif et de la régulation économique ». Celui-ci peut ainsi imposer sa conception *stick-and-carrot* : les menaces pénales et le droit souple.

Un désengagement des organisations internationales. Ainsi, pour poursuivre avec l'exemple des sanctions internationales, contrairement à l'UE qui considère qu'il revient au cadre onusien de les définir, les États-Unis en usent unilatéralement comme instrument de sécurité nationale mais aussi de politique étrangère. C'est donc semble-t-il plus que la

[319] DE VAUPLANE Hubert, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2013.
[320] SAUVÉ Jean-Marc, « La territorialité du droit, « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », 2012.
[321] Les deux plus grands pays à refuser la ratification de la CPI alors même qu'ils ont participé aux négociations et à la Conférence diplomatique sont les États-Unis et la Chine, que nous tenons pour les deux moteurs de la compliance internationale.

légitimité, le poids dans le commerce international qui apparaît déterminant dans l'arbitrage entre l'application unilatérale des sanctions internationales, et l'obligation de médiation d'une organisation internationale. On remarque d'ailleurs un mouvement inverse de désengagement des organisations internationales par les États-Unis tant la compliance elle-même est devenu un vecteur suffisamment puissant et suffisamment autonome pour réaliser leur influence.

Une juridiction extraterritoriale. Lorsque cette puissance commerciale se double d'une présence fiduciaire, boursière et numérique des États-Unis en tout point du globe, ce sont autant de liens de rattachement qui permettent l'exercice de leur juridiction[322], comme l'expose le rapport parlementaire Berger-Lellouche sur l'extraterritorialité américaine[323]. Le fait-même d'être les instigateurs de la compliance internationale rend leurs outils plus sûrs (ou plus conformes à leurs propres critères de sûreté), donc plus sollicités par les autres pays, qui se mettent ainsi naturellement sous la coupe de leur juridiction[324]. L'exemple de la chambre de compensation de New-York est frappant : elle devient plus sollicitée que les autres à la suite du Patriot Act qui impose de nouvelles due diligences, car plus fiable. Dès lors, les entreprises qui y ont recours se placent délibérément dans le champ de la juridiction américaine[325].

La loi de blocage comme réponse timide. Les aléas de de loi de blocage offrent un exemple intéressant de la tentative d'« acclimatation du système français à la justice américaine »[326]. Cette loi conçue en 1968 pour permettre aux entreprises de s'opposer aux réquisitions intempestives d'autorités étrangères[327] a été renforcée par la loi Sapin 2 qui attribue à l'AFA la surveillance de sa mise en œuvre. Par ailleurs, sa révision et son renforcement constituent la recommandation fondamentale du rapport Gauvain du 26 juin 2019 sur la protection des entreprises contre les sanctions américaines. Pour autant, le groupe de travail de

[322] Même si la réalité de l'extraterritorialité par le dollar est contestée, par exemple par BREEN Emmanuel, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *RED*, 1, Groupe d'études géopolitiques, 2020.
[323] BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », Assemblée Nationale, 2016.
[324] COATES Benjamin Allen et COATES Benjamin Allen, *Legalist Empire: International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*, Oxford University Press, 2016.
[325] BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, *op. cit.*
[326] MIGNON COLOMBET Astrid, « Chapitre 3. La self-defense des entreprises », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[327] « Sous réserve des traités ou accords internationaux et des lois et règlements en vigueur », la loi de « blocage » interdit à toute personne « de demander, de rechercher ou de communiquer, par écrit, oralement ou sous toute autre forme, des documents ou renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique tendant à la constitution de preuves en vue de procédures judiciaires ou administratives étrangères ou dans le cadre de celles-ci » (article 1er bis).

l'OCDE sur la corruption internationale demande à la France d'en atténuer la portée pour limiter les obstacles aux poursuites étrangères[328] ! En demandant la levée d'obstacles aux juridictions étrangères, cette organisation fondée par le Plan Marshall consolide ce « long arm » pénal américain, d'autant que les entreprises françaises elles-mêmes s'affranchissent de ce bouclier de souveraineté pour prouver leur bonne disposition aux juges étrangers.

La conformation. L'ambition légitime d'un l*evel playinfield* et la flexibilité consubstantielle à la casuistique du common law[329] achèvent d'imposer l'approche pénale anglo-saxonne à la compliance. Dès lors, par le biais des entreprises devenues justiciables américaines, le droit pénal est repensé sous le prisme des « speedy trials » : « ce nouveau mode de traitement de l'illicite impose ainsi de repenser complètement la notion de défense de l'entreprise habituellement indissociable d'une accusation formulée dans le cadre d'un litige sous l'arbitrage d'un juge judiciaire ».[330] La figure traditionnelle du duel pénal est désormais dépassée : la stratégie de défense se fonde sur l'obéissance plutôt que la résistance, de sorte qu'il s'agit « moins de se conformer à un ordre que de collaborer à un pouvoir ».

ii. Une compliance américaine en faveur de leur puissance économique et politique

Une aspiration légitime. Même destiné à la sauvegarde d'intérêts économiques propres, l'ambition américaine de contribuer à l'érection d'un ordre pénal international apparaît difficilement contestable dans son principe. Elle l'est d'autant moins qu'elle se rattache régulièrement à la lutte contre le terrorisme et les atteintes aux droits humains, la réinscrivant ainsi dans l'héritage des innovations juridiques de Nuremberg. Pour autant, cette cause noble semble trahie par des résultats particulièrement orientés, à tel point que le New-York Times en 2012 rapportait en référence aux entreprises criminelles jugées par les américains « the lack of American names »[331]. En d'autres circonstances, la carence de ressortissants au nombre des mis en cause aurait pu être félicitée, dans le contexte de la compliance elle résonne comme une

[328] « Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption en France », OCDE, 2012.
[329] « Rapport de Phase 3 sur la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption en France », OCDE, 2012.
[330] MIGNON COLOMBET Astrid, « Chapitre 3. La self-defense des entreprises », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[331] WAYNE Leslie, « Foreign Firms Most Affected by a U.S. Law Barring Bribes », *N. Y. Times*, 4 septembre 2012.

complaisance[332]. De nombreux praticiens se succèdent pour dénoncer une guerre économique par le droit, une part de la doctrine et des parlementaires, et jusqu'à un ancien ministre de l'Économie en la personne d'Arnaud Montebourg.

La mise à l'écart des principes pénaux. L'angle qui importe à notre approche, c'est la suspension de l'ordre pénal qu'intime la justice américaine dans le procès des entreprises défaillantes. Cette « coopération imposée », en écartant le procès pénal, que les entreprises pouvaient légitimement redouter, écarte également les garanties et la coopération internationale associées. Dès lors, le formalisme pénal est tenu pour opposé à l'objectif de transparence, et l'entreprise mise en cause renonce à se prévaloir de la prescription comme de toute protection offerte par le code de procédure pénale, jusqu'au renoncement au légal privilege[333]. La preuve de la bonne foi suppose de renoncer à tout droit, de sorte que la transparence consiste finalement à « mettre littéralement à nu des pans entiers de certains grands groupes européens devant l'administration américaine ».[334] Pour autant, cela ne pourrait se faire sans l'accord des entreprises justiciables, d'où toute l'ambiguïté du titre du plus fameux essai sur le sujet : *Deals de Justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*. Elles ne peuvent effectivement plus se satisfaire de la lourdeur et de la longueur du procès pénal, des conséquences économiques et réputationnelles attachées. Il est intéressant de constater à ce titre que les entreprises chinoises (et dans une moindre mesure les russes) sont les seules à refuser le jeu de la négociation avec les autorités américaines en cas de soupçon d'infraction, et à préférer se confronter à un véritable procès pénal[335].

Cette évolution juridique d'un « pluralisme juridique ordonné », s'est déjà vue plusieurs fois dans l'histoire depuis le Moyen-âge. Pour Mireille-Delmas Marty qui en fait la conclusion de son ouvrage *Le Flou du droit*[336], l'évolution est cette fois fille de l'internationalisation plutôt que de l'impérialisme. Pour Stefano Manacorda au contraire, le phénomène d'américanisation du droit relève très directement d'une « technique de colonisation »[337].

---

[332] Sur les 26 entreprises condamnées à plus de 100 millions $ au titre du FCPA entre 2008 et 2018, 14 sont européennes (en majorité françaises), contre seulement 5 américaines.
[333] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[334] BOULON Olivier, « Chapitre 2. Une justice négociée », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[335] DE VAUPLANE Hubert, « Une nouvelle géopolitique de la norme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2013.
[336] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.387
[337] MANACORDA Stefano, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in *In Actualité du droit de l'entreprise (dir. A Supiot)*, Dalloz, 2015.

Les Etats-Unis en contrepouvoir de la Chine ? Une illustration peut nous servir utilement de transition vers le modèle chinois : le discours de l'Attorney General William P. Batt le 6 février 2020. Non seulement les États-Unis relativisent la réalité de cette hégémonie par l'existence d'un pôle adverse, l'URSS initialement et la Chine désormais. Mais plus encore, ils font de cette puissance juridique et géopolitique le contrepoint d'une tentation hégémonique naissante en Chine. Le procureur général des États-Unis prend ainsi l'exemple de l'internet industriel, dont le marché s'oriente vers un quasi-monopole de Huawei. Le cas intéresse notre démonstration non seulement parce qu'il s'agit d'une ressource structurelle, mais également parce que le propos est tenu non par le Secrétaire à l'économie mais par celui à la Justice. Et ce dernier assume pleinement le parallèle entre l'outil judiciaire et la puissance économique : "the power the US has today to use economic sanctions would pale by comparison to the unprecedented economic leverage we would be surrendering into the hands of China"[338].

b. La proposition chinoise d'une compliance politique[339]

La Chine est entrée de plain-pied dans la conformité, prise au sens le plus strict de la conformation, aux règles des diverses organisations internationales. D'adversaire farouche aux institutions internationale et à leur régulation globale, la Chine en est ainsi devenue un membre très actif[340]. « The percieved need to pay lip-service to international legal standard reflects a welcome recognition of their legitimacy". Mais elle confronte l'analyse à un dilemme : "has a new legal consciousness pervaded the PRC, or has China merely become more legalistically astute in responding to the pressures of international relations ?"[341] Nous ne croyons pas à une conception « hypocrite » de la compliance comme le présente cet auteur, en tout cas pas radicalement plus qu'une autre, mais plutôt à une conception restreinte où le droit vise avant tout à servir « une société harmonieuse »[342].

[338] BARR William P., « Keynote Address at the Department of Justice's China Initiative Conference, United States Department of Justice », 2020.
[339] RAMBAUD Thierry, « Chapitre II. Les traditions juridiques asiatiques », in *Introduction au droit comparé*, Presses Universitaires de France, 2014.
[340] KENT Ann, *Beyond Compliance: China, International Organizations, and Global Security*, Stanford University Press, 2007.
[341] FEINERMAN James V., « Chinese Participation in the International Legal Order », *China Q.*, Cambridge University Press, 1995.
[342] Livre blanc sur la justice et BIN Li, GUILLAUMOND Robert et PING Lu Jian, Droit chinois des affaires, Primento, 2013. p.43 On reconnaît un bon juge à ce qu'il évite les procès au nom de la stabilité sociale.

Ce modèle chinois était jusqu'alors étudié à la marge, comme contrepoint presque exotique à la démocratie libérale occidentale. Cependant un double phénomène nous amène à l'envisager beaucoup plus sérieusement. D'abord la politique Covid qui a vu nos systèmes adopter sans broncher des mécanismes tout à fait étrangers à la culture européenne comme le confinement et son hyper-administration. Par ailleurs, dans le classement des 500 plus grandes entreprises établi chaque année par le magazine *Fortune*, désormais la Chine dépasse les Etats-Unis, et ce, sur le propre terrain[343]. Substantiellement, le système chinois est d'autant plus intéressant que, comme nous l'avons vu, le paradigme politique croît à mesure que les décisions stratégiques deviennent incontournables. On demande moins d'expliquer, à coups de modèles mathématiques, et plus de prévoir, grâce à des décisions politiques fermes et résolues. [344]

i. Un outil de structuration politique

La voie singulière de la Chine dans la compliance. Cas singulier pour notre étude, la compliance est encore plus radicalement que les autres modèles au cœur du système pénal chinois car le mécanisme de responsabilité du monde des affaires s'y construit parallèlement au système de compliance. Dans les autres puissances, la responsabilité pénale précédait l'adoption des mécanismes de compliance ; ici elle lui est consubstantielle[345].

Cette voie chinoise dans la compliance est originale. Elle est purement politique, au sens étroit du terme, non pas la vie de la cité, mais bien du gouvernement. A l'international, l'État est la seule voie de négociation, et toutes les négociations auxquelles elle prend part, et tous les traités qu'elle ratifie prennent en compte son exigence de souveraineté. En interne, il en va de même puisque le droit Chinois est un métissage total, issu de l'importation des règles de différents systèmes étrangers depuis 1978[346], donc un produit non pas créé mais importé,

---

Pour Mireille Delmas-Marty dont on sait l'attachement à la Chine, cette volonté harmonique de la Chine pourrait justement contribuer à l'harmonisation des droits tout en évitant une uniformisation sous le joug américain.

[343] 142 entreprises chinoises contre 136 américaines dans le « global 500 », et la tendance semble s'accélérer. fortune.com/ranking/global500/

[344] or la « discipline normative est sans capacité prédictive réelle » selon BENZONI Laurent, « Commerce international, compétitivité des entreprises et souveraineté : vers une économie politique de la compliance », in *Les buts monumentaux de la compliance (Marie-Anne Frison-Roche, dir.)*, Dalloz, 2022. p.453

[345] HE Linxin, « Chapitre 9. À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ? », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, 2015.: « Contrairement aux pays industrialisés qui connaissent une succession temporelle entre la responsabilité de droit commun et la responsabilité en matière sociale et environnementale, la Chine continentale réfléchit à ces deux questions en même temps. »

[346] Année du grand bond en avant, naissance de la Chine moderne, Mao mourant en 1976.

qui nous pose effectivement aux antipodes d'un *Esprit des Lois* à la Montesquieu[347] où le climat, la religion, les maximes de gouvernement, les expériences des choses passées » font le droit. Ici, le droit est un outil au service du politique, et il n'y a pas de différence fondamentale entre le judiciaire, le légal et l'administratif[348].

La compliance comme outil de souveraineté. On l'a compris, la Chine prend part de manière croissante à presque toutes les organisations internationales de la compliance, mais avec une prise de parti quasiment inverse aux autres membres, puisqu'elle exerce parallèlement un plaidoyer pour le renforcement de la souveraineté. De sorte que les règles établies au niveau global ne doivent concerner que le niveau global, et lorsqu'il est besoin d'accords transnationaux susceptibles d'impacts internes, ils doivent se régler par relations bilatérales[349]. D'où son attachement tout particulier à l'article 2, 7° de la Charte de l'ONU, un des seuls articles négatifs de l'entier texte : « aucune disposition de la présente Charte n'autorise les Nations Unies à intervenir dans des affaires qui relèvent essentiellement de la compétence d'un État ».

Ainsi, si le rôle du droit aux Etats-Unis c'est de s'opposer à la puissance de l'État, le rôle du droit en Chine c'est de servir la puissance de l'État. Ce constat peut expliquer la divergence dans la lutte anticorruption, et relativiser le retard Chinois, surtout à l'aune des indicateurs occidentaux, comme nous le verrons plus loin avec le Corruption Perception Index de Transparency International[350]. Ainsi, non seulement l'économie est de plus en plus détenue par l'État avec plus de 160.000 entreprises publiques et la quasi-totalité des champions nationaux, mais la lutte contre la corruption elle-même est dirigée par l'État.[351] La surveillance peut est décentralisée « distributed surveillance », suivant le même principe que la compliance économique, mais elle l'est *via* le réseau politique : les institutions, les universités, les usines publiques, permettant ainsi de distribuer les coûts, comme l'explique le professeur Minxin Pei, rappelant en prenant l'exemple du nettoyage régulier des caméras de reconnaissance faciale que la technologie n'a pas réponse à tout sur le terrain concret. [352]

[347] MONTESQUIEU Charles de Secondat baron de, *De l'esprit des lois*, P. Didot et Firmin Didot, an xii, 1803.
[348] LUBMAN Stanley B., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford University Press, 1999. p 88.
[349] KENT Ann, « China's participation in international organisations », in *Power and Responsibility in Chinese Foreign Policy*, ANU Press, 2013.
[350] YANG Kaifeng, « Institutional Congruence, Ideas, and Anticorruption Policy: The Case of China and the United States », *Public Adm. Rev.*, 69, [American Society for Public Administration, Wiley], 2009.
[351] PEI Minxin, « How Not to Fight Corruption: Lessons from China », *Daedalus*, 147, [American Academy of Arts & Sciences, The MIT Press], 2018.
[352] PEI Minxin, *Guarding Dictatorship: China's Surveillance State*, Harvard University Press, 2023.

La compliance comme soumission du droit à la politique. La mainmise politique sur le système légal chinois est bien connue, puisqu'on en parle volontiers comme d'un autoritarisme[353]. Si la compliance vient structurellement renforcer ce volontarisme politique[354], la conjoncture y contribue également, avec notamment l'anniversaire du PCC. Là où la compliance à l'américaine pouvait résulter d'une autorégulation économique se défiant de l'État fédéral, la logique inverse apparaît ici à l'œuvre. Jusqu'à la réforme du Code pénal de 1997, la corruption comptait au nombre des « crimes de contre-révolution », aujourd'hui désignés « crimes contre la sécurité de l'État ». Celui-ci contourne d'ailleurs volontiers le système judiciaire via une pratique de la répression administrative forte, qui comprend de nombreux cas de détention administrative, y compris de détention *a priori*[355]. « Mais la commission disciplinaire ne mène pas seulement le combat contre la corruption : c'est à elle qu'incombe aussi l'inspection de la loyauté idéologique » nous rappelle Kai Strittmatter[356]. Conformément au préambule de la Constitution actuelle de 1982 : tant la « mise en place d'un système juridique complet » (les avocats eux-mêmes étaient fonctionnaires jusqu'en 1996, et restent encore sous tutelle du Ministère de la justice[357]), que le développement économique se font « sous la direction du PCC et guidé par le marxisme-léninisme et la pensée de Mao Zedong »[358].

L'installation de la compliance y est même d'essence politique, elle répond à une volonté de mettre au pas les géants du numérique, les BATX, jusqu'alors laissés particulièrement libres dans leur développement. Si la régulation y est particulièrement forte, le pénal est également convoqué pour mettre en cause plus directement les dirigeants, avec des peines individuelles particulièrement fortes. Les poursuites pour corruption y ont cru de 90% en un an, sanctionnant 29 000 personnes sur la seule année 2019 selon le Parquet populaire suprême. Depuis 2016, un pot de vin de 100 000 yuans (12 000 euros) suffit à être condamné à mort. Cela a été le cas pour Lai Xiaomin, le patron du fonds d'investissement gouvernemental

[353] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.893
[354] HE Linxin, « Chapitre 9. À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ? », in *Prendre la responsabilité au sérieux*, Presses Universitaires de France, 2015. p.165
[355] On peut aussi prendre l'exemple des raids judiciaires « Yan Da » créés pour lutter efficacement contre la corruption mais qui se révèlent bien souvent être des outils politiques.
[356] STRITTMATTER Kai, *Dictature 2.0 : quand la Chine surveille son peuple*, Tallandier, 2020.
[357] BIN Li, GUILLAUMOND Robert et PING Lu Jian, *Droit chinois des affaires*, Primento, 2013. p.42
[358] Avec un léger tempérament apporté par l'amendement de 1988 sur l'article 11 de la Constitution : « l'État autorise l'existence du secteur privé de l'économie […] sous sa direction, sa supervision et son contrôle ».

China Huarong, exécuté en janvier 2021[359]. L'autorité chinoise anticorruption, créée en 2018 pour aider Xi Jinping dans son opération dite mains propres a des pouvoirs illimités : elle est statutairement supérieure à la fois au parquet suprême et au tribunal suprême. Comme l'explique le professeur Willy Wo-Lap Lam, « cette dernière série de purges[360], déguisée en campagne anticorruption, permettra à Xi d'avoir un contrôle plus étroit voir absolu que les questions de nominations et de politique »[361]. De la même façon, le PCC avait fait disparaître plusieurs mois l'entrepreneur autodidacte à succès Jack Ma, avant de mettre en échec l'IPO de son groupe Ant, mettant ainsi un coup d'arrêt à sa starification internationale[362]. Ainsi, la lutte chinoise contre la corruption, associée à une politique régulatoire forte semble viser prioritairement le démantèlement du pouvoir systémique acquis par les géants technologiques, et le pouvoir personnel de leurs dirigeants[363]. Si la mission traditionnellement dévolue à la régulation, et plus singulièrement à la compliance est de renforcer la confiance dans les systèmes, ici, le caractère imprévisible et irrésistible des décisions du PCC inquiète au contraire les marchés. Certains observateurs dénoncent un droit volontairement foisonnant pour que la conformité y soit impossible[364].

La compliance comme contrôle populaire. Alors que la volonté affichée est celle d'une meilleure concurrence entre les acteurs du numérique et la sécurité des citoyens, la régulation permet également au PCC d'obtenir un accès direct aux données personnelles qu'ils gèrent. Marie-Anne Frison-Roche en a fait une figure repoussoir de l'évolution de la compliance pénale puis qu'elle apparaît très technique[365] et peu encline à intégrer des contrôles humains, qu'il s'agisse de juges ou de droits de l'homme. Entré en vigueur le 1er novembre 2021, le PIPL appelé « RGPD à la chinoise » apparaît en fait comme l'inverse du RGPD : si en Europe il prémunit contre les géants à commencer par l'État, en Chine c'est l'État lui-même qui en est le garant, et n'y est pas soumis. La transparence évite en effet la structuration de la

[359] Pour des sommes beaucoup plus importantes, puisqu'il était accusé d'avoir touché 215 millions d'euros de pots de vin.
[360] Avant le Congrès du PCC d'octobre 2022, qui reconduira Xi pour un troisième mandat, ce qui est inédit et « contraire aux règles non écrites ».
[361] « En Chine, Xi mène une purge anticorruption avant le congrès », *AFP*, 14 octobre 2022
[362] Avec un double contrôle : le régulateur de la concurrence et le régulateur financier. ZHONG Raymond, « With Alibaba Investigation, China Gets Tougher on Tech », *N. Y. Times*, 24 décembre 2020.
[363] Il n'y a pas de décentralisation du pouvoir possible : ZHONG Raymond et STEVENSON Alexandra, « Jack Ma Shows Why China's Tycoons Keep Quiet », *N. Y. Times*, 22 avril 2021.
[364] STRITTMATTER Kai, *Dictature 2.0 : quand la Chine surveille son peuple*, Tallandier, 2020.
[365] Marie-Anne Frison-Roche évoque « la passion du gouvernement chinois pour les techniques de la compliance »

société civile[366]. Selon Mao Lin, si les organisations structurées sont transparentes c'est avant tout à l'endroit du PCC : syndicats[367], associations d'avocats, chambres de commerce, associations religieuses, associations féministes[368].

Ainsi la Chine apparaît-elle comme un État de lois sans État de droit, ce qu'une compliance criminelle dépourvue de fondements pénaux peut très efficacement, mais très dangereusement, alimenter.

ii. Un outil d'affirmation géopolitique ?

Un modèle de compliance non-expansionniste ? Le pouvoir économique (sur lequel repose la compliance à l'américaine) étant peu à peu transféré vers l'Asie, on peut s'interroger sur l'influence à venir de la Chine, par la compliance, sur l'ordre international. Mais les vues expansionnistes prêtées aux Etats-Unis ne semblent pas s'appliquer au modèle chinois : « La Chine ne veut pas dominer le monde, elle veut être la première et surtout qu'on ne puisse pas lui imposer un système, la démocratie » expliquait son ancienne ambassadrice Sylvie Bermann[369]. Effectivement, la compliance occidentale apparaît comme un vecteur d'exportation de la démocratie libérale. Mais la Chine, en fondant la sienne sur le rôle de l'État pourrait ne pas avoir les visées internationales que porte une compliance par les marchés, voire à l'inverse construire son propre modèle pour échapper à celui de l'Occident. Elle proposerait ce faisant un modèle post-démocratique.

Les nouvelles routes de la Soie. Selon Bin Li, il serait « cynique » de voir une stratégie géoéconomique ou géopolitique dans les nouvelles routes de la Soie développées par la Chine[370]. La « Belt and Road Initiative » ou BRI est en effet une coordination politique volontaire axé sur les infrastructures (20 000km de voies ferrées), qui permet de développer

[366] Nous avons déjà évoqué l'opposition entre souveraineté et transparence : l'opacité est une condition d'existence.
[367] Par exemple, les négociations collectives sont remplacées par des consultations collectives, déplaçant l'accent de la confrontation vers l'harmonie selon ZHENG Aiqing, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, L'Harmattan, 2017.
[368] LIN Mao, « Les bouleversements de l'économie de la légalité dans la Chine contemporaine », *Droit Société*, 96, Lextenso, 2017.
[369] LORENZI Jean-Hervé, BOLLON Pierre et ZAJDENWEBER Daniel, « Entretien avec Sylvie Bermann, Ancienne ambassadrice de France en Russie, au Royaume-Uni et en Chine », *Risques*, 2022.
[370] BIN Li, « Les nouvelles routes de la Soie », *RED*, 2, Groupe d'études géopolitiques, 2021.

pragmatiquement une « culture de conformité de la BRI » spécifique, par opposition aux accords et investissement chargés de valeurs que les Etats-Unis et l'Europe réalisent. On pourrait toutefois y voir comme une version contemporaine du plan Marshall[371].

La Cour suprême de Chine a ainsi publié deux lignes directrices imposant la traduction des textes, un guichet unique et une nouvelle cour d'arbitrage : tout est fait pour rassurer les partenaires de la BRI.[372] La Chine veut une flexibilité et un pragmatisme optimaux, qui s'opposent certes à l'ordre univoque américain mais disent ne pas en proposer d'autre, contestant jusqu'à la prééminence de la règle de droit[373]. Elle crée ainsi à l'extérieur de ses frontières un appareil complet et cohérent d'enquête et de résolution des différends qui puisse inspirer confiance. Selon la Chine, ce modèle alternatif ne cherche pas à imposer autre chose que sa part de « power of discourse » [374] une expression qui dit à la foi le pouvoir et le droit à la parole[375]. S'il ne s'agit pas d'imposer un modèle, il s'agit bien de proposer une version voire une vision alternative.

L'efficacité comme source de légitimité. Comme évoqué en introduction, des trois sources de validité du droit, la compliance a détourné le curseur de la légalité positiviste et de la légitimité jusnaturaliste pour le tourner vers l'effectivité réaliste. Or dans ce champ, la Chine excelle plus qu'aucun autre, comme a pu l'illustrer l'épisode du Covid. A l'ère de la compliance, certaines opinions publiques occidentales semblent s'accoutumer à cette impressionnante effectivité. Elles semblent finalement donner raison à cette prophétie de John Stuart Mill : « uniformiser un peuple en faisant adopter par tous les mêmes maximes et les mêmes règles pour les mêmes pensées et les mêmes conduites. Voilà le fruit. Le régime moderne de l'opinion publique est, sous une forme non organisée, ce que sont les systèmes éducatif et politique chinois sous une forme organisée. Et, si l'individualité n'est pas capable

[371] D'autant qu'on aura du mal à croire à l'absence de recherche de tout impérialisme, puisque les deux raisons invoquées par l'auteur pour s'interdire toute vélléité de cet acabit sont la souffrance qu'a enduré la Chine sous l'iniquité américaine et la part importante de pouvoir prise par le privé. BIN Li, « Les nouvelles routes de la Soie », RED, 2, Groupe d'études géopolitiques, 2021.
[372] Cour populaire suprême, *Guidelines for courts to provide enhanced judicial services and guarantees for Belt and Road construction,* 9 décembre 2019.
[373] « Le rôle nécessaire mais encore marginal du droit caractérise la flexibilité maximale de la Chine dans l'édification de la BRI, qui contraste avec l'accent mis en occident sur la règle de droit ». Li Bin
[374] MULLER Wim, « The Power of Discourse: Doctrinal Implications of China's Normative Aspirations », in *Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de Droit International, Vol. 31 (2018)*, Brill Nijhoff, 2021.
[375] https://digichina.stanford.edu/work/lexicon-discourse-power-or-the-right-to-speak-huayu-quan/

de s'affirmer contre ce joug, l'Europe, malgré ses nobles antécédents et le christianisme qu'elle professe, tendra à devenir une autre Chine. »[376]

Jiang Shigong, professeur de droit à l'université de Pékin, conseiller du gouvernement chinois et apologète de Xi Jinping décrit l'avènement d'un « empire 2.0 », distinct de l'impérialisme traditionnel des Britanniques initialement et des Américains ensuite. Il considère en effet que la prétention occidentale au modèle westphalien de souveraineté s'est arrêtée aux discours puisque dans les faits un paradigme fondé sur les marchés et la pratique juridique universelle est par essence impérial[377]. Selon lui, les trois carences du libéralisme, l'inégalité économique, l'inefficacité politique et le nihilisme culturel conduiront la Chine à tenir le premier rôle dans l'élaboration d'une nouvelle forme d'empire.

On peut, à la suite d'Antoine Garapon y voir la fin de la « postulation de l'unité morale du monde » [378], qui se faisait sous l'impulsion américaine. Sans pour autant l'adopter, ce nouveau système, apparaît comme l'occasion de mettre en lumière les limites du paradigme qui semblait s'imposer. Cette alternative nous permet de dégager le quatrième degré de conformité, celui de la conformité des normes supranationales à l'idéal de justice, en considérant que leur formulation est loin d'être la seule.

[376] MILL John Stuart, *De la liberté*, Folio poche, 1990.
[377] « Comme c'est le cas des États-Unis lorsqu'ils combattent la corruption à l'étranger avec leur juridiction à long-bras et leurs sanctions économiques ». MALIK Matheo, « L'empire et l'ordre mondial selon Jiang Shigong », sur *Le Grand Continent* [en ligne], publié le 3 septembre 2022.
[378] GARAPON Antoine, « Les Nouvelles Routes de la Soie : la voie chinoise de la mondialisation », 2016.

c. La troisième-voie européenne d'une compliance sociale

Cette relativisation du modèle de compliance à l'américaine par le modèle chinois est l'occasion pour l'Europe de proposer le sien, sans plus rester sur une simple réaction défensive envers ses encombrants voisins. Ni économique, ni politique, le système de compliance européenne pourrait dépasser cette alternative en proposant une régulation par le social. Proudhon en 1840 défit le social ainsi : « relatif, par opposition à politique et économique, à l'organisation des groupes et des classes dans la société, à leur mode d'existence et à leur développement ». Cette « compliance *sociale* », pour poursuivre l'expression « civilian power »[379] du britannique Louis-François Duchêne, conseiller de Jean Monnet, nous paraît tout entier reposer sur le droit.

Le politologue Zaki Laïdi dans *La norme sans la force*[380] paru il y a trente ans, nous semble avoir eu l'intuition juste, celle de « la puissance normative ». Ce concept est en fait forgé par Richard Rosecrance : "Europe's attainment is normative rather than empirical…It is perhaps a paradox to note that the continent which once ruled the world through the physical impositions of imperialism is now coming to set world standards in normative terms." [381] Mais Zaki Laïdi le reprend pour expliquer combien « la puissance normative recherche la construction d'un ordre mondial fondé sur la légitimité des règles, la prévisibilité des comportements et surtout l'opposabilité des principes acceptés »[382].

Ainsi l'Europe, en bon élève de la lutte anticorruption[383], en « gardienne du multilatéralisme » pourrait proposer un système de compliance qui donne toute sa place au droit (i), et qui reposerait sur le prisme social (ii).

i. Vers un modèle de compliance pénale germano-romanique

Un nain politique. Contrairement aux deux autres régionalismes, l'Europe ne dispose ni d'une unité ni *a fortiori* d'une force politique. Michel Rocard la résumait ainsi « de grande

[379] DUCHÊNE Louis-François, « Europe's role in world peace », in *Europe Tomorrow: Sixteen Europeans Look Ahead*, Fontana, 1972.
[380] LAÏDI Zaki, « Chapitre 2. La puissance par la norme », in *La norme sans la force*, Presses de Sciences Po, 2008.
[381] ROSECRANCE Richard, « Paradoxes of European Foreign Policy.The European Union », European University Institute, 1997. p.22
[382] LAÏDI Zaki, *op. cit.* p.55
[383] Avec une moyenne de 66/100, l'Europe est consacrée par l'indice Transparency comme la région du monde la plus vertueuse en la matière.

ambition politique, l'Europe en a été réduite à n'être plus qu'un espace juridique ». Or, nous avons prouvé au cours de cette partie que le juridisme était désormais insuffisant : la compliance ne peut être menée à bien sans une véritable volonté politique. D'où cette double question que soulève Dominique Coujard : « un nain politique peut-il générer un vaste espace juridique ? Un géant économique a-t-il intérêt à la création d'un tel espace ? ». L'Union européenne pourrait saisir cette opportunité de ne pas avoir de système politique préexistant pour envisager un fondement sur le politique, plutôt que sur la politique, c'est-à-dire sur la découverte de buts sociétaux communs, plutôt que sur la stratégie nationale.

Une compliance par le droit. L'Europe est la seule puissance à disposer d'un Parlement transnational. C'est par ce prisme qu'elle peut construire au-delà des partis pris politiques un projet commun. A l'invitation de diverses initiatives dont le rapport du Club des juristes « Pour un droit européen de la compliance », l'Union européenne s'attache enfin à harmoniser par des directives les législations anticorruptions des États-membres. La proposition de directive anticorruption publiée le 3 mai 2023 est un signe encourageant tant le modèle proposé est équilibré, et associe résolument la responsabilité pénale au paradigme de la compliance, en tenant compte dans la procédure pénale, défavorablement comme favorablement, des plans de conformité des entreprises. On doutera toutefois qu'elle puisse être votée avant le renouvèlement du Parlement en juin 2024, et on redoutera alors que l'assemblée suivante ne l'oublie dans les limbes tant la force de ses dispositions risque de contrarier certains opportunismes nationaux[384].

Finalement, en préférant prévenir à guérir, la compliance à l'européenne pourrait être un modèle inspiré du droit social. A la fois très pragmatique et très prétorien, capable de penser les systèmes et tout en inscrivant les droits individuels en leur sein, le droit social suit en effet une logique similaire à la compliance[385]. C'est semble-t-il le parti suggéré par l'AFA et le PNF qui, en ouverture de leur guide commun sur l'enquête interne en font moins la transposition de l'enquête judiciaire que l'évolution du droit social.

ii. Une compliance par le prisme social

[384] En effet, la compliance est certes déterritorialisée et désétatisée comme on l'a vu, mais pas dénationalisée : or le sentiment d'appartenance à l'Europe y est encore faible.
[385] Étude annuelle CCass 2018 p.84.

Le prisme social. Le prisme social pourrait se définir grâce à Tocqueville comme une conception à la fois libérale et associative, c'est-à-dire une préservation des libertés fondamentales associée à la reconnaissance d'un accomplissement par la communauté. Le point commun entre le droit social des employés, les données personnelles, les réseaux sociaux et l'environnement, c'est précisément qu'ils cherchent tous à préserver un équilibre entre les droits des personnes et le bon développement d'un système.

La compliance européenne sociale peut trouver un fondement légal sur l'article 3.3 du TUE (Traité de Maastricht) : *« L'Union établit un marché intérieur. Elle œuvre pour le développement durable de l'Europe fondé sur une croissance économique équilibrée et sur la stabilité des prix, une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social, et un niveau élevé de protection et d'amélioration de la qualité de l'environnement ».*

« L'Europe est exemplaire d'un droit nouveau dont elle porte le modèle »[386] expose Marie-Anne Frison-Roche, mettant au sommet de ses buts monumentaux la personne. Nous la suivons volontiers s'il ne s'agit pas là de l'individu mais bien de la personne, car ce ne sont pas les droits individuels qu'il faut que l'Europe prenne en charge, mais bien les droits fondamentaux.

Le Règlements RGPD[387], DSA et DMA[388] sont autant d'exemples de l'excellence européenne en matière de régulation des systèmes. Mais ce qui y est intéressant c'est que le droit vient y limiter l'emprise du système, à rebours de l'intérêt économique comme de l'intérêt politique : ni les GAFAM d'un côté ni les BATX de l'autre n'orientent ainsi leur régulation. Le droit à l'oubli, consacré par la CJUE à l'encontre de Google, en est un exemple fondateur[389]. En imposant au puissant moteur de recherche

L'exemple-phare de l'incrimination du harcèlement. L'infraction de harcèlement systémique est à la fois éminemment pénale, éminemment sociale et éminemment tributaire du paradigme de la compliance. Or, c'est l'Europe qui initie l'infraction de harcèlement moral, et particulièrement la France, en la rendant pénalement répréhensible par la loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002, avant que la Belgique et le Québec cette même année, puis de

[386] FRISON ROCHE Marie-Anne, « L'aventure du Droit de la Compliance », *Recl. Dalloz*, 2020.
[387] Règlement (UE) 2016/679 dit Règlement général sur la protection des données.
[388] Règlement (UE) 2022/2065 sur les services numériques, et Règlement UE 2022/1925 sur les marchés numériques
[389]

nombreux autres pays, emboîtent le pas[390]. La France en particulier a un rôle à tenir. L'affaire du siècle sur l'écologie peut être un exemple, mais également la condamnation de France Telecom pour harcèlement institutionnel. Si les processus de restructuration qu'a connu le Royaume-Uni néolibéral avec par exemple British Telecom ont produit les mêmes politiques managériales et les mêmes vagues de suicide, les retombées juridiques, sociales et politiques y sont restées particulièrement circonscrites. Désormais, comme le remarque Sarah Waters qui constate le « retentissement considérable sur la scènes internationale et surtout au Royaume-Uni » du procès France Télécom, « cela a notamment permis aux chercheurs et syndicats de s'opposer aux affirmations fallacieuses des autorités britanniques, selon lesquelles les suicides sont trop subjectifs, complexes et polymorphes pour entrer dans le champ d'une régulation, et que les employeurs ne peuvent être tenus responsables du suicide de leurs employés »[391].

Vers un leadership européen sur l'environnement. L'environnement apparaît par définition comme le plus radical des systèmes. Sans doute serait-ce alors à la compliance de le prendre en charge, plutôt qu'à des droits aussi multiples que morcelés. La maille européenne y est d'ores et déjà particulièrement active puisque 80% de la législation française en matière d'environnement est d'origine européenne. Et l'article 191 du TFUE organise la "promotion, sur le plan international, de mesures destinées à faire face aux problèmes régionaux ou planétaires de l'environnement, et en particulier la lutte contre le changement climatique".
Nous pouvons préconiser des moyens de lutte similaire à celle contre la corruption d'agent public étranger et le blanchiment car on retrouve les mêmes caractéristiques essentielles : il est porté atteinte à un système, le pays d'origine de l'infraction peut en tirer profit, les conséquences peuvent être invisibles. Il conviendrait alors de déployer la puissance normative de l'Europe dans le champ environnemental[392], pour faire émerger « un ordre public environnemental européen » selon les mots de Frédéric Baab. Prenant au mot l'intitulé de la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 « relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée », une CJIP environnementale européenne pourrait y contribuer.

[390] LEROUGE Loïc, « Le jugement France Télécom : contribution à l'étude de la démonstration juridique fondant l'incrimination pénale de "harcèlement moral institutionnel" », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021.
[391] WATERS Sarah, « Réfléchir à la portée du procès de France Télécom au Royaume-Uni », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021.
[392]LAÏDI Zaki, « Chapitre 2. La puissance par la norme », in *La norme sans la force*, Presses de Sciences Po, 2008.

Conclusion de section :

La compliance a radicalement fait muter la source de la responsabilité pénale en reléguant le législateur étatique qui avait, en droit, le monopole de son édiction. Si ce déclin légaliste est attesté depuis longtemps, la compliance paraît l'avoir catalysé dans le champ pénal. Toutefois, pour reprendre la distinction chère à Mireille Delmas-Marty, si l'amoindrissement de l'État est patent devant le recul incontestable des territoires, du concept de souveraineté et devant la contestation des fonctions régaliennes, nous sommes loin d'un affaiblissement de l'État tant la politique et la géopolitique y jouent à plein.

Côté politique, le système paraît plus centralisé que jamais sur l'Exécutif, sur son administration et sur ses ministères, mettant ainsi à profit la compliance pour optimiser la responsabilité pénale de ses entreprises, au risque d'affaiblir l'État de droit devant la raison d'État et d'alors faillir à la conformité aux degrés supérieurs : les règles transnationales et l'idéal de justice. Si d'autres incarnations survivent en particulier celle du juge et celle du procureur, de sorte qu'on puisse parler d'un passage du législateur au jurislateur, il est nécessaire de protéger et développer le rôle fondamental des parlementaires. Ils doivent pouvoir garder l'initiative de cette délégation de l'édiction de la norme en amont, et pouvoir en surveiller la bonne application en aval. Une meilleure reddition de comptes des autorités administratives indépendantes, un développement des auditions et enquêtes parlementaires ainsi que la publication du verbatim des commissions mixtes paritaires devraient pouvoir y contribuer.

Côté géopolitique, la compliance paraît avoir organisé une *summa divisio* des grands systèmes juridiques qui ne se ferait plus entre *common law* et *civil law*, mais entre compliance par l'économie à l'initiative des Etats-Unis, par le politique à l'initiative de la Chine et par le social à l'initiative de l'Europe. La mission de l'Europe est alors de faire pièce aux logiques systémiques, en cultivant par principe le multilatéralisme, en équilibrant l'individualisme et le communisme par une socialisation libérale, et en retenant la ferveur de la compliance par le garde-fou du droit.

Au-delà de sa seule puissance normative qui apparaît ici contestée, le droit pénal devrait miser sur sa puissance narrative forte, et la faire prospérer par le champ de la compliance[393].

[393] On peut penser ici au PNF qui pourrait utilement satisfaire le besoin d'incarnation manifesté par l'opinion en s'adonnant à une incarnation institutionnelle plutôt que personnelle. L'adoption d'un logo pourrait être une

Entre le pôle économique préempté par les Etats-Unis et le pôle politique appréhendé par la Chine, si l'Europe veut peser, elle doit exploiter beaucoup plus activement sa légitimité narrative socio-environnementale. Contrairement à ses voisins, l'Europe bénéficie d'un crédit de légitimité considérable et peut donc compter sur les six vecteurs du soft-power[394] : la contagion (par les nombreuses migrations, de travail comme de tourisme), l'information (par une bonne communication stratégique), la procédure (par la force de ses institutions), le transfert (par sa puissance marchande), la présence (par la qualité de sa diplomatie) et la culture (par son rayonnement international).

Au début de ses *Etudes philosophiques*[395]*,* Etienne-Charles Frogé citait le médecin légiste Claude Bruaire[396] : « le droit n'est pas nécessairement écrit dans la loi promulguée, et l'héritage d'Antigone demeure l'éthique correctrice du politique ». En mettant en évidence les carences de la loi positive, en rendant forte l'incarnation politique, et en intensifiant les recours à la fondamentalisation du droit, la compliance européenne répondrait de cette logique, de sorte qu'à rebours de l'attendu, la compliance redonnerait une place à l'éthique au sein de la responsabilité pénale.

Il nous faut désormais envisager les sources non publiques de la responsabilité pénale, celles permises par l'entreprise et par l'expertise.

première étape à cette identification – affirmation, à notre sens indispensable à la puissance narrative du droit pénal.

[394] Tels que dégagés au sujet de l'abolition de la peine de mort par MANNERS Ian, « Normative Power Europe: A Contradiction in Terms? », *JCMS J. Common Mark. Stud.*, 40, 2002.

[395] FROGÉ E.-C., « Le Droit Tient-Il L'éthique En L'état ? », *Études Philos.*, Presses Universitaires de France, 1988.

[396] Encore une fois, la compliance nous ramène à ses origines médicales.

Section 2. La privatisation des sources de responsabilité pénale par la compliance

Prenant ses distances avec le positivisme légaliste à la Kelsen, l'éclatement des sources de la compliance manifeste un pluralisme juridique, et ce jusque dans le champ pénal, de sorte qu'il n'est plus exclusivement le produit explicite des institutions. Depuis Santi Romano et son célèbre ordre juridique[397], tout groupe social organisé apparaît comme un foyer de création du droit, au premier rang desquels l'entreprise. Et dans ce contexte, la compliance semble porter le phénomène de « découplage entre le droit et les institutions publiques » à son paroxysme, en l'appliquant également au droit pénal.

Deux grandes familles d'acteurs privés prennent ainsi le relais du législateur national dans l'écriture du cadre répressif de la compliance : les entreprises et les experts. Le droit pénal apparaît en effet confronté à une double difficulté, une double technicité : la nature complexe des justiciables[398] et la spécificité de leurs infractions. C'est ici sans doute que réside tout l'écart entre le droit pénal à proprement parler et la compliance pénale : la coopération du sujet à sa propre régulation.

En demandant aux acteurs économiques non plus de s'abstenir de commettre des infractions mais de prendre part activement à leur propre mise en conformité, les autorités publiques en ont fait des co-régulateurs. Pour autant, si cette implication dans la création de la norme est l'essence-même de la compliance, elle pose radicalement le problème du conflit d'intérêts. Le risque d'instrumentalisation était déjà prégnant à l'échelle des intérêts politiques, il devient encore plus patent dans le secteur privé, qu'il s'agisse des entreprises ou des experts. C'est cette ligne de crête cherchant à fonder la défense de l'intérêt général par l'explicitation des intérêts catégoriels qu'il nous faut à présent définir, en abordant d'abord la privatisation de la norme pénale par l'entreprise (A), puis par l'expertise (B).

A. La privatisation de la norme pénale par l'entreprise

Nous avons pu étudier cet amoindrissement de l'État, constatant que le repli sur le modèle souverainiste n'était plus guère réaliste. L'État se retirant bon gré mal gré de

[397] ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Dalloz, 2002.
[398] Le droit pénal connaît la personne physique, mais il peine à appréhender la personne morale. Il reconnaît cette difficulté en lui demandant de participer.

l'organisation d'une vie économique devenue particulièrement complexe, les agents eux-mêmes, au-delà des organisations internationales économiques, se font associer à l'élaboration de la règle juridique. Il s'agit, pour la compliance, d'accroître l'adaptation et donc l'efficacité des normes, mais au-delà, de faire de l'efficacité un nouveau vecteur de légitimité, une fois contestée celle formaliste du législateur national.

Mais l'efficacité se distingue des deux autres sources de validité de la norme pénale justement en ce qu'elle n'est pas déterminée unilatéralement par l'émetteur, source formelle ou naturelle, mais également par le récepteur[399], de sorte qu' « ainsi il n'y a plus de différence entre le texte et son interprétation, puisque le processus participe de la formation de la norme ».[400]

A la faveur de la mondialisation, l'État lui-même « reconnaît une parcelle d'autorité » aux sujets de droit privé, selon l'expression du professeur Jacques Chevallier[401], lui permettant de garder un temps encore la responsabilité du cadre. Des auteurs ont ainsi pu mettre en évidence combien le transfert du poids et du coût du contrôle sur les entreprises au fondement de la conformité permettait finalement aux États de « recouvrer indirectement, de façon médiate, la souveraineté qu'ils avaient perdue sur ces entreprises ».[402] Aussi irions-nous vers un « droit collaboratif »[403] où il serait « vain d'opposer un droit de l'État et un droit spontané »[404].

La définition de l'entreprise par le droit a toujours été complexe, et nous y reviendrons, mais plusieurs auteurs contemporains se sont accordés à la définir assez radicalement comme un ordre juridique privé, parallèle à l'ordre juridique étatique, avec un système de production de règles et l'application de sanctions propres.[405]

Cet ordonnancement juridique que la grande entreprise élabore sur elle-même et ses parties prenantes (1) trouve ensuite à s'exporter, lui donnant alors toute son envergure (2).

---

[399] TISMIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Presse universitaire de France, 1997.
[400] BERNHEIM Emmanuelle, « Le "pluralisme normatif" », *Rev. Interdiscip. Détudes Jurid.*, 67, Presses de l'Université Saint-Louis, 2011.
[401] CHEVALLIER Jacques, *L'État post-moderne*, LGDJ, 2017.
[402] GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, Numéro 165, Commentaire SA, 2019.
[403] KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Pedone, 2016.
[404] TISMIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Presse universitaire de France, 1997.
[405] Santi Romano puis Antoine Lyon-Caen, cités par RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.282

1. L'édiction de la norme pénale par l'entreprise pour elle-même

Même lorsqu'il perd l'initiative, l'État autorise cette appropriation jusqu'à l'autonomisation parce que l'entreprise est compétente et forte (elle sait ce qu'est une norme et a l'autorité pour l'appliquer), parce qu'elle compense les défauts naturels de l'État (par exemple sa limitation territoriale et son aléa politique) et enfin parce qu'elle est elle-même une communauté, et doit être protégée comme participant de l'intérêt général.

A un premier niveau, l'entreprise transpose en interne les règles que le droit national a prévu pour elle et ses parties prenantes (a). A un deuxième, elle prend l'initiative d'élaborer en son sein des règles quasi-pénales, pour ses collaborateurs mais pour sur elle-même (b). Au troisième niveau enfin, elle exerce en interne une véritable délégation de l'autorité pénale (c).

a. La transposition du droit pénal par l'entreprise

L'appropriation des règles par l'entreprise constitue d'autant plus sûrement une privatisation (i) qu'elle les double d'une managérialisation (ii).

i. L'appropriation du droit pénal par les procédures de conformité

L'entreprise auxiliaire de justice. C'est l'objet-même de la compliance que de faire peser sur l'entreprise la politique pénale de prévention[406]. Aussi consiste-t-elle une forme de méta-droit en imposant aux entreprises d'imposer à leur collaborateurs les règles définies par les autorités. L'AFA réalise ainsi une prescription qu'on pourrait dire méta-répressive puisqu'elle les fait sous forme de recommandations dépourvues de force obligatoire, auxquelles l'entreprise donnera elle une portée réellement coercitive, notamment par l'intégration à son code de conduite[407].

[406] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020.
[407] « Les présentes recommandations ne créent pas d'obligation juridique pour ceux à qui elles s'adressent. Les organisations mentionnées au paragraphe 7 sont libres d'adopter d'autres méthodes, sous réserve que leur mise en œuvre permette de se conformer à la loi ». Reco AFA point 8, p.3

C'est le SCPC, Service central de prévention de la corruption, qui en a produit la première mouture en 2014, dans un texte qui donnera l'article 17 de la loi Sapin 2[408]. Cependant, le Conseil d'État interviendra pour demander à remplacer l'intitulé « lignes directrices » par « recommandations », manifestant toute l'ambiguïté de cet instrument dont on ne sait s'il est directif au sens de l'orientation ou au sens de l'injonction[409].

Une appropriation des règles. Cette internalisation du droit pénal constitue véritablement une privatisation puisqu'elle va, à la demande-même du législateur, jusqu'à l'appropriation[410]. Cette logique d'appropriation au sens de déclinaison suivant la nature de l'agent n'est pas nouvelle dans les lignes directrices ou la soft law, mais l'est en revanche dans le droit dur, dont l'article 17 de la loi Sapin 2 offre une illustration en précisant que les piliers doivent se décliner en fonction des risques propres à l'activité de chaque entreprise[411].

L'association des fonctions opérationnelles et juridiques. En faisant en sorte que les règles juridiques au sein de l'entreprise ne soient plus seulement affectées au succès de sa gestion opérationnelle, la compliance conduit l'entreprise à prendre part à l'ordre pénal.

L'appropriation pour rationnaliser. On peut finalement voir la conformité en entreprise moins comme une nouvelle strate, une démultiplication des normes qui s'imposent à elle (« une loi au carré »), mais au contraire comme un ordonnancement, une rationalisation. Cette appropriation constitue finalement l'occasion de rendre la prolifération normative plus intelligible, et de l'associer ensuite aux outils de gestion traditionnelle, autant pour la rendre effective que pour en limiter la prolifération.

ii. La managérialisation du droit pénal par le code de conduite

Le terme détone, parce qu'issu de la gestion de l'action publique, mais on pourrait légitimement s'interroger sur le point de savoir si la compliance entretient une différence de

[408] Rapport annuel du SCPC 2014
[409] Le « guideline » anglais dont il est issu donne plutôt le sens de l'orientation, mais on ne saurait s'y arrêter tant culturellement ce droit indicatif peut-être impératif.
[410] GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, Numéro 165, Commentaire SA, 2019.
[411] article 17 de la loi Sapin 2, II, 3°

degré avec la managérialisation observée dans l'action publique notamment via le « new public management »[412], ou s'il s'agit véritablement d'une nature différente.

Le code de conduite. Pièce maîtresse du dispositif de conformité selon la loi Sapin 2, le code de conduite offre une parfaite incarnation de cette gradation de la privatisation du droit pénal par l'entreprise.

A l'origine, la compliance peut être résumée en une transposition en interne de la règle pénale[413]. Le métier du compliance officer consistant à transposer la norme pénale pour la rendre opératoire, est d'autant plus nécessaire que le métier de pénaliste est absent des grandes entreprises, préférant externaliser systématiquement ces problématiques. Ainsi, le code de conduite, annexé au règlement interne pour être opposable au salarié[414], déconstruit la loi pénale pour la traduire en règles managériales.

L'affirmation de sa portée normative. L'ambiguïté des termes est signifiante, sinon volontairement entretenue : le « code de bonne conduite » tel qu'issu de la tradition de « code of best pratices » qui actait une pratique plutôt qu'en imposait une, est devenu le « code de conduite », finalement appelé « le Code » à l'intérieur de l'entreprise[415].

Par son arrêt du 31 mars 2021, la chambre sociale de la Cour de cassation a acté sa force réglementaire propre en confirmant le licenciement d'un salarié pour avoir reçu des cadeaux d'un prestataire de l'entreprise : « un motif tiré de la vie personnelle du salarié peut justifier un licenciement disciplinaire s'il constitue un manquement de l'intéressé à une obligation découlant de son contrat de travail », en l'espèce le respect du code de conduite annexé au règlement intérieur[416].

La relativisation de sa portée normative. Ces règles sont appelées à équilibrer celle au fondement-même de l'entreprise et du contrat de travail : le développement des affaires. Aussi doivent-elles exposer que « la conséquence commerciale défavorable ne peut être sanctionnée », même si toute la difficulté réside bien là pour l'opérateur. En effet, devenue réciproquement managériale dans une entreprise qui souhaite légitimement traduire l'ordre

[412] PETERS B. Guy, « Nouveau management public (new public management) », in *Dictionnaire des politiques publiques*, Presses de Sciences Po, 2014.
[413] Ce que nous avons identifié comme le deuxième degré de conformité, le premier étant l'observation de cette règle par les collaborateurs de l'entreprise.
[414] Celui d'EDF comprend une cinquantaine d'occurrences du mot « sanction ».
[415] On trouve notamment cette dénomination, sans complément et avec la majuscule dans le Code de conduite d'EDF.
[416] Cour de cassation, 31 mars 2021, nº 19-23.144.

social dans son ordre interne, la norme pénale perd son surplomb et se trouve ainsi concurrencée par les autres normes managériales. Ainsi peut-on à la suite de Franck Aggeri faire du « dieselgate » le parangon de ce conflit « entre des normes environnementales, matérialisées dans les entreprises par des procédures de mesure des émissions atmosphérique […] et des normes managériales de performance imposées par la direction de l'entreprise »[417] !

b. L'élaboration interne de droit pénal par l'entreprise

A un deuxième niveau, l'entreprise génère elle-même des règles répressives qui, si par hypothèse ne peuvent être formellement pénales, en revêtent en revanche les attributs et en produisent les effets.

En son sein et sur ses parties, les guides conflits d'intérêts offrent une illustration particulièrement frappante de cette élaboration interne de droit pénal tant ils s'appliquent à la matière et en adoptent le fonctionnement (i). Mais au-delà de règles répressives envers ses collaborateurs et parties prenantes, l'entreprise est aussi capable de s'en imposer à elle-même ; c'est la logique des engagements unilatéraux (ii).

i. Sur ses parties prenantes : la gestion des conflits d'intérêts

L'entreprise devançant le droit. Tant pour sa bonne gestion que pour se mettre en conformité avec des règles issues du commerce international ou appliquées par extraterritorialité, l'entreprise édicte elle-même des règles répressives. Non seulement ces dispositions ne sont pas prévues par le droit interne mais peuvent même y contrevenir, le temps en tout cas pour celui-ci de s'adapter aux standards réglementaires internationaux que l'entreprise, soumise à d'autres ordres normatifs, a pu devoir adopter par avance. Ainsi, avant que le droit interne français, particulièrement rétif par acquis historique, établisse un régime pour la réception et le traitement des alertes, les entreprises internationales disposant d'un

[417] AGGERI Franck, « Chapitre 3. La gouvernementalité chez Foucault », in *Philosophie et outils de gestion*, EMS Editions, 2021.p.68

whistleblowing system se trouvaient en contradiction voire en infraction avec le régime de protection des données personnelles[418].

L'adoubement de l'incrimination des conflits d'intérêts. Dans une sorte de mimétisme fréquent en compliance, l'entreprise remplace le devoir de probité qui fonde la gestion des conflits d'intérêts de l'agent public, par le devoir de loyauté pour y fonder là aussi une telle gestion. Or, contrairement à un agent, l'employé ne met pas en balance son intérêt privé avec l'intérêt général, mais deux intérêts privés, le sien contre celui de l'entreprise. Cependant, les pouvoirs publics ratifient cet encadrement privé car il va effectivement dans le sens d'une logique d'intégrité, il est utile à la prévention et à la détection de véritables infractions, et il ratifie une conception de l'intérêt de l'entreprise comme participant de l'intérêt général.

Le fondement discutable de la loyauté. Ce faisant, l'entreprise crée véritablement du droit répressif, en ce que le droit pénal ne sanctionne pas a priori le conflit d'intérêt (mais bien son abus), tandis que l'entreprise si. Le seul fait de poser un risque par la situation de conflit d'intérêt, c'est-à-dire hors de tout abus, suffit à caractériser la faute grave, au nom du défaut de loyauté causé par sa dissimulation[419] !

Son fondement est établi par l'entreprise dans une déclinaison privée de la morale : la loyauté, tirée du contrat de travail. Mais on peut contester la portée absolutiste qui est donnée à ce principe, par exemple dans le guide conflit d'intérêt d'EDF : « le devoir de loyauté constitue le principe fondamental à observer dans toutes les situations »[420]. En effet, ce principe peut se trouver en concurrence avec une règle juridique, et ce sera même le cas à chaque fois qu'une action illégale sera suggérée à un salarié.

Cependant en l'espèce, le Groupe se montre conscient de la portée d'une telle réglementation privée : il demande d'éviter d'être « attentatoires à la vie privée et aux libertés individuelles ». (p.5), prône une « transparence sans excès » (p.6), et invite à des mesures « proportionnées à la finalité recherchée » (p.12).

[418] On peut prendre l'exemple de McDonalds France qui en mai 2005 a vu sa demande rejetée par la CNIL au motif que cela conduisait à « un système organisé de délation professionnelle », «disproportionné au regard des objectifs poursuivis » et que « d'autres moyens prévus par la loi existent d'ores et déjà afin de garantir le respect des dispositions légales et des règles fixées par l'entreprise ». « Rapport du service central de prévention de la corruption », Ministère de la Justice, 2011.
[419]Cour d'appel de Paris, 22 mai 2014, n° 12/05073.
[420] *Guide conflits d'intérêts Groupe EDF*, 2021, p.5

Les entreprises ont compris que la loi n'était pas seulement un mode de gouvernance mais aussi un mode d'association, c'est-à-dire pas seulement un instrument normatif mais un ferment communautaire[421]. En créant du droit interne, ce n'est pas seulement pour atteindre l'objectif de la loi, mais également pour fédérer une communauté autour d'elle.[422] Dissiper les intérêts autres que ceux du contrat de travail est donc d'un intérêt tout particulier pour l'entreprise.

ii. Sur elle-même : les engagements volontaires des entreprises

La participation volontaire à l'ordre public. Les entreprises sont aussi à elles-mêmes une source de droit répressif. Elles prennent part volontairement à l'ordre public par des engagements unilatéraux. C'est une initiative de l'entreprise, qui ce faisant n'applique pas une prescription externe. Cependant l'État intervient *in fine* pour lui imposer de s'appliquer la règle promise. si la motivation commerciale est toujours prégnante, elle ne saurait constituer la motivation exclusive de cet engagement volontaire.

La vigilance du droit de la consommation. Si le juge pénal oppose aux entreprises leur propre cohérence, c'est certes pour faire respecter une forme d'ordre public, mais surtout plus radicalement afin de ne pas réduire l'énoncé de règles à de pures annonce marketing[423].

C'est dans cette perspective que le droit de la consommation, cette « petite porte du pénal », propose un dispositif particulièrement sévère envers les entreprises, afin de protéger les consommateurs contre les puissants distributeurs, et afin de compenser le déséquilibre d'information entre les parties. C'est à ce double titre qu'on l'observe devenir un vecteur majeur de cette vigilance partout dans le monde. On peut citer sur le fondement de la publicité mensongère, l'arrêt de la cour suprême de Californie Kasky c. Nike dès 2002, ou en France la filiale du géant coréen Samsung mise en examen en 2019 par le juge Renaud Van Ruymebeke à la suite d'une plainte déposée par les ONG Sherpa et ActionAid-Peuples solidaire. Celle-ci a

[421] Gerald Postema, comme vu précédemment au sujet de la Chine.
[422] Par exemple p.8 du *Guide conflit d'intérêts* EDF : « Discuter au sein du collectif de travail sur les situations à risque, susciter l'éahcnge et les interrogations auour des risques de l'entité »
[423] CLAUDE Ophelia, AMATI Salomé Business & Human rights, le risque de la responsabilité pénale : à propos des engagements éthiques et des pratiques commerciales trompeuses, RICEA avril 2021

finalement été condamnée pour pratique commerciale trompeuse, fondée sur le caractère mensonger de l'allégation affichée de « l'une des entreprises les plus éthiques du monde »[424].

Le respect de la nature-même du droit. Au-delà de son efficacité, le droit de la consommation se trouve convoqué en droit des affaires afin de sanctionner la sacralité de la norme elle-même. C'est l'explication que l'on peut donner à l'arrêt de la Chambre criminelle du 15 décembre 1992 sur la condamnation d'un boulanger qui se prévalait d'une charte alors qu'il utilisait de la pâte congelée[425]. Si la condamnation pénale a été admise, c'est parce que, au-delà de l'atteinte aux consommateurs, il portait atteinte à la confiance publique dans le système de charte lui-même[426].

L'entreprise participante de l'administration. Plus largement, c'est l'adage latin *patere legem quam (ipse) fecisti*, soumets-toi à la loi que tu as toi-même faite, qui se trouve ainsi appliqué. Ce précepte formulé pour soumettre l'administration au droit est tenu par certains auteurs comme le fondement-même de l'État de droit[427]. L'entreprise se voulant participante de l'ordre public, elle se retrouve assimilée à une forme d'administration, et donc à sa règle fondamentale. L'analyse devra toutefois se garder de détacher les engagements volontaires et les pratiques de mécénat des objectifs commerciaux de l'entreprise. Nombreux sont les commentaires qui en font une porte vers la responsabilité publique de l'entreprise, nous la refermons fermement[428].

c. L'exercice interne du droit pénal par l'entreprise

[424] PERIN JL et PASCAL H., RJSP 2020
[425] Crim. 15 décembre 1992, Bull. crim. n°420
[426] WESTER-OUISSE Véronique, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 2000.
[427] SEILLER Bertrand, *Droit administratif*, Flammarion, 2023. p.20 : « l'État de droit est, pour simplifier, une illustration de l'adage altin tu patere legem quam ipse fecisti (« soumets-toi à la loi que tu as posée ») ».
[428] Ainsi l'étude allemande "FLOHR Annegret, RIETH Lothar, SCHWINDENHAMMER Sandra *et al.*, *The Role of Business in Global Governance*, 2010. » qui va jusqu'à rendre les consommateurs et les entreprises responsables de la fin de l'apartheid en Afrique du Sud (p.41) repose-t-elle uniquement sur les entreprises « B2C », celles qui s'adressent à un consommateur final auquel le lecteur et électeur peut s'identifier. Ainsi Nike et Starbucks sont les deux entreprises les plus souvent citées par l'ouvrage, mais on peut douter qu'elles soient plus décisives que des entreprises moins visibles mais plus structurantes, de l'industrie lourde, du transport ou des infrastructures. Ces analyses ratifient volontiers la tendance au micro-green ou pink washing le plus élémentaire, comme un changement de logo au mois de juin pour « rainbowiser » une image.

A un troisième niveau, c'est l'autonomisation, détachée de l'habilitation légale. Affranchie du regard de l'État, l'entreprise tente de prouver qu'elle peut définir, remplir et sanctionner elle-même les buts satisfaisant un ordre public prospectif plus grand que celui, positif, de l'administration. L'autonomisation consacre un ordre détaché, autogéré, produisant lui-même non seulement ses normes mais sa procédure, étape ultime de la privatisation d'une part du droit pénal.

i. L'internalisation des enquêtes

Peut-être plus encore que le droit substantiel, l'édiction en interne d'une véritable procédure pénale rend compte de la mesure suivant laquelle l'entreprise participe à l'élaboration du droit pénal.

Des investigations internes variées. La compliance semble requérir que le linge sale soit lavé en famille. Pour le régulateur il s'agit d'anticiper les infractions et d'inciter l'entreprise à les traiter dès l'origine, pour les entreprises il s'agit de conserver la main sur des infractions avant qu'elles ne soient dévoilées au régulateur ou à la place publique. Il y a d'un côté les enquêtes internes diligentées à la demande des autorités, de l'autre celles résultant du dispositif d'alertes interne imposé par la loi Sapin 2. Les deux sources sont amenées à se confondre, par le biais notamment de l'autorévélation, mais les dispositifs d'alerte interne, encore jeunes en France, restent pour l'instant essentiellement des régulateurs de l'application des procédures concernant des faits bénins et isolés[429].

Pour ce qui est de l'enquête interne à la demande des autorités, celles-ci trouvent dans ce dispositif de coopération un interlocuteur unique et plénipotentiaire, ainsi qu'un calendrier clair. Si la procédure est coûteuse et permet peu de marge de pilotage, elle dégage en revanche l'horizon, permettant à l'entreprise d'être plus vite fixée sur son sort. Les enquêteurs du département compliance, les auditeurs internes, et les cabinets externes endossent le rôle d'auxiliaires de justice, mais avec la performance des méthodes de l'entreprise[430]. On assiste

[429] Dans leur écrasante majorité, ces « alertes » relèvent de formes de harcèlement et sont traitées par les départements de ressources humaines plutôt que par la direction de la compliance, la direction juridique, la direction des risques ou de l'audit.
[430] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. p.9

ainsi à « une unification culturelle » alimentée par le passage croissant d'anciens régulateurs vers les cabinets d'avocats et de conseil[431].

Un dispositif d'alertes opportun. Pour ce qui est du dispositif d'alerte, l'entreprise initie à chaque réception une enquête interne qui imite scrupuleusement la séquence de la procédure judiciaire : analyse de la recevabilité, lancement des investigations, décision de non-lieu ou de sanction[432]. Faute de cadre normatif adéquat, c'est d'ailleurs à l'entreprise elle-même de se charger de le composer, à partir du droit pénal, de la procédure pénale, du droit social et de la CEDH[433]. Si l'entreprise se conforme de très bonne grâce à cette nouvelle charge, c'est non seulement parce que le système d'alerte interne constitue une internalisation du risque, ainsi géré à la fois en amont et en interne, mais également une mine d'informations stratégiques sur de nombreux signaux, plus ou moins faibles, jusque-là dépourvus d'indicateurs[434].

Le régime disciplinaire. Ultimement, c'est le régime disciplinaire qui incarne ce transfert de la responsabilité du pénal vers l'entreprise[435]. Certains auteurs tentent de dégager une « jurisprudence des entreprises »[436]. Puisque les entreprises exercent une fonction juridictionnelle, il n'apparaît pas impensable qu'elles puissent, une fois dégagée du critère organique, trouver une formulation qui oriente les décisions de leurs semblables.

Si le temps mis par le législateur à sécuriser ces procédures peut inquiéter, tant les salariés risquent de voir leurs droits bafoués dans des procédures para-pénales expéditives voire instrumentalisées, on peut aussi y voir une position délibérée de sa part. Face à cette pratique très nouvelle et contraire à la culture française, confier un tel pré-droit aux entreprises permet d'observer *in situ* les effets d'une réglementation ferme future. A charge pour le législateur de lui donner toute sa portée ensuite, et ses limites.

---

[431] Une tradition américaine à laquelle la France s'est rapidement accoutumée par le jeu de la compliance.
[432] SIPROUDHIS Jean-Baptiste, « Le transfert de responsabilité du régulateur et du juge vers l'entreprise : la démonstration par le système d'alerte », in *La juridictionnalisation de la Compliance (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Dalloz, 2022.
[433] LATOUR D, « Les enquêtes internes au sein des entreprises », in *La juridictionnalisation de la Compliance*, Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2022.
[434] FEUGÈRE William, « L'alerte éthique en pratique », *Actes Prat. Ingénierie Sociétaire*, 2019.
[435] LATOUR D, « Les enquêtes internes au sein des entreprises », in *La juridictionnalisation de la Compliance*, Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2022.
[436]. GRANIER C, « La jurisprudence des entreprises instituées juges et procureurs d'elles-mêmes par le Droit de la Compliance », in *La juridictionnalisation de la Compliance, série « Régulations & Compliance » (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Dalloz, [s. d.].

ii. L'autonomisation d'un ordre juridique

L'État perd non seulement son rôle de concepteur de la loi, mais aussi désormais celui d'autorité ? Il n'était certes plus auteur mais au moins autorisait la norme[437].

L'autonomisation d'un ordre. Un éminent auteur parle d'« espaces qui ne sont pas définis par les États et leurs droits, espaces qu'il est courant d'appeler entreprises transnationales. On y voit s'épanouir une normativité non étatique, autonome donc, autoréférentielle, même si se remarquent des emprunts aux vocabulaires, catégories, dispositifs forgés dans les droits étatiques ».[438] On peut en effet définir les entreprises comme un ordre privé, concurrent de l'ordre public, en ce qu'il ne s'organise pas seulement lui-même mais également toutes les parties prenantes qui l'environnent. Dans *Droit, Législation et Liberté*, Hayek déclare « je fus conduit à reprendre l'usage du concept impopulaire d'ordre »[439], pour étendre à des organisations complexes ce que la loi, au sens le plus physique du terme, décrivait comme une relation vectorielle simple, et trouver en elle une organisation spontanée tirée de l'activité des hommes plutôt que de leur dessein.

Une refondation sur une éthique propre. Source éthique des règles, le terme permet de laïciser le terme de morale dont on a pu voir en partie précédente l'importance comme source. Il ne faut en tout cas « pas exagérer la différence de sens » selon Monique Canto-Sperber. C'est d'ailleurs selon la philosophe, le terme « le plus valorisé et le plus indéterminé de la langue française »[440].

La déontologie (le terme est de Jeremy Bentham en 1834) participe de cette autonomisation, même si elle s'applique à des professions assez circonscrites, c'est-à-dire aux professions dont les usagers sont dépendants (à cause notamment d'un déséquilibre

[437] « même dans les pays de codification il existe un monde de solutions qui naissent spontanément en dehors de l'action législative » et que l'on observe dans l'ordre interne comme international « la formation spontanée de règles de droit dès qu'un groupe atteint une cohésion suffisante pour qu'il existe une vie collective effective » ; mais il n'en estime pas moins que « la positivité des règles ainsi formées ne pourra être affirmée qu'après l'intervention, sous quelque forme qu'elle se produise, d'une autorité qui à ce jour n'est détenue que par l'État » Problèmes de base de philosophie du droit de Batiffol, cité par OPPETIT Bruno, « Titre II - Droit étatique et droit pluraliste », in *Droit et modernité*, Presses Universitaires de France, 1998.
[438] LYON-CAEN Antoine, « Le droit sans l'entreprise », in *L'entreprise*, Éditions Sciences Humaines, 2014.
[439] VON HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, [s. d.].
[440] selon Monique Canto-Sperber dans *Esprit* mai 2000 ; p.114 « les ambitions de la réflexion éthique ».

d'information et de pouvoir). Il nous semble que les plateformes pourraient correspondre à cette définition, encore que l'on puisse renoncer à l'envie de les regrouper au sein d'une profession.

En contrepoint de l'éthique, l'entreprise mime une véritable positivité par le « Code de conduite », mais aussi le « Code de la compliance », etc. : il s'agit d'adopter les canons du formalisme pénal pour tâcher de conforter une légitimé, tant en interne envers les collaborateur, qu'à l'externe envers les autorités, voire dans l'absolu, en juridicité et en académisme.

Un constitutionnalisme. Le fourmillement normatif rend l'entreprise constitutionnaliste en ce que sa première tâche est de rationaliser les règles.
« Ces types de codes d'entreprise représentent les prémices de constitutions spécifiques d'entreprise transnationales conçues comme des constitutions au sens strict. »[441]

Au sommet de la pyramide de privatisation du droit pénal orchestrée par les grandes entreprises, l'ordre judiciaire lui-même apparaît en partie absorbé. Nous avons vu combien le législateur laissait la main aux juges dans des matières aux enjeux complexes qui incitent souvent à une casuistique que l'influence anglo-saxonne renforce encore. Les entreprises en sont conscientes et veulent aussi participer à ce niveau de création de source de droit, à l'instar de l'Oversight Board de Meta qui appuyé sur 130 millions de dollars de budget peut attirer les meilleurs spécialistes sur des sujets eux-mêmes attractifs.

Cette sorte de cour suprême privée composée d'éminentes personnalités indépendantes, Meta a illustré avec éclat une « juridictionnalisation des entreprises » [442]. Il s'agit en effet d'internaliser des décisions, portant notamment sur la modération des contenus Instagram et Facebook, qui auraient pu relever du judiciaire. Mais au prix d'illustres personnalités tels qu'un ancien chef d'État, l'ex-rédacteur en chef du Guardian, un récipiendaire du prix Nobel de la Paix et de nombreux professeurs de droit, le réseau social impose une légitimité sur des dossiers qui auraient encombré les juridictions et multiplié les interprétations suivant les cas, les tribunaux et les pays.

Ce faisant, Meta assoit son indépendance en achevant la complétude de son système autonome, mais crée également la confiance parmi ses utilisateurs. A une échelle moindre, nombre d'autres entreprises reposant sur la confiance (ou sur le déséquilibre d'information) ont

[441]TEUBNER Gunther, « L'auto-constitutionnalisation des ETN ? », *Rev. Interdiscip. Etudes Jurid.*, Volume 75, 2015.
[442] HEYMANN J, « La nature juridique de la "Cour suprême de Facebook" », in *La juridictionnalisation de la Compliance (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Dalloz, 2023.

recours à de rigoureux juges internes pour arbitrer les infractions légères, à l'instar d'Airbnb et de ses médiateurs.

L'érection de telles entreprises en véritables juges pose la question de leur indépendance[443] mais également des droits de la défense et des recours à sa disposition, notamment lorsqu'ils deviennent de véritables services publics à l'instar des moteurs de recherche comme Google et de réseaux sociaux comme Twitter. Cependant, la recherche d'efficacité étendant la norme de la légitimité, le rapport de principe d'une défiance envers les grandes entreprises et d'une confiance envers les institutions semble progressivement s'inverser.

Sont enfin inclues des méta-dispositions, encadrant la transposition des règles ou l'écriture de règles complémentaires à l'instar des clauses *d'opt-out*, initiant pour certains auteurs une véritable auto-constitutionnalisation[444].)

On l'aura compris, pour micro-juridique qu'elle soit, cette participation des entreprises au droit de la compliance criminelle n'est ni anecdotique ni anodine parce que l'ordre juridique qui la structure et qu'elle produit est doublé d'une puissance de moyens. L'ubérisation offre un cas symptomatique ou plutôt paradigmatique de cette spontanéité de l'ordre, servi par une confusion entre lobbying et politique, mais elle est finalement reproduite par toute l'économie des plateformes, qui tient en propre d'être une organisation organisante et rien d'autre.

2. L'édiction de la norme pénale par l'entreprise au-delà d'elle-même

Que l'entreprise soit un système juridique sur lui-même avait des conséquences restreintes et surtout une légitimité certaine au nom de sa liberté de gestion. Mais on s'aperçoit que l'entreprise est un système juridique ouvert, au-delà de ses parties prenantes, au-delà de « l'aire d'autorité de l'employeur »[445].

.

[443] GAYE-PALETTES Matthieu, « Entre justice privée et justice étatique : Facebook et le legalwashing de sa "cour suprême" - », *Pouvoirs Rev. Fr. Détudes Const. Polit.*, 2021.
[444] TEUBNER Gunther, « L'auto-constitutionnalisation des ETN ? », *Rev. Interdiscip. Etudes Jurid.*, Volume 75, 2015.
[445] l'expression est de la Cour de cassation par exemple Cour de cassation, civile, Chambre civile 2, 16 juin 2016, 15-17.437, Inédit : « toute lésion survenue à un travailleur au temps et au lieu du travail, placé dès lors dans l'aire d'autorité de l'employeur, doit être considérée comme résultant d'un accident du travail »

Ce faisant, la règle édictée par l'entreprise acquiert un caractère supplémentaire de la règle pénale, celui de l'hétéronomie. La règle issue de l'entreprise ne s'applique plus seulement en interne ou sur elle-même mais également sur des sujets de droit qui lui sont étrangers. Les pairs à un premier niveau, puis progressivement à des sujets plus éloignés.

Par ses moyens budgétaires, mais aussi par ses moyens politiques, l'entreprise s'érige en ordre privé au-delà de sa propre organisation. Toutefois, il ne nous apparaît pas juste de considérer, explicitement ou implicitement, que par la compliance les entreprises deviendraient légitimement dépositaires d'une part des pouvoirs de l'État, par exemple quant à la lutte anticorruption. Si les dispositions de la compliance rendent effectivement l'entreprise active dans cette lutte, c'est uniquement sur sa propre organisation, ses activités et leurs externalités : elles ne sont responsables de rien d'autre que d'elles-mêmes, comme nous le verrons plus loin. De sorte que s'il était constaté un certain succès dans cette approche, elle ne justifierait en rien d'étendre les missions de l'entreprise hors d'elle-même.

Il s'agira d'envisager d'abord la participation de l'entreprise à la rédaction de règles pénales générales (a), puis son rôle dans l'affermissement de ces règles (b) et enfin la promotion qu'elle peut en faire à l'extérieur (c).

a. La corédaction du droit pénal par l'entreprise

On peut se demander à la suite d'Emma Boursier si le rôle de la loi se trouve réduit à celui de chambre d'enregistrement par la puissance de ses destinataires, ou s'il s'agit plutôt d'un pivot dans le rôle de la loi, qui prévoit désormais moins le contenu substantiel que l'organisation des normes. Le rôle des autorités publiques apparaît moins substantiellement législateur mais plutôt : instigateur, organisateur et contrôleur.

i. La légitimation substantielle : la technicité

Les consultations sectorielles. D'un côté l'État s'abaisse au niveau des secteurs d'activité pour profiter de leur expertise, de l'autre les entreprises s'organisent en comités pour accroître la légitimité de leurs propositions. S'organise un véritable pouvoir entre des sociétés capables d'une « autorité juridique », qui préemptent les décisions des organisations

professionnelles et influencent la pratique des régulateurs.[446] Le rapport éloquent du Sénat faisant suite à la privatisation de la gestion Covid laisse peu de doutes sur « l'influence avérée des cabinets de conseil sur la prise de décision »[447].

La Chambre de Commerce Internationale, dont le siège est à Paris, propose des évolutions juridiques via ses comités spécialisés qui réunissent les grandes entreprises des secteurs considérés[448]. Elle dispose notamment depuis le 1er janvier 2017 du statut d'observateur privilégié auprès de l'ONU, permettant d'impliquer très directement les entreprises dans le processus normatif international. Si son expertise était d'abord reconnue pour sa codification des pratiques commerciales usuelles, elle s'est développée vers le règlement des litiges par l'arbitrages, mais aussi vers le champ pénal par la lutte contre la corruption. Des initiatives privées comme le très sérieux Club des juristes permettent de concevoir au sein de commissions rassemblant universitaires et praticiens des rapports fouillés sur tous les sujets d'actualité juridique. Les commissions relevant de notre champ d'étude et les rapports produits sont d'ailleurs systématiquement dirigées par un ancien ministre de la Justice ou premier ministre, permettant de conférer à cette initiative privée une légitimité quasi-institutionnelle, qui peut prendre la forme d'un pré-projet de loi[449].

Les consultations régulatoires. On peut même considérer les AAI comme des autorités sectorielles, et sans qu'on puisse parler de pairs, la régulation est faite par des spécialistes du sujet, anciens de l'entreprise (comme des économistes de l'autorité de la concurrence) voire actuels (comme des membres de la commission des sanctions de l'AMF[450]). Ce qui est mis en avant dans les arrêtés ministériels de recrutement n'est pas tant leur *expertise* que leur *expérience*, actant là encore les écarts entre la théorie juridique quasi scientifique du domaine, et la réalité pratique du terrain. Cela permet notamment une meilleure maîtrise des effets d'une

[446] STIGLER George J., « The Theory of Economic Regulation », *Bell J. Econ. Manag. Sci.*, 2, [Wiley, RAND Corporation], 1971.
[447]« Un phénomène tentaculaire », sur *Sénat*, publié le 7 avril 2023.
[448] A titre d'exemple, la Commission responsabilité des entreprises et anticorruption à laquelle nous siégions pour le compte d'EDF a proposé une meilleure reconnaissance de la corruption passive par les pouvoirs publics. Les entreprises adhérentes considéraient en effet que, par un biais d'appartenance, les pouvoirs publics n'envisageaient pas suffisamment certains faits de corruption comme une forme d'extorsion de la part de fonctionnaires.
[449] Rapport devoir de vigilance et Rapport Droit européen de la compliance, présidés par Bernard Cazeneuve, Rapport responsabilité pénale présidé par Nicole Belloubet, Rapport enquête interne présidé par Dominique Perben, etc. Liste complète sur www.leclubdesjuristes.com/publications/rapports/
[450] On peut penser par exemple à Aurélien Hamelle, directeur juridique de Total Energies, et directeur de son département fusions-acquisitions, également nommé membre de la commission des sanctions de l'AMF par arrêté du ministre de l'économie, des finances et de la relance en date du 3 septembre 2021, en raison certes de sa « compétence financière et juridique » mais surtout de son « expérience en matière d'offre au public de titres financiers, d'admission d'instruments financiers aux négociations sur un marché réglementé et d'investissement de l'épargne dans des instruments financiers »

sanction, maîtrise dont on verra qu'elle est un des piliers de la compliance criminelle, non seulement pour en assurer la *pleine* portée mais en même temps pour en assurer *l'exacte* portée, c'est-à-dire en limiter les effets pervers[451].

Les consultations judiciaires. Pour prendre les deux institutions maîtresses de la compliance : l'AFA et le PNF. L'AFA, conformément à ses missions, ne se prive pas de consulter longtemps et étroitement les opérateurs économiques, notamment via les commissions du MEDEF et de l'ICC, pour chacune de ses publications et à tous les stades de leur écriture. S'il se plie également à l'exercice des lignes directrices, conscient lui aussi de la souplesse que la matière suppose, le PNF en revanche ne consulte pas, afin de conserver à ses lignes l'autorité d'une politique pénale. Aussi convie-t-il parfois un panel particulièrement restreint d'experts, professeurs d'université et praticiens pour qu'il lui soit fait part de leurs observations, mais reste évasif sur ces consultations et ne leur en rend aucun compte[452]. Ce parti-pris ressemble justement au mode opératoire des commissions parlementaires, à ceci près qu'il ne rend pas publique la liste des experts consultés.

Ce mode opératoire permet aux entreprises de faire valoir leur point de vue auprès des États, et aux États de faire valoir le principe d'une consultation. Cette approche non frontale permet également de gagner en légitimité aux yeux des opérateurs, mais aussi de dépasser les limites des États, celles de leurs frontières évidemment et plus prosaïquement celles de leur budget.

L'intérêt général par les intérêts agglomérés. Les intérêts sectoriels sont considérés comme dépositaires d'une part de l'intérêt général. En effet, le fond du dispositif pénal de la compliance vise parfois moins à défendre un ordre public qu'à protéger les entreprises, en facilitant notamment une harmonisation. L'exemple le plus frappant est sans doute celui de la corruption qui, par la convention OCDE, est passée d'une infraction de probité avec tout ce qu'elle comporte de fondements moraux, à une atteinte portée au bon fonctionnement des marchés.

[451] EMMANUEL Breen, *Gouverner et punir*, Presse universitaire de France, 2003.
[452] Le PNF est devenu « autorité chef de file » au titre de la Circulaire de politique pénale du 2 juin 2020 et « autorité judiciaire spécialisée » en matière de fraude fiscale de grande complexité et de blanchiment de ces infractions, au titre de la circulaire du 4 octobre 2021.

L'entreprise comme laboratoire juridique. Les mécanismes proposés sectoriellement ont ensuite vocation, une fois preuve faite de leur efficacité, à s'étendre en-dehors de leur champ. Un exemple frappant peut être celui des dispositifs de due diligence « KYC », initialement consubstantiels au notariat, diffusés ensuite en finance bancaire et désormais systématisés dans toutes les entreprises. On peut suivre en cela X. Dieux et V. Simonart[453] qui font de l'entreprise des laboratoires juridiques : elles appliquent en interne des règles pré-juridiques dont la généralisation sera faite par le système en cas de succès. Ce type de proposition sectorielle peut d'ailleurs être particulièrement spontané avant d'être capté par le droit. Ainsi en est-il du *vetting*, ce contrôle interne des risques développé dans le transport maritime et rendu célèbre par l'arrêt Erika, et qui inspira sans doute en partie le devoir de vigilance. Il émane originellement des courses de chevaux, les montures passant en effet entre les mains du « vet » avant de concourir, pour s'assurer de leur santé et de leur fiabilité.

L'initiative de l'entreprise. Au-delà même des consultations sectorielles, le régulateur laisse le jeu des opérateurs s'organiser de lui-même, comme autant « d'associés-rivaux condamnés à vivre ensemble ». Ainsi, « le rôle du régulateur évolue : il ne fait plus, il regarde faire, il contrôle que cela a été fait, que cela sera fait, en permanence »[454].

La contrepartie de ces consultations sectorielles reste sans doute la question des conflits d'intérêts latents[455]. Ainsi constate-t-on lors des enquêtes suivant le dieselgate que la majorité des experts du groupe de travail du Parlement européen sur la réduction des émissions travaillent en parallèle pour des constructeurs automobiles[456].

Les grandes entreprises disposant de moyens économiques importants deviennent dépositaires d'une régulation sur elles-mêmes ainsi que sur leurs parties prenantes. Leur transdisciplinarité et leur proximité du terrain permettent aussi d'élaborer des règles plus fines que le politique ne pourrait le faire en partant de la théorie. Le droit de l'environnement est exemplaire de ce retournement de perspective : il émane de moins en moins de la verticalité du pouvoir et de plus en plus de la coopération en réseau d'acteurs de terrain.

[453] DIEUX X. et SIMONART V. Droit économique international et autorégulation, in *L'autorégulation*
[454] FRISON-ROCHE M.A. « Du Droit de la Régulation au Droit de la Compliance », in Régulation, Supervision, Compliance, Dalloz 2017
[455] Voir *infra*
[456] SCHUMACHER Aloïs, « Le "Dieselgate" une histoire sans fin ? », *Allem. Aujourdhui*, 227, Association pour la connaissance de l'Allemagne d'aujourd'hui, 2019.

ii. La légitimation procédurale : la fluidité

Au-delà de sa contribution au titre de l'apport de technicité, l'entreprise est invitée à contribuer à la norme pénale au nom de son apport à la fluidité. Il ne s'agit plus simplement d'être consulté techniquement en amont, mais d'élaborer un dialogue permanent, tributaire notamment de ce que le droit est de moins en moins binaire et définitif.

Le lobbying. Chaque domaine comprenant une dimension stratégique, des acteurs complexes et une essence transnationale en vient à élaborer sa propre loi. Si on parle depuis longtemps de la *lex mercatoria*, naissent successivement la *lex petrolea*, la *lex mineria*, voire désormais la *lex sportiva*. La politique de consultation s'en trouvant légitimée, voire systématisée sous l'empire de la compliance, le lobbying (ou le lobbyisme) devient l'organe normal voire normalisant de la relation entre législateur et entreprise, *a fortiori* au niveau européen, car il « consolide leur expertise et atteste de leur ouverture à la société civile »[457]. Ainsi, plus les parlementaires disposent d'information, plus leur décision apparaît fondée. En effet, l'enjeu de la règle pénale lorsqu'elle est appliquée aux personnes morales plutôt qu'aux personnes physiques n'est plus tant le risque d'atteinte aux libertés fondamentales, face auquel elle s'était pourtant construite, mais bien le risque de délégitimation aux yeux de personnes morales, qui sont par hypothèse expertes de leur sujet.

Si nous avons vu combien la compliance, fidèle aux processus de marché, avait pour mission de lisser les à-coups de la réglementation, cela commence en fait dès en amont de l'édiction des textes où les lobbies interviennent comme « producteurs d'un droit en mouvement, en devenir permanent, le signe d'un continuum juridique »[458].

L'exemple d'Uber. Uber en offre sans doute la meilleure incarnation (d'autant qu'Hayek désigne justement par la notion de « taxis » l'ordre non-spontané) : ses infractions au droit positif sont répétées mais sont remises entre les mains du politique, pour dépasser le judiciaire. Cependant, ce sont moins les citoyens que les consommateurs qui sont invités à décider, en jouant sur l'ambiguïté puisque la position n'est plus tout à fait commerciale mais bien politique, à l'instar d'un Travis Kalanick appelant à la « désobéissance civile » des

[457] ROBERT Cécile, « La politique européenne de transparence (2005-2016) : de la contestation à la consécration du lobbying », *Gouv. Action Publique*, VOL. 6, Presses de Sciences Po, 2017.
[458] MEKKI V.M., *La force et l'influence normative des groupes d'intérêt*, Lextenso, 2011.

chauffeurs et de leurs clients en janvier 2016. Bien que le gouvernement affiche alors une politique déterminée à l'égard de ces plateformes indésirables pour le droit social, Uber passe par le biais du ministre de l'Économie, porteur d'une conception fluide de la société. D'où l'expression de son PDG : « nous sommes au milieu d'une campagne politique et il s'avère que le candidat c'est Uber »[459]. C'est *in fine* la création d'emploi qui devient le principal juge de paix, puisqu'il aligne par hypothèse l'intérêt de l'État à celui de l'entreprise.

b. L'affermissement du droit pénal par l'entreprise

Au-delà de cet affaiblissement de l'État que nous avons vu être en fait un amoindrissement, ce dernier n'est pas doublé par la grande entreprise, mais lui transfère ou lui tolère une part d'objectifs qu'il ne saurait mener lui-même, pour dépasser ses propres frontières.

i. L'entreprise bras armé du droit pénal national

L'entreprise peut apparaître au service des buts étatiques, en ce qu'elle ne connaît aucune des limitations de l'État : la politisation, le manque de continuité, la contingence territoriale, la disette de moyens, etc. Une « captation régulatoire » joue alors, à double-sens : l'instrumentalisation de l'entreprise pour des fins purement régaliennes hors de tout cadre procédural, et en retour l'instrumentalisation de ces régulations par l'entreprise à ses propres fins.

Des entreprises agents de légalité. La compliance s'intéresse avant toute chose aux entreprises systémiques, qu'il s'agisse de banques, mais aussi de plateformes, de réseaux sociaux, ou de grandes entreprises structurantes. Ces entreprises entretiennent toujours *de facto* un lien, passivement et malgré elles, avec la criminalité internationale, soit qu'elles blanchissent leurs fonds, soit qu'elles financent leurs exactions, soit plus généralement qu'elles rendent leur service commercial habituel. Dès lors, les pouvoirs publics les enjoignent à coopérer à cette

[459] HADDAD Benjamin, « Commission d'enquête relative aux révélations des Uber Files : l'ubérisation, son lobbying et ses conséquences », Assemblée Nationale, 2023.

lutte contre la criminalité qui, à moins de moyens très artisanaux, a recours à elles. Si Apple en 2016 a tenu tête au FBI, donnant lieu à une procédure pénale finalement contournée[460], les autorités reviennent régulièrement à la charge, faisant du programme « Prism » révélé par Edward Snowden qu'une des multiples facettes de cette mise à contribution.

Ainsi semble-t-il que face à l'échec d'une gouvernance mondiale *via* les Etats, celle-ci cherche à s'organiser *via* des firmes multinationales[461]. Les grandes entreprises ne tirent pas seulement une légitimité de leur efficacité mais aussi de leur absence même de légitimité formelle ou axiologique : c'est parce qu'elles ne sont pas politisées au sens où elles n'ont pas de parti pris idéologique ou d'agenda électoral que leur expertise est perçue comme légitime.

Les entreprises sont ainsi faites agent de légalité, et, lorsque leur modèle ne repose pas sur l'infaillibilité comme dans le cas d'Apple, elles tirent avantage de la noblesse des buts souverains pour les mettre à leur profit. La mise à contribution des réseaux sociaux dans la lutte anti-terroriste en est l'exemple-phare. En nantissant l'entreprise systémique d'un pouvoir régulatoire, l'État lui donne une légitimité qui altère la frontière entre son intérêt et celui du public. Ainsi les entreprises concurrentes du site *Onlyfans* ont-elles intenté un procès au groupe Meta, l'accusant d'avoir détourné les procédures antiterroristes créées par la corporation des réseaux sociaux, le GIFCT (Global Internet Forum to Counter Terrorism), pour étouffer les nouveaux entrants du marché.

Un pacte faustien entre entreprises et État. Le greenwashing et le fair-washing trouvent également à s'appliquer avec la complicité d'États qui y trouvent leur intérêt. L'exemple bien connu est celui des atteintes à l'environnement, délocalisé depuis les pays développés vers les pays-ateliers, pris comme « Etats-poubelles »[462]. Mais plus avant, il nous semble que les infractions dont la compliance a la responsabilité autorisent la même exportation au niveau criminel. Le blanchiment par exemple, permettrait à des banques comme celles d'Allemagne de faire rentrer cent milliards d'euros de capitaux chaque année tout en cloisonnant hors de leur territoire les délits à l'origine des fonds criminels[463].De la même façon, l'État s'est longtemps montré rétif à poursuivre sa corruption active, les montants corruptifs faisant même l'objet d'une défiscalisation sous le regard bienveillant du Conseil d'État comme

[460]GROSSMAN Lev et CUPERTINO Calif, « Inside Apple CEO Tim Cook's Fight with the FBI », *Time*, 17 mars 2016.
[461] SLAUGHTER Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004.
[462] BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.53
[463] Selon Die Zeit, les banques allemandes blanchissent chaque année environ 100 milliards d'euros issus de divers trafics. MALCHER Ingo, « Kriminalität: "Deutschland ist ein Geldwäsche-Paradies" », *Zeit*, 13 novembre 2019.

on l'a vu précédemment. Des entreprises comme Alstom ont fait l'objet de longues procédures judiciaires en France (oubliées dans les limbes de l'instruction), toutes soldées par des non-lieux, alors que dans les pays voisins le Groupe était finalement épinglé dans de nombreuses procédures transactionnelles.

Plus largement, ce pacte faustien inquiète l'OCDE qui s'étonne dans son dernier rapport sur la France du « nombre croissant d'affaires n'ayant pas fait l'objet d'une enquête »[464] : « La grande majorité de ces allégations [n'ayant pas donné lieu à une enquête] porte sur des avantages indus octroyés à des agents publics en Afrique, et concernent principalement les secteurs de la défense, de la construction, des télécommunications et de l'extraction »[465]. Au-delà de l'évident intérêt de débouchés et de fourniture, ces domaines particulièrement stratégiques sont précisément ceux des réseaux, que vise la régulation et par suite la compliance. Celle-ci se trouve donc projetée au cœur du dilemme entre l'État de droit et la raison d'État. Ce second plateau de la balance ne cesse de s'alourdir quand, aux enjeux de purs débouchés et approvisionnements commerciaux sont ajoutés ceux de la stratégie militaire et de la sécurité. Si la perpétuation de l'héritage de la françafrique n'est pas loin[466], et voudrait justifier par la stabilité et le moindre mal nombre d'entorses à l'État de droit, un objectif plus immédiat nous paraît accentuer ce pacte faustien, celui de la sécurité sur le territoire français.

ii. L'entreprise bras armé du droit pénal international

L'exemple du Global Compact. La philosophie du Global compact initié par l'ONU en 2000 est précisément celle-ci : réaliser certains buts du droit international (droits de l'Homme, normes internationales du travail, droit de l'environnement, lutte contre la corruption) en les mettant à la charge de plus d'entreprises. La coopération internationale dont l'ONU a la charge est ainsi dévolue à des entreprises, inféodant donc nécessairement les considérations politiques aux enjeux économiques.

Les buts diplomatiques. La compliance permet aussi aux États d'investir les grandes entreprises de buts diplomatiques. Les entreprises remplissent alors un rôle de translation voire

[464] Rapport OCDE de Phase IV p.17
[465] *Ibid*.
[466] Recommandation 1.c du Rapport : « analyser les raisons pour lesquelles les agents des postes diplomatiques et consulaires et des services économiques des ambassades ne sont parvenus à détecter eux-mêmes aucune allégation de CAPE » p.160

de transnationalisation normative. Si ce rôle d'influence est constaté depuis longtemps, la compliance le systématise puisqu'il apparaît notamment au fondement de la logique du Devoir de vigilance.

A une maille plus fine, ce sont tous les contrats que passent les entreprises qui, passés par le prisme de la conformité, permettent d'exporter les canons de probités déterminés. Le professeur Frison-Roche invite ainsi à « se tourner vers les petites lois que sont les contrats internationaux des entreprises, qui ne sont pas bridées par le lien consubstantiel des États à un territoire »[467].

Le doux-commerce. Les praticiens appuient cette perspective qui permet de parer leur activité strictement commerciale de vertus naturelles, suivant en cela le doux-commerce de Montesquieu ou la fable des abeilles de Mandeville[468]. Le directeur juridique du Groupe Total Énergies ne dit pas autre chose lorsqu'il explique que la poursuite des activités du pétrolier en Russie permet de maintenir un lien précieux, et d'ainsi y maintenir une culture des droits de l'homme.[469] On sent bien que, devenue diplomatie, l'activité économique peut alors permettre de soutenir tout investissement, justifié par le pragmatisme d'intérêt supérieurs conformément au principe de Realpolitik. L'exportation de la portée normative de la compliance peut alors dédouaner au sens propre toutes les affaires, de sorte que sa véritable nature hésite entre le lobbying économique et la diplomatie des entreprises.[470]

c. La promotion du modèle pénal par l'entreprise

Ultimement, l'entreprise peut devenir promotrice du modèle pénal, sur ses pairs mais également vers d'autres États.

i. L'exportation du droit pénal vers d'autres entreprises

[467] FRISON-ROCHE M.A., « La responsabilité ex ante, pilier du droit de la compliance », in *Chronique MAFR - Droit de la Compliance*, Dalloz, 2022.
[468] MANDEVILLE Bernard, *The Fable of the bees, or private vices public benefices*, Tonson, 1724.
[469] HAMELLE Aurélien, « Conférence « Perspectives françaises en matière de lutte contre la corruption » », 2021.
[470] KERUANI Ali, RIDE 2020/3

L'exportation du droit pénal vers d'autres entreprises est caractéristique de la loi Devoir de vigilance qui fait fi de l'autonomie des personnes morales, et impose de contrôler les autres sociétés de la chaîne de production. Ce faisant, l'entreprise prend un tour proprement régalien sur les autres personnes morales[471]. Heureusement, la décision de vigilance est appuyée par la Chambre criminelle qui considère que le manquement à une règle de compliance peut justifier la rupture de relation commerciale sans préavis.

Pour certains auteurs, le fait que « les fondations d'entreprises spéculent sur le beau plus que jamais »[472] trahit le degré d'intervention de l'entreprise dans la définition des normes, celles de l'art étant traditionnellement posées comme les plus subjectives, les plus libres, et les plus désintéressées qui soient.

ii. L'exportation du droit pénal vers d'autres Etats

L'entreprise créatrice de droit pénal. Au-delà d'objectifs régulatoires passifs et conjoncturels, l'entreprise peut être investie de buts structurels, qui ne reposent alors plus seulement sur l'instrumentalisation délibérée de ses moyens financiers, mais sur son pouvoir organisationnel de mise en conformité. L'exemple le plus frappant, et qui, pour singulier qu'il soit, peut néanmoins être tenu comme le symptôme d'évolutions moins visibles parce qu'accomplies dans des États plus vastes et plus intriqués, est celui du système pénal du Vatican. Créé dans l'unique but d'assurer une indépendance morale au Pape, l'État du Saint-Siège avait cultivé une autonomie de fonctionnement qui lui faisait traditionnellement rejeter à la fois la régulation économique[473] et la réglementation pénale[474], et jusqu'aux principes élémentaires que nous tenons comme fondement de l'État de droit comme la séparation des pouvoirs[475]. Cette autonomie nous paraît avoir été définitivement bouleversée au cours de ces dix dernières années, par le seul fait de sa célèbre banque.

---

[471] *Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ?* Régis Fabre (dir.), Dalloz, 2023

[472] GERMAIN Michel, « Observations conclusives à Les responsabilités du dirigeant de société », in *Les responsabilités du dirigeant de société (Olympe Dexant de Bailliencourt, Béatrice Lapérou)*, 2018.

[473] HÉNAFF Marcel, *34. L'éthique catholique et l'esprit du non-capitalisme*, La société vue du don, La Découverte, 2008. ; voir aussi les vifs catalinaires adressés par le Pape aux tenants de l'autorégulation par les marchés, le dernier en date dans *Fratelli Tutti,* 2020

[474] Sa philosophie de la peine repose sur le droit canon, elle est pénitentielle en reposant sur la démarche personnelle plutôt que pénale.

[475] ÉCHAPPÉ Olivier, « Juger dans l'église catholique », *Cah. Justice*, N° 2, 2010. p. 81

La banque du Vatican comme vecteur de la compliance. En effet, en octobre 2010 les autorités italiennes mettent sous séquestre des fonds de l'IOR, pour violation de la loi de 2007 transposant la directive européenne de 2005. Deux mois plus tard, le Pape signe un *motu proprio* sur la lutte anti-blanchiment[476] et crée l'AIF, l'Autorité d'Information Financière. Dès lors, c'est de proche en proche tout le système financier du Vatican qui va se mettre en conformité avec les dispositions internationales[477] : instauration d'auditeurs internes et externes, concurrence de passation des marchés publics, code de conduite, système d'alerte interne. Le règlement de la Curie impose même désormais des déclarations anticorruption et un plafond aux cadeaux de courtoisie à 40€[478].

La création d'un système juridique. Mais parallèlement, et c'est là notre point, c'est tout le système juridique, puis judiciaire du Vatican qui s'en trouve bouleversé. D'abord à une maille encore théorique avec l'adhésion au pacte de l'ONU sur la corruption et la promotion d'une « new management culture »[479], puis à une maille véritablement organisationnelle avec des organigrammes renouvelés[480], et enfin en droit positif avec la plus grande réforme canonique depuis le Code de 1983[481], et la publication pour la première fois de son histoire d'un code pénal, attaché non pas à la discipline des clercs mais au droit commun[482].

L'ajout d'un alinéa second à l'article 1311 du CIC en est exemplaire, en disposant que : « *Celui qui préside dans l'Église doit protéger et promouvoir le bien la communauté […] si nécessaire par l'infliction ou la déclaration des peines, suivant les préceptes de la loi, qui doivent toujours être appliquées avec l'équité canonique, et en tenant compte de la restauration de la justice, de la correction du coupable et de la réparation du scandale* »[483].

Dès lors, les principes du droit pénal entrent au Vatican, dans leurs dispositions proprement afflictives[484], reconnaissant enfin les trois valeurs de la sanction pénale, mais aussi dans leurs garanties individuelles, à commencer par le principe de légalité. Enfin, là où des collèges d'experts indépendants ont remplacé des hauts-clercs dont on estimait traditionnellement que

[476] Lettre apostolique en forme de Motu proprio, Benoît XVI, décembre 2010
[477] PAPE FRANÇOIS, *Lettre Apostolique en forme de Motu Proprio sur la transparence, le contrôle et la concurrence dans les procédures d'adjudication des contrats publics du Saint-Siège et de l'Etat de la Cité du Vatican* [courriel], 19 mai 2020.
[478] *Motu Proprio* du 26 avril 2021
[479] L'expression est celle du Cardinal Valini
[480] Interdiction des postes honorifiques
[481] Seuls 17 des 89 canons qui composent le livre IV « Sanctions » du Code de droit canonique n'ont pas été modifiés.
[482] LA VELLA Giancarlo, « Codice Penale Vaticano », sur *Vatican News* [en ligne], publié le 4 décembre 2020.
[483] Alinéa introduit par la Constitution apostolique du 23 mai 2021, nous soulignons.
[484] Sont ainsi introduites des infractions de nature patrimoniale, la violation d'obligation d'exécuter une condamnation pénale et les négligences graves dans l'administration des biens.

la parfaite intégrité pouvait prémunir contre les infractions systémiques, du côté judiciaire, des magistrats laïcs italiens sont devenus compétents pour juger évêques et cardinaux du Vatican[485].

Il apparaît donc que, dans un quasi-renversement de perspective, la compliance promue par une entreprise régulée puisse être créatrice de pénal, au sens propre, dans un État souverain[486]. Si l'exemple peut être tenu pour singulier tant la situation de cet État est singulière et sa taille modeste, on peut aussi y voir l'opportunité de constater un cas d'école, sans doute reproduit à des échelles plus diffuses dans des organisations institutionnelles plus complexes donc moins directement observables.

Conclusion intermédiaire

La définition la plus étroite de la conformité en fait une délégation de la prévention du risque pénal à l'entreprise. Mais cette transposition des normes nationales et supranationales dans ses règles internes n'a rien de neutre ni pour l'entreprise ni pour lesdites normes. L'entreprise sédimente en effet en interne un système quasi-pénal autonome, qui porte ses effets bien au-delà de ses parties prenantes. Trop heureux d'associer la force de l'entreprise à son pouvoir contesté, l'État ferme d'autant plus les yeux sur l'altération des règles que leur libre interprétation peut servir son intérêt.

De sorte que pour éclairer cette délégation de prévention, nous pouvons retrouver notre distinction des quatre degrés de conformité. Au premier, la conformité des salariés aux règles de l'entreprise. Au deuxième, celle de l'entreprise aux règles du droit national. Au troisième celle du droit national aux règles supranationales. Au dernier, la conformité de ces règles à l'idéal de justice.

Côté État, la question de cette délégation normative très forte, jusqu'à l'appropriation et jusqu'au pacte faustien, interrogera quant à l'éventualité de rendre l'entreprise tributaire de buts politiques, détachés de son intérêt propre. Côté marché, on peut se demander si la mise en concurrence de ses législateurs privées sera à la fois possible et bénéfique[487].

---

[485] Motu Proprio du 30 avril 2021, permettant notamment les procès du Cardinal Becciu et d'Angelo Caloia ancien président de la banque IOR.
[486] CHUILON-CROLL Jean, « Le Vatican puise son salut dans la compliance du monde des affaires », *Le Monde*, 20 mars 2022.
[487] FRONZA Emanuela, TRICOT Juliette, GUILLOU Nicolas *et al.*, « Du droit pénal à la politique criminelle : l'envers du décor », in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty : melanges ouverts*, Mare & Martin, 2022. p.133

B. La privatisation de la norme pénale par l'expertise

C'est encore en déplaçant la règle de validité de la norme vers l'effectivité, que la compliance accorde une place fondamentale à l'expertise. Alors qu'il apparaissait comme un conseiller de l'ombre du politique, du législateur et surtout du juge, l'expert devient d'autant plus central dans le dispositif que les enjeux sont complexes et les solutions itératives.

La question fondamentale de la source de responsabilité pénale est celle de l'autorité. Or comme l'exprime l'anthropologue Balandier : « L'autorité se détache des personnes, elle se constitue à partir des systèmes instrumentaux. Elle s'affirme sans réserve détentrice de la vérité, d'une vérité soustraite au mensonge social puisque les systèmes et leurs langages ne sauraient mentir. Cette forme d'autorité exercée par l'expertise et l'instrumental se décrète libérée de la fausseté des idéologies »[488]. Dans le cadre des institutions, ledit système n'est pas indépendant des personnes ni du langage, c'est le principe-même du Parlement. Cependant, celles-ci supposent une instabilité, une contestation que l'objectif de préservation des systèmes n'est plus prêt à tolérer[489]. Il se réfugie dans une quête de scientificité, alors-même que le critère de cette dernière était justement la réfutabilité[490]. S'adressant à des êtres essentiellement calculatoires, la compliance organise le passage d'une régulation sociale de type politique, chargée symboliquement, à une régulation sociale de type rationnel, chargée empiriquement[491].

Le besoin de quantification du pénal le fait ainsi passer d'une logique qualitative, c'est-à-dire binaire, à une logique quantitative, condition de son pilotage : on quitte le principe de qualification propre au pénal, pour celui de quantification propre au marché.[492] La CJIP en offrira un exemple frappant : pour piloter un risque qui affecte autant l'État que l'entreprise, on s'en remet à une négociation qui produit un résultat chiffré, indépendamment de tout jugement de culpabilité. De gardienne, la loi pénale devient gestionnaire[493], à telle enseigne qu'on s'orienterait « vers des infractions artificielles qui avant d'être saisies par la politique criminelle appartiennent à des ensembles normatifs autonomes où le droit pénal n'est que le moyen de rendre effectif par la menace de la peine »[494].

---

[488] BALANDIER Georges, *Le grand dérangement*, Presse universitaire de France, 2005.
[489] MORELLE Aquilino, « une même chaîne d'inspecteurs généraux des finances gouverne le pays, par-delà les alternances politiques » in *l'Abdication,* Grasset, 2017
[490]POPPER Karl R., *Conjectures et réfutations. La croissance du savoir scientifique*, Payot, 2006.
[491] BELLEY Jean-Guy, « Jean-Guy Belley, L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociol. Sociétés*, 1986.
[492] SUPIOT Alain, *L'Esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010. p.54
[493] Thèse de M. Vignon
[494] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.210

Oubliant la conformité verticale, celle de la pyramide des normes, la conformité se fait horizontale : la règle du tracé et celle de la mesure sont confondues du fait-même du processus itératif qui fonde la compliance[495]. Deux logiques apparaissent ainsi à l'œuvre dans ce qui semble devenir une *lex machina*, celle de la quantification, et son corollaire celle de l'industrialisation.

L'expert est une figure en tension entre sa proximité d'un terrain et son indépendance par rapport à lui. On ne lui demande pas tant d'être impartial, critère subjectif, que d'être indépendant, critère objectif[496].

« Son aptitude à justifier une solution politique dans les termes d'un avis neutre et objectif le place dans une situation d'influence dont il éprouve en retour les effets. »
Ni tout à fait savant, ni tout à fait politique, pour reprendre la fameuse distinction wébérienne[497].

[495] MATTHIEU B, « « Le rôle des experts, et de ce qu'on pourrait appeler la technocratie, ne se borne plus à l'exécution des lois » B. Mathieu, , LGDJ 2017, p. 101 », in *Le droit contre la démocratie*, LGDJ, 2017.
[496] LECLERC Olivier, « L'indépendance de l'expert par Olivier LECLERC », in *L'expertise : enjeux et pratiques (Karine Favro)*, Tec & Doc, 2009.
[497] MAX WEBER, *Le savant et le politique*, La Découverte, 1959.

1. La quantification du droit pénal par la compliance

En faisant de la criminalité un objet économique à part entière, Gary Becker avait introduit le calcul à son fondement, le tenant pour le plus universalisable des contrats sociaux. La compliance systématise cette approche en s'intéressant spécifiquement à des êtres hyper-rationnels, les entreprises et leurs dirigeants. Parce que plus maniable (synthétique, hiérarchisable, modélisable), le quantitatif prend le pas sur le qualitatif pour faire de la compliance un outil de détection, d'évaluation et de prévision, mais également *in fine* de pilotage du risque.

Non seulement les États organisent leur droit en fonction d'indicateurs, mais s'y soumettent eux-mêmes par l'évaluation d'agences de notation[498], de sorte que le fantasme de la philosophie politique d'une société « en pilotage automatique » peut sembler se concrétiser.[499]

Pour autant, et alors même que le calcul se pose modestement en-deçà de la responsabilité, il ne nous semble pas falloir échapper à son prisme. Car alors que nous étudions la source de la responsabilité il nous faut revenir à l'origine du terme lui-même : le sens originel de « responsus » c'est le rapport de grandeur, de proportion[500]. Le calcul constituerait donc une des voies vers la responsabilité, à la double condition de son éthique épistémique et de sa juste proportion.

a. Une rationalisation des normes pénales

La compliance a pour mission la rationalisation d'un droit devenu trop touffu, trop multiple et trop mouvant pour assurer une sérénité juridique.

L'évolution des normes ISO peut utilement éclairer ce qui se joue. Issues de la standardisation des produits industriels électriques puis électroniques, ces normes ont ensuite permis d'assurer un niveau commun de qualité, et certifient même désormais des procédures de conformité à l'instar de la 37001 sur l'anticorruption, de la 37301 sur le management des systèmes de compliance et de la 37002 sur les dispositifs d'alerte interne. Cette normation transpose l'idée d'une légitimité issue de l'horizontalité elle-même : c'est parce qu'elle est

[498] B. Frydman in *Les agences de notation financière, entre marché et Etats*, B. Colmant.
[499] L'expression est de Pierre-Henri Tavoillot
[500] CNRTL, *Responsus, us, m* 1er siècle av. JC

« iso » c'est-à-dire « la même », qu'elle est juste, et non plus parce qu'elle est conforme à un ordre supérieur, et ultimement parce qu'elle est bonne.

Ce désenchantement du droit permettrait à la fois sa meilleure préhension des aspects techniques (i), et sa meilleure appréhension par les agents économiques (ii), sans qu'on puisse se satisfaire de sa réduction à l'unidimensionnel (iii).

i. La compliance comme technicisation du droit

L'expertise éloigne du débat. « Comme le redoutait Arendt, la relation devient fusionnelle, jusqu'à transférer la décision aux scientifiques et déresponsabiliser le pouvoir politique », constate Mireille Delmas-Marty. Nous l'avons vu, la multiplication de lois pénales « en blanc », cumulée aux renvois multiples, ainsi qu'aux dispositions supranationales, rendent à la fois l'accès intellectuel et l'accès matériel plus compliqués[501]. Or, l'expertise éloigne du débat public, renchérit Alain Supiot, notamment les « experts européens, mis hors de toute portée démocratique », prenant l'exemple d'un José Manuel Barroso, président de la commission européenne puis président non-exécutif du conseil d'administration de Goldman Sachs[502]. La complexité des enjeux, leur « chiffrement » au sens propre comme figuré et leur niveau transnational les rendent moins accessibles aux politiques, contraints d'acter les décisions des spécialistes[503]. De sorte que finalement, « les mécanismes de suivi des instances de certification tiennent lieu de substitut au débat public ».[504]

Mais la compliance vise justement l'intelligibilité. Parallèlement pourtant, c'est la mission des outils de la conformité que de traduire au sein de l'entreprise et en langage opérationnel les principes régulatoires ou légaux définis à une maille théorique. Ainsi le code de conduite, premier pilier de la conformité selon l'article 17 de la loi Sapin 2 est attendu comme « définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire comme étant susceptible de caractériser des faits de corruption et de trafic d'influence », et le sixième pilier

[501] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.78
[502] SUPIOT Alain, « Conférence inaugurale, Le règne de la loi face à l'empire du calcul », 2021.
[503] « Code is Law », dira le professeur de droit constitutionnel Lawrence Lessig, au sujet du pouvoir normatif du langage informatique lui-même.
[504] BONNEAU T, « « la gouvernance technicienne des marchés financiers » », in *Le droit souple démasqué, Sarah Cassella (dir.)*, 2018. cité par SOREL J.M., « Le rôle de la soft-law dans la gouvernance mondiale », *RED2*.

invoque un « dispositif de formation », que les lignes directrices mettent au cœur du dispositif[505]. Il apparaît donc que le législateur ait pris conscience de ce biais techniciste puisque les indicateurs sont désormais également concentrés sur la formation des opérationnels, comprenant notamment le « taux de couverture de la formation au regard du public visé » et le « nombre d'heures de formation », avec un contrôle du compliance officer sur le « calendrier des formations, leur contenu pédagogique », « le déploiement du dispositif et les indicateurs associés »[506]. C'est en effet ultimement cette culture éthique de l'entreprise, qui déterminera, comme nous le verrons, le degré de responsabilité de la personne morale.

Conscience sans science n'est que ruine de l'âme. Plus encore, s'il est convenu de critiquer philosophiquement cette technicité, on ne saurait perdre de vue l'équilibre qu'elle permet. Nous prenions plus tôt l'exemple du Vatican, qui incarne par principe une position particulièrement axiologique, avec une certaine méfiance envers la régulation technique. La méthode de règlement des manquements observés emboîtait le pas d'une telle logique puisqu'à chaque nouvelle affaire, les plus éminents prélats, dont la probité personnelle était au-dessus de tout soupçon, se trouvaient nommés aux postes les plus stratégiques. Finalement, ces dernières années, la Curie s'est rendue à l'évidence de fautes commises moins par volonté de nuire que par la pusillanimité d'un défaut de technicité. Ainsi des laïcs remplacent-ils désormais les clercs aux postes les plus importants, à commencer par la tête de la banque IOR, dans une sorte d'inversion du mot de Rabelais où la « ruine de l'âme » viendrait désormais de la conscience sans science.

L'initiative reste à la démocratie. C'est donc moins sur la prééminence du rôle des experts que sur leur sacralisation au-delà du débat que la « nomocratie »[507] dénoncée par les philosophes des sciences politiques concurrencerait dangereusement la démocratie comme source de légalité. Lorsque, comme dans le cadre du projet de directive européenne anticorruption, l'étude « Strengthening the fight against corruption : assessing the EU legislative and policy framework » est commandée aux cabinets EY et Rand[508], c'est précisément en vertu d'un engagement de l'Union à faire auditer les écarts et évaluer les

[505] Elles y consacrent plus d'une vingtaine de points (de 179 à 200), sans compter ceux destinés aux formations spécifiques comme le traitement des alertes. LD AFA, JORF n°0010 du 12 janvier 2021.
[506] Lignes directrices de l'AFA p.28
[507] Pierre-Henri Tavoillot par exemple, mais aussi d'éminents juristes comme Jean-Eric Schoettel ou Pierre Steinmetz.
[508] Commisson européenne, Gaglio I, Guzzon J, Bartz K, et al, Office des publications, 2023.

incidences pour, dans le même mouvement, renforcer son efficacité et sa reddition de comptes démocratique.[509]

ii. La métrique comme source de normativité

Fonder la validité de la norme dans l'effectivité impose de donner à la mesure en elle-même une importance primordiale.

La douteuse loi des chiffres. Le spot du gouvernement français pendant la crise Covid peut sans doute offrir une illustration de ce transfert de pouvoir à la nomocratie, une « gouvernance par les nombres » pour reprendre Alain Supiot, que la crise systémique semblait justifier. Ce message télévisuel s'achevait en effet sur la déclaration : « on peut débattre de tout, sauf des chiffres ».[510] Or, ce parti pris nous semble justement contenir toute la problématique en la matière ; il semble que non seulement il puisse falloir débattre de tout, mais en priorité des chiffres desquels l'éthique épistémique nous enseigne qu'ils dépendent tout à la fois de leur source, de leur contexte et de leur interprétation[511].

La nécessaire quantification. La compliance, en science de la prévention, développe de nombreux indicateurs et sauf à verser dans l'incantation on ne saurait s'en passer. L'exemple le plus actuel est sans doute la CJIP qui franchit enfin le pas vers une prévention chiffrée du montant de l'amende en détaillant les critères et les coefficients qui la déterminent[512]. Sans doute que l'assurance de prévisibilité garantie à l'entreprise souhaitant s'auto-révéler était à ce prix, même si des voix ne manqueront pas de s'élever pour s'inquiéter de cette révolution pénale comme nous l'évoquons *infra*.

Mais l'ambivalence des chiffres. Cependant, tous étant remontés régulièrement à la direction générale, conformément aux recommandations de l'AFA, ils requièrent des chiffres particulièrement synthétiques à l'instar d'une cartographie des risques sibylline comme nous l'étudions *infra*. Or ces chiffres s'avèrent n'avoir aucune valeur par eux-mêmes. Faut-il par exemple se féliciter d'un très faible nombre d'alertes internes substantielles dans une

[509] « Conformément à l'engagement pris dans le cadre de la stratégie de l'Union visant à lutter contre la criminalité organisée pour la période 2021-2025 » Motifs, p.11 projet de directive anticorruption UE 23
[510] Posté notamment sur le compte twitter du gouvernement le 19 août 2021
[511] C'est en cela que nous rejetons la perspective d'un modèle chinois reposant sur le nombre, même s'il semble donc avoir atteint jusqu'à la communication gouvernementale.
[512] CJIP Lignes directrices v.2 p. 15

organisation ? Les entreprises ne s'accordent pas sur ce point, et leurs départements s'opposent suivant qu'il s'agisse de la direction de la compliance, de la direction juridique ou du secrétariat général. La logique traditionnelle pénale conduirait probablement à s'en réjouir, alors que la compliance lui apporte la logique opposée : si les signalements internes de l'entreprise sont nombreux c'est que le système d'assainissement fonctionne.

Des indicateurs pour penser contre soi. Ce faisant, la compliance apporte donc une réponse à la peur de cette « gouvernance par les nombres » qu'un Alain Supiot assimile à la planification soviétique d'objectifs artificiels[513]. En effet, les chiffres de la compliance ne sont bons que s'ils témoignent d'une entreprise qui pense contre elle-même, autrement ils risquent de se satisfaire de mesures d'affichage[514]. La compliance n'est donc pas réductible à des indicateurs de prévention du risque pénal, elle importe également une nouvelle culture qui inverse le paradigme. Ce signe de conscience de la personne morale que nous approfondissons *infra* distingue la compliance de la conformité brute : à rebours du « totem de la norme »[515], les chiffres deviennent des anti-indicateurs[516].

Vers une systématisation digitale. La systématisation et l'automatisation des contrôles digitaux distingue une banque pro-numérique telle que Goldman Sachs, d'une plus traditionnelle comme Lehman Brothers, et selon Kenneth A. Bamberger dans *Technologies of compliance*[517] distingue leurs sorts respectifs au sortir de la crise de 2008. Mais créer un système pour surveiller un système ne nous paraît pas un argument très convainquant tant il risque l'auto-entretient et l'autojustification. Nous rejoignons plutôt l'auteur lorsqu'il tempère enfin son propos, en considérant que l'automatisation des processus, en nourrissant ses propres extrapolations détachées de tout sens réel, n'est peut-être justement pas innocente dans les causes de la crise financière.

Ainsi, non seulement la métrique normative occulte certains aspects, notamment les contextes, mais plus radicalement se focalise sur la mesure de ce qui peut être mesuré, au point de développer parfois une réalité aussi cohérente qu'elle est alternative. C'est selon Tariq Fancy, l'ancien responsable de la pratique ESG du fonds Blackrock, une « distraction

[513] SUPIOT Alain, *L'Esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010.p.56
[514] BONNEAU T, « « la gouvernance technicienne des marchés financiers » », in *Le droit souple démasqué, Sarah Cassella (dir.)*, 2018. p.232
[515] BRUNA Maria Giuseppina, PERETTI Jean-Marie et YANAT Zahir, « Les nouveaux défis de la diversité : totems à dépasser et paris à relever », *RIMHE Rev. Interdiscip. Manag. Homme Entrep.*, n° 20, 5, 2016.
[516] A telle enseigne que dans le cadre d'une CJIP par exemple, si les faits ont été révélés par le biais du système d'alerte interne, une minoration de l'amende est prévue par les lignes directrices LD CJIP 2 p.15
[517] BAMBERGER Kenneth A., « Technologies of compliance », *Tex. Law Rev.*, 88, Texas Law Review Publ Inc, 2010.

mortelle » [518], qui s'autojustifie et ce faisant occulte l'autonomisation progressive de son système vertueux, hors de tout effet réel : il s'agirait ici selon notre nomenclature d'un défaut de conformité du 4ème degré.

C'est précisément la logique inverse qui doit intervenir en compliance : éclairer le système en lui-même et ses présupposés, plutôt que le résultat produit !

iii. La compliance, droit servant sans substance ?

L'étape ultime d'une quantification du droit pénal est de lui ôter toute dimension axiologique, tombant ainsi dans la gestion opportune de l'interdit comme vu *infra*. Ce faisant, le droit répressif suivrait les trois étapes de gouvernementalité décrites par Foucault, passant du rituel au disciplinaire, et désormais au managérial. Ce prisme guette effectivement la conformité, *a fortiori* réduite à ses aspects automatisés comme l'espèrent certains industriels de la compliance.

Faute de toute substance, une compliance fondée sur la seule efficacité sera réduite à des analyses de court terme.[519] Dès lors, le droit pénal lui-même deviendrait une voie d'exécution du droit ordinaire ![520] Le cas de certains autorités administratives qui font du droit pénal un catalyseur de leur action en fournit l'exemple éloquent. Ainsi en est-il de l'Autorité de la concurrence, qui tient explicitement le droit pénal pour une occasion de « renforcer l'efficacité de l'action administrative de l'Autorité »[521].

La perspective « éthique et conformité » adoptée par nombre d'entreprise nous paraît la plus pertinente à cet égard. C'est ainsi que la compliance peut marcher sur ses deux jambes : les principes et les procédures. Tout le cours d'Alain Supiot au collège de France procède de cette inquiétude envers « cette gouvernance par les nombres » qui fait que « la raison du pouvoir n'est plus recherchée dans une instance souveraine transcendant la société, mais dans des

[518] FANCY Tariq, « The Secret Diary of a 'Sustainable Investor' », 2021.
[519] GARAPON Antoine et COLOMBET Astrid Mignon, « D'un droit défensif à un droit coopératif », *Rev. Int. Droit Économique*, De Boeck Université, 2016.
[520] FRISON-ROCHE Marie-Anne, LJA 2019
[521] Selon l'expression de Robert Saint-Esteben

normes inhérentes à son bon fonctionnement »[522]. Non seulement le détachement de principes éthiques en aplomb des procédures, est une condition pour ne pas réduire la compliance à sa partie techniciste, mais il lui permet surtout de ne pas verser dans l'autoréférencèrent du système qui annihile toute conformité aux degrés supérieurs. Dès lors, concevoir la compliance comme une véritable branche du droit suppose de renforcer sa littérarité ; c'est une matière discursive qui doit pouvoir conserver toute sa rigueur de raisonnement sans se réfugier derrière une mathématisation de façade.

b. Le cas symptomatique de l'indicateur fondamental : le CPI de Transparency

L'éthique épistémique apparaît par construction comme le meilleur moyen d'introduire du discursif dans l'inertie du chiffre. L'étude du fameux indice de perception de la corruption développé par Transparency International et publié chaque année à la fin du mois de janvier en offre un exemple frappant[523].

Quand bien même les méthodologies sont en partie publiées[524], les classifications portent en germe le risque de biais voire de manipulation. Appréciées à la fois des politiques, des journalistes et des entreprises pour leur caractère synthétique, maniable et communicant, les outils d'évaluation, notamment par le classement des pays, se sont multipliés depuis les années 2000, posant plus radicalement encore la question de l'éthique épistémique, c'est-à-dire de la triple rigueur des données, des méthodes, et des conclusions.

Le rapport *Doing business* de la Banque Mondiale qui produisait depuis 2003 un indicateur de facilité des affaires[525] a ainsi été abandonné à la suite d'une succession de scandales de manipulations[526] révélées par le *Wall Street Journal,* le *Financial Times* et *The Economist*. Le cabinet indépendant dépêché pour auditer l'intégrité du rapport a mis en évidence de nombreux manquements, fait état de nombreuses pressions et révèle que plus de la moitié des employés admet avoir manipulé des données[527].

C'est un autre indice, exempt de toute allégation de fraude, que nous souhaitons analyser ici pour manifester les enjeux de l'expertise calculatoire dévolue sans contrôle à des acteurs

[522]SOUPIOT Alain, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard. Paris, 2015.
[523] CHUILON-CROLL Jean, « Les limites de l'indice corruption de Transparency International », *Echos*, 2020.
[524] Ou au pire adressées à la demande, comme ce fut notre cas.
[525] Utilisé notamment pour arbitrer des investissements dans les pays émergents
[526] Jusqu'à mettre en cause Kristalina Georgiva, alors directrice de la Banque Mondiale et devenue depuis directrice du FMI, pour avoir frauduleusement majoré l'indice chinois de 7 places.
[527] MACHEN Ronald, « Investigation of Data irregularities in Doing Business », WilmerHale, 2021.

privés, si bénévolents soient-ils. Il ne s'agit pas d'incriminer la moindre volonté falsificatrice mais plutôt, dans une mise en abyme des méthodes de la compliance, d'envisager les conséquences d'une systémie incontrôlée.

Transparency International, ONG fournissant un travail considérable dans la lutte contre la corruption, bénéficie d'une visibilité servie notamment par son célèbre indice de perception de la corruption[528]. Tous les acteurs de la compliance s'y réfèrent volontiers, depuis l'AFA qui en recommande l'utilisation dans ses recommandations publiées au Journal Officiel, jusqu'aux entreprises qui y fondent leurs due-diligences et arbitrent ainsi leurs niveaux de contrôle d'intégrité. Cependant, nous identifions dans cet indice des limites fondamentales portant sur trois ordres : sa méthode, son indépendance et son hégémonie.

i. Questionner sa méthode

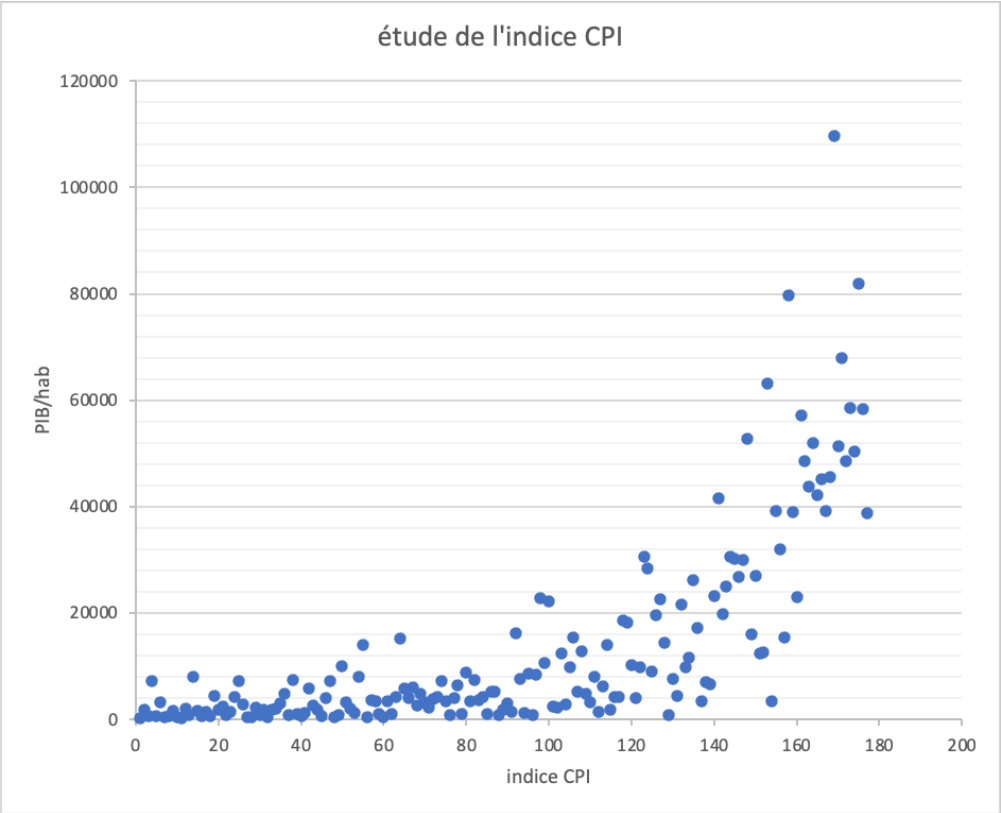
On peut d'abord s'interroger, à la suite de Guillaume Louis[529] et dans le prolongement de nos développements sur les anti-indicateurs, sur le principe d'un indice synthétique de corruption. En effet la définition étant complexe, les situations couvertes sont nombreuses et recouvrent autant des pactes de corruption organisés par des investisseurs que des situations d'extorsion.

La difficulté est dédoublée par la notion de corruption perçue. Si on comprend volontiers cette approche rendue pragmatique par la disette de données sur une infraction occulte par construction, en faire reposer l'étude sur la perception court le risque d'auto-entretenir une tendance qui serait déjà très déterminée culturellement. Cela pourrait par exemple expliquer la première place attribuée au Danemark alors que la banque qui représente la majeure part de son système financier, la Danske Bank est empêtrée dans le plus gros scandale de blanchiment de l'histoire européenne. Autre exemple encore plus énigmatique, celui des Émirats Arabes Unis : le pays est classé 21e, devant la France (23e) ! Cependant, ce même pays est considéré au classement mondial de la liberté de la presse comme un des pires pays du monde, pointant à la 133e place. Comment donc peut-on attribuer une si bonne place en matière de perception de la corruption à un pays dont les journalistes sont persécutés, alors même que l'on sait le rôle fondamental que joue la presse en matière de lutte contre la corruption ? Et l'on pourrait

[528] La recherche d'occurrences via Google Trends permet de manifester un pic d'activité à chaque nouvelle édition du classement CPI.
[529] LOUIS Guillaume, « De l'opacité à la transparence », *Déviance Société*, 31, Médecine & Hygiène, 2007.

multiplier ces exemples absurdes, comme Singapour qui est chaque année dans le top-5 des pays les moins corrompus du monde selon le CPI de Transparency, alors qu'elle pointe parmi les cancres (139ème mondial en 2022) à l'indice RSF.

Par ailleurs, la réalisation d'une régression entre le niveau de PIB par habitant et le score à l'indice Transparency nous indique une corrélation particulièrement étroite entre ces deux données, avec un coefficient de corrélation à 0,799 (graphique ci-dessous). Dès lors, le niveau de richesse par habitant du pays permet de prédire avec une probabilité de 80% son niveau de corruption. Le classement ne serait-il alors qu'une instance de congratulation entre pays développés ?



ii. Questionner son indépendance

Plus fondamentalement, nous pouvons nous interroger sur le niveau d'indépendance de cet indice. Comme le rappelait Mireille Delmas-Marty, essentialisant une qualité qu'on pensait purement procédurale : « la première qualité d'un expert, c'est son indépendance »[530].

On peut à un premier niveau constater que selon le *Financial highlights report* de Transparency International, cinq gouvernements totalisent 54,7% du budget annuel de l'ONG[531]. Par ailleurs, les données elles-mêmes font montre d'un certain monolithisme, puisque la majorité des sources, 7 sur un total de 13, sont directement ou indirectement américaines[532]. Parmi elles, des sources qualifiées « organisme de surveillance indépendant » comme la Freedom House sont financées à 90% par le gouvernement américain. Notons enfin que 2 des 6 sources restantes émanent du groupe de médias allemand Bertelsmann, détenu par la famille Mohn, justement réputée pour son activisme politique[533].

Dès lors, il nous semble que l'indice pourrait utilement bénéficier d'une plus grande variété de sources et privilégier celles émanant d'organisations internationales publiques et de projets de recherche universitaire internationale[534].

iii. Questionner son hégémonie

C'est enfin l'hégémonie de cet indice que nous devons questionner. En effet, sa position est quasi monopolistique tant ses rares concurrents sont invisibles. Chaque institution, chaque base de *due diligence*, chaque étude de risques, devrait par principe recourir à, au moins, deux indices concurrents pour mettre en concurrence les méthodes ; l'expérience montre que ça n'est pour ainsi dire jamais le cas, alors même qu'on a de plus en plus recours à de tels indicateurs, sans que l'offre ne se diversifie. On se souvient pourtant de l'admonestation de Mireille Delmas-Marty : « la confrontation, toujours ! », pour que cet outil ne devienne pas, à son corps défendant, un instrument d'influence.

La commission des affaires étrangère de l'Assemblée nationale soulevait dans son rapport sur *Les vecteurs privés d'influence sur les relations internationales* la « délicate question de la sincérité des ONG », citant en particulier Transparency international. Face à

---

[530] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013.
[531] Le gouvernement allemand, à lui seul, contribue à 13,9 % de son financement https://www.transparency.org/en/publications/annual-report-2019
[532] 7 sources sur 13 sont directement ou indirectement américaines, c'est-à-dire dépendantes du gouvernement américain, dirigées depuis le sol américain ou dirigées par un citoyen américain.
[533] SCHULER Thomas, *Bertelsmannrepublik Deutschland: Eine Stiftung macht Politik*, Campus, 2010.
[534] A la seule maille française, on peut saluer en ce sens le projet de recherche universitaire initié par l'AFA, le Centre de recherche de l'école des officiers de la gendarmerie nationale (CREOGN) et le Centre de recherche de l'école supérieure de la police nationale (CRENSP).

l'accroissement bienvenu du lien des ONG avec les décideurs politiques, il serait sain que de telles organisations renforcent la transparence qu'elles promeuvent et que les acteurs publics développent une saine émulation par leur mise en concurrence.

Remarquons enfin qu'une des études les plus précoces sur le sujet de la compliance « Corporation as a crucial ally against corruption » reposait sur trois sources de données : le « Doing business », le « Corruption perception index » et le « Bribe payers index ». Ce dernier ayant été abandonné en 2012[535], c'est toute la démonstration reposant sur ces données qui paraît finalement s'étioler. [536] Dans ce contexte, on peut que se féliciter de l'article 26 de la proposition de directive européenne anticorruption qui prévoit une collecte détaillée de données statistiques en 11 catégories et, explicitement, « dans un format lisible par machine et ventilé »[537].

2. La marchandisation du droit pénal par la compliance

L'irruption soudaine de la compliance sur le marché français a fait naître une industrie aussi prospère qu'elle se donne le bien comme but et l'amélioration continue comme moyen. Elle génère un écosystème particulièrement original dans le champ du droit en ce qu'il repose, par construction, sur le financement des entreprises[538]. Pour gagner en efficacité, le droit pénal quitte sa position de surplomb et perd ainsi son indisponibilité. Nous identifions ainsi trois promoteurs de la compliance pénale, du plus explicitement marchand au moins explicitement marchand.

[535] « Old Wall Street Journal report about corruption in Malaysia recirculates online », 2022.
[536] BOUCHERON Jean-Michel et MYARD Jacques, « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les vecteurs privés d'influence dans les relations internationales ».
[537] Article 26 du projet de directive UE, 2023
[538] La marchandisation n'est pas un problème en soi, façon « marchands du temple » ; au contraire, cette désacralisation peut être bénéfique au système. Néanmoins, la marchandisation n'est jamais anodine en ce qu'elle suppose par construction un conflit d'intérêts. On pourrait prendre l'exemple de l'équipementier Nike, qui devant le scandale naissant au sujet de sa délocalisation systématique de ses activités de production dans des pays aux droits humains balbutiants, a demandé à rien de moins qu'Andrew Young, ex-ambassadeur des Etats-Unis auprès des Nations-Unies et ancien bras-droit de Martin Luther King de conduire une équipe d'auditeurs sur ce sujet. Andrew Young, depuis devenu lobbyiste de premier plan, a rendu un rapport très favorable à l'entreprise, mais pouvait-il en être autrement, tant toute l'initiative, la sélection, le financement et même l'organisation reposait sur le donneur d'ordre ?

a. Les promoteurs économiques : le marché de la compliance pénale

En inversant la perspective qui nous amène à établir la compliance sur les mécanismes de marché, il est indispensable d'étudier la mesure suivant laquelle, absorbée, elle fait elle-même l'objet d'un marché.

i. Le pivot opportun des cabinets de conseil

Au-delà des conseils juridiques traditionnels, on retrouve des formateurs à destination des salariés exposés, de nombreuses conférences payantes pour décrypter la complexité du phénomène[539], des abonnements aux bases de due diligence, des logiciels permettant de générer les outils exigés, sans compter le florissant marché des enquêtes internes qui constitue un pan substantiel de ce marché.

Dès 2006 Tanina Rostain soulignait dans *The Emergence of « law consultants »*[540], l'opportunité que représentait le monde de la compliance pour le secteur parfois ensablé du droit. L'année 2008 lui a donné raison puisqu'elle a été celle d'un pivot de nombreux cabinets se détournant d'une lucrative activité en faveur des marchés vers une autre en faveur de leur régulation. Le DOJ n'hésite pas à publier les frais déboursés par l'entreprise pour son enquête interne et sa mise en norme. Ainsi à l'occasion du DPA Siemens en 2008, 1,5 million d'heures ont été facturés par les cabinets Debevoise et Deloitte et leurs 100 avocats et 130 comptables[541].

A la même époque et sur le seul secteur de la lutte antiblanchiment, le professeur Antoinette Verhage propose une étude de terrain sur l'industrie de la compliance. Elle constate que « the compliance industry strives for profits based on the implementation of AML measures and benefits extremely form each new kind of regulation or legislation. Moreover, we conclude that legislation has actually strengthened and consolidated the compliance industry by obliging banks to make use of their services"[542]. Elle décrit également une économie qui prospère sur le risque réputationnel dont on sait les proportions irrationnelles qu'il peut prendre[543].

Autant d'opportunités commerciales ne peut que permettre de générer une meilleure offre à destination des entreprises régulées. Notons toutefois deux conditions : qu'on n'observe

[539] Où se rendent volontiers les autorités en charge, augmentant d'autant la nécessité perçue de s'y rendre.
[540] ROSTAIN Tanina, « The Emergence of "Law Consultants" », *Fordham Law Rev.*, 75, 2006.
[541] the District of Columbia., 9 juin 2015, nº 08-CR-367-RJL, *United States V. Siemens Aktiengesellschaft Court Docket Number*.
[542] VERHAGE Antoinette, « Between the Hammer and the Anvil? », *Crime Law Soc. Change*, 52, 2009.
[543] « The compliance industry takes advantage of the need for an image of integrity and compliance stimulates the demand for advice" *Ibid.* p.16

pas de positions monopolistiques dangereuses sur le marché[544], et que celui-ci ne soit pas artificiellement entretenu par des acteurs réalisant un lobbying répressif auprès des régulateurs. Si nous prenons l'exemple des CJIP, le recul étant faible par la nouveauté de l'outil ainsi que le petit nombre de transactions, et le spectre des montants particulièrement étendu, les entreprises sont tentées de sélectionner toujours les mêmes avocats pour réaliser leur négociation, afin de bénéficier de leur expérience passée. Le risque est de ne pas venir concurrencer leurs méthodes, ne pas proposer de nouvelle approche aux procureurs, et de leur laisser développer une rente qui n'incite pas à leur amélioration. Les nouvelles lignes directrices de la CJIP peuvent ainsi apparaître comme une opportunité de rendre l'approche plus rationnelle pour les parties prenantes, et d'ainsi ouvrir le marché des interlocuteurs des parquets, et n'en pas rester à « un barreau du PNF » comme évoqué par le procureur de la République financier lui-même.

ii. Le risque d'entre-soi des régulateurs privés

La privatisation du droit pénal que provoque la compliance pose radicalement la question des conflits d'intérêts.

Les compromissions individuelles. Le cas de certaines personnes physiques comme celui de Dominic Thorncroft peuvent apparaître frappants tant l'abus de la situation de conflit d'intérêts est consommée. En effet, Dominic Thorncroft était tout à la fois président de l'association britannique des établissements de paiement, expert de la réglementation anti-blanchiment auprès des médias, éminent formateur en compliance, conseiller des régulateurs. En 2021, ces affaires fructueuses se sont arrêtées net puisqu'il est lui-même condamné à 18 mois de prison avec sursis pour blanchiment[545].

Le pouvoir des Big. Mais c'est le cas des grandes entreprises qui nous intéresse ici, à la fois parce qu'il est moins identifié, parce qu'il est plus structurel, et finalement parce qu'il est plus pervasif. En effet, hormis l'affaire Enron qui causa la disparition du cabinet Andersen en 2002, les recensements de telles compromissions sont rares. Mais les affaires Parmalat,

[545] Communiqués du CPS des 23 juin 2021 et 30 juillet 2021.

Steinhoff, Tesco, Bankia, Autonomy, Olympus, BHS, Pendragon, Carillioin, NMC Health, Thomas Cook, Gupta, Wirecard, William Saurin se succèdent, mettant en cause de la même façon la responsabilité de leurs cabinets d'audit, sans que les sanctions ne compensent véritablement ce marché. En matière de compliance, ce qu'il est convenu d'appeler « les Big » n'interviennent pas seulement pour certifier les procédures ou pratiquer des due diligences ; on les retrouve en instigateurs des projets de réglementation, à l'interprétation des normes auprès des entreprises, à l'installation ou « implémentation » des outils, dans les enquêtes internes des entreprises, dans les audits de l'AFA, dans le suivi des programmes de conformité des CJIP, etc. Cette privatisation de la responsabilité pénale d'un bout à l'autre de la chaîne est propre à la compliance et engendre une asymétrie d'information particulièrement forte leur conférant un pouvoir décisionnaire certain[546].

Le cas paradoxal de Blackrock. La sélection de Blackrock par la Commission européenne en juillet 2019 peut apparaître comme un cas d'école. Le géant américain de la gestion d'actifs est en effet recruté pour réaliser l'intégration des facteurs ESG au cadre prudentiel du secteur bancaire de l'Union Européenne. L'opinion publique, quelques députés et de nombreuses ONG se sont émus du résultat de l'appel d'offre déposé en juillet 2019, et la médiatrice de l'UE a rendu un rapport accablant[547]. Néanmoins, et malgré le conflit d'intérêts patent d'un puissant fonds américain, aux nombreux clients directement concernés par cette régulation, tout le dispositif de conformité avait été scrupuleusement observé. Trois critères ont effectivement permis à la société d'investissement de remporter haut-la-main le contrat stratégique sans que les appels trouvent à y redire : son expertise incontestable, ses prix très inférieurs au marché (seulement 280.000€) et un dispositif « china-wall » de ségrégation de ses activités de conseil. Devant une telle offre, la compliance semble être prise à son propre jeu : si les critères de sélection sont tous strictement objectifs, sans aucune dimension axiologique, politique ou subjective, des acteurs mal intentionnés mais bien organisés peut trouver à s'imposer.

[546] FASTERLING Bjorn, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Rev. Int. Droit Econ.*, t. XXX, De Boeck Supérieur, 2016. p.220

[547] O'REILLY Emily, Decision of the European Ombudsman in joint inquiry 853/2020/KR on the European Commission's decision to award a contract to BlackRock Investment Management to carry out a study on integrating ESG objectives into EU banking rules, European Commission, 23 novembre 2020

b. Les promoteurs sociétaux : la formation de l'opinion publique

Le binôme associations – médias représente le deuxième pan de la privatisation des sources de responsabilité pénale, d'autant qu'il emprunte volontiers les méthodes de lobbying du privé. M. Serge Guinchard en parle comme des instigateurs de « procès-hors-les-murs »[548], tandis que M. Beaussonie parle même de « droit hors-la-loi ».

La compliance reposant sur le quasi-pénal, l'activité quasi-judiciaire de ces acteurs trouve légitimement à y prospérer. Aussi constate-t-il que les règles diffusées ne proviennent plus d'institutions publiques au premier rang desquelles le Parlement mais bien de « corps intermédiaires » qui, s'ils défendent des intérêts légitimes et collectifs et font la promotion d'idéaux moraux, peinent à représenter l'intérêt général lui-même[549].

i. Le couple-moteur associations – médias

Conscientes qu'il faut sinon suppléer en tout cas assister le législateur dans l'écriture du cadre pénal, les ONG adoptent des méthodes jusque-là réservées au lobbying du monde des affaires, appelées le plaidoyer. Elles bénéficient d'une légitimité supérieure en ce qu'elles peuvent difficilement être soupçonnées de relever de la lex mercatoria. Bien que leur extraction soit souvent internationale, leur implantation locale permet d'illustrer par des témoignages concrets des situations non ou mal saisies par le législateur.

Force de proposition sur des sujets de lois à l'instar de Transparency International sur la loi Sapin 2 et sur la loi devoir de vigilance, elles constituent aussi un puissant relais de régulations internationales que les Etats parties peuvent être réticents à mettre en œuvre.

Les nombreuses ONG proposant leur soft-law, exemple Transparency et ses guides très détaillés, très suivis, par le justiciable comme par les autorités. Consciente de leur pouvoir de sanction extrajudiciaire, les entreprises se pressent à leurs formations, à leurs certifications et les financent volontiers[550].

---

[548] GUINCHARD Serge, « Les procès hors les murs », *Droit Civ. Procédure Linguist. Jurid. Écrits En Hommage À Gérard Cornu*, 1994.

[549] GUINCHARD Serge, « Les moralistes au prétoire », *Jean Foyer Auteur Législateur Leges Tulit Jura Docuit Écrits En Hommage À Jean Foyer 1997*, 1997.

[550] Forum des entreprises engagées pour TI par exemple, 10.000 euros par an

Un rôle méta-normatif : « Les ONG participent à la fabrication des causes en reconstruisant les événements à partir d'une trame narrative ; elles proposent une lecture normative du monde », devenant « de véritables entrepreneurs de normes »[551]. La technicité des normes en a éloigné le citoyen, d'autant plus sûrement qu'il n'était pas directement concerné. Cette capacité des ONG à proposer un récit est centrale : aux yeux du public les règles apparaissent d'autant plus ponctuelles qu'elles sont techniques, empiriques, voire casuistiques. C'est leur restitution dans un ensemble coordonné qui leur confère suffisamment de sens pour révéler les valeurs ultimement protégées par la société[552].

Le critère de l'ordre public. L'atteinte à l'ordre public est l'étalon de toutes les infractions économiques et financières, faute pour elles bien souvent de pouvoir identifier et quantifier des dommages. A telle enseigne que les lignes directrices de la CJIP tiennent désormais le trouble grave à l'ordre public pour le critère majorant le plus élevé, à +50%. Ce faisant, les médias deviennent dépositaires d'un grand pouvoir d'appréciation de l'affectation de l'ordre public, et donc du niveau de sévérité de l'infraction constatée.

De leur côté, les associations peuvent désormais se faire reconnaître le statut de victimes. La logique sous-jacente d'un couple moteur associations-médias se justifie bien du point de vue criminologique tant les victimes sont diffuses en matière de délits économiques et financiers. Cela s'explique d'autant plus dans le contexte exposé précédemment de recul de l'État, qui avait jusqu'à lors écarté les victimes du procès pénal en incarnant lui-même leur cause[553]. La limite en retour, c'est de les rendre dépositaires de cet ordre public, et de leur conférer un rôle majeur dans une confrontation pénale, qui devrait par nature ne retenir que l'État et le mis en cause. Dès lors ne sont-elles plus seulement concurrentes du ministère public hors des prétoires, mais dans les prétoires.

[551] DEBOS Marielle et GOHENEIX Alice, « Les ONG et la fabrique de l'"opinion publique internationale" », *Raisons Polit.*, 19, Presses de Sciences Po, 2005.
[552] On retrouve le même effet à une échelle moins systémique parmi les divers experts médiatiques de criminologie : « la doctrine pénaliste subit la concurrence de prétendus criminologues dont les formations sont les plus diverses et dont les anecdotes fascinent les médias » : là encore, c'est la capacité à construire un récit pénal qui prévaut. DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Dalloz, 2021. p.587
[553] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004.

Le maintien de la pénalisation. Nous avons vu précédemment combien la répression pénale du droit de la consommation était précieuse pour contrôler l'application d'engagements unilatéraux de l'entreprise. Mais si le cadre pénal persiste dans cette matière, alors-même qu'il en a quitté d'autres une fois celles-ci fermement installées comme le droit des sociétés[554], c'est probablement le fait de nombreuses associations attentives à ce que les pouvoirs publics restent mobilisés. Là encore donc, le parallèle entre la compliance et le droit de la consommation nous apparaît pertinent, les associations empêchant un État désinvestisseur de se rendre à la dépénalisation. Le droit de la consommation étant devenu un droit de la régulation économique[555] en faisant du consommateur un acteur du droit de la concurrence[556], faut-il s'attendre à ce que la compliance suive le même chemin, celui d'un droit en trois strates hiérarchisées, civil puis pénal et administratif ? Ce faisant, et comme déploré en droit de la consommation, le droit pénal dans le champ de la compliance serait réduit à un rôle subsidiaire, à une fonction de pur droit sanctionnateur, perdant sa spécificité au profit d'une banalisation[557].

ii. Le risque clientéliste

Dans les médias, le financement peut être source d'un triple conflit : l'actionnariat du titre, la dépendance des annonceurs, la recherche d'une audience. Des mots même de Robert Badinter : « il faut bien mesurer que la finalité des médias n'est pas la finalité judiciaire et qu'il y a une sorte d'hétérogénéité entre leurs démarches.», ajoutant « la recherche du succès de l'émission et de l'audimat (je n'ose parler du culte de l'audience, mais il existe) est un impératif catégorique. » [558]

Si par le prisme de la compliance le rôle normatif des ONG et leur magistère moral sont devenus prégnants dans toutes les sphères de la société, c'est moins la qualité de leur intervention que leur absence de tout contrôle qui interroge[559].

---

[554] Notamment en droit pénal des sociétés comme exposé par Lepage 630
[555] BAZIN, E., *un an de droit pénal de la consommation*, Dr. Pén 2018
[556] « l'idée de protection du consommateur est décloisonnée. Elle dépasse le simple droit de la consommation pour venir imprégner de plus en plus la régulation de la concurrence. » DEBOS Marielle et GOHENEIX Alice, « Les ONG et la fabrique de l'"opinion publique internationale" », *Raisons Polit.*, 19, Presses de Sciences Po, 2005.
[557] LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick et SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 2020. p.634
[558] BADINTER Robert, « Rencontres Sénatoriales de la Justice 2005 », sur *Sénat*, publié le 3 avril 2023. L'expression empruntée à la quête morale de Kant n'a rien d'anodin..
[559] MATHIEU Bertrand, *Le droit contre la démocratie ?*, Eyrolles, 2017. p.138

L'indépendance envers l'externe. Un rapport parlementaire s'inquiétait il y a dix ans de la croissance de leur rôle de vecteur d'influence privé sur les intérêts du pays.[560] Plus récemment, l'audition parlementaire du directeur du renseignement et de la sécurité de la défense, le Général Bucquet, a pu confirmer ce risque d'ingérence externe : « Les ONG sont-elles instrumentalisées ? Ce qui est sûr c'est que certaines, notamment panafricaines, qui agissent contre nos opérations extérieures, sont financées par des puissances étrangères »[561].

L'indépendance envers l'interne. Le risque de défaut d'indépendance est aussi présent à l'interne ; celui reproché à l'association Anticor : le risque d'une instrumentalisation tierce. En effet, un seul donateur totalise 7,5% de son budget[562], et l'association ne s'est pas prononcée sur l'impossibilité de lui faire des dons fléchés, c'est-à-dire affectés au développement d'une cause plutôt qu'une autre. Le renouvèlement de l'agrément judiciaire de l'association a été annulé avec effet rétroactif par le tribunal administratif de Paris en juin 2023[563]. On regrette toutefois que ces procédures d'agrément relèvent du pouvoir exécutif, par hypothèse le moins bien placé pour juger de cette indépendance[564].

Toute la difficulté, qui au fond est caractéristique de la compliance, c'est d'identifier la nature du transfert. L'association la plus intègre, la plus indépendante et la plus généraliste ne sert jamais que son objet social, avec les partis pris de l'administration qui est la sienne.

La concentration économique. La concentration économique des médias fait courir ce risque, identifié dès les premières pages du rapport de l'IGF : « assurer l'indépendance et l'honnêteté de l'information (formulation issue de la jurisprudence constitutionnelle) : la théorie économique suggère que le risque de « capture » d'un média par des intérêts individuels, par exemple politiques ou industriels, s'accroît à mesure de la concentration du secteur,

[560] BOUCHERON Jean-Michel et MYARD Jacques, « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les vecteurs privés d'influence dans les relations internationales », 2011.
[561] « Pour obtenir un renseignement, il y a plusieurs moyens, le vol d'ordinateur dans une chambre d'hôtel ou un train, la séduction, l'hameçonnage, un dispositif de récupération des données sur un téléphone… Mais tout cela demande un investissement, alors qu'il y a un outil plus simple par le droit : c'est la compliance. Elle permet d'infliger des amendes recors et de récupérer beaucoup d'informations légalement »
[562] Bien que la CNIL confirme le caractère privé des informations sur ces grands donateurs.
[563] TA de Paris, 23 juin 2023, n° 2111821/6-1 ; un recours est pendant devant la CAA.
[564] Nous pourrions volontiers suivre la proposition du Pr Cassia par ailleurs membre du conseil d'administration d'Anticor, de mettre cette procédure d'agrément à la charge d'une autorité indépendante de l'État. Mais il nous semble que c'est précisément ce que le premier Ministre Castex a souhaité de facto en renouvelant l'agrément tout en émettant des réserves, afin que cette décision en revienne au juge administratif.

singulièrement dans un environnement où des médias sont détenus par des entreprises dont ce n'est pas le cœur de métier initial » [565].

Le *Canard enchaîné* avait ainsi révélé en septembre 2015 un mail de la régie publicitaire des quotidiens régionaux indiquant aux journaux que la campagne de publicité de Volkswagen pour un montant de 315 000€ prévue pour la semaine suivante serait annulée pour chaque journal qui ferait mention de l'affaire Dieselgate[566].

c. Les promoteurs académiques : la subsistance d'une science pénale

La perspective du rôle de l'expertise dans la responsabilité pénale nous amène finalement à considérer que c'est le fait de détenir un monopole de l'information technique qui a transféré aux entreprises le pouvoir normatif. Or, « dans l'ordre juridique traditionnel, la relation entre savoir et pouvoir relève du modèle de la séparation », comme le rappelait Mireille Delmas-Marty[567]. La recherche académique nous semble plus que jamais devoir participer à cette séparation salvifique.

i. L'apport technique de la recherche universitaire

Le défaut de cadre doctrinal. Les infractions dont traite la compliance sont complexes, d'où le besoin d'un expert, nouvelles, d'où le besoin d'un exégète, et structurelles d'où le besoin d'un externe[568]. Or, si les entreprises peuvent mener l'expertise, les médias l'exégèse et les associations l'extranéité, seule la figure de l'universitaire parvient à réunir ces trois fonctions. La technicité des infractions comme la complexité du réel devraient amener à « encourager des travaux de recherche dirigés vers une meilleur connaissance de la corruption » comme le demande lui-même le rapport d'évaluation de la loi Sapin 2[569]. Mais dans le même temps, la compliance elle-même est née sans cadre doctrinal, et se perpétue sans lui : *« Ne sont plus au*

[565] REQUIN Anthony et DE CREVOISIER Louis, « La concentration dans le secteur des médias à l'ère numérique », IGF-IGAC, 2022. p.4
[566] *Canard Enchaîné* du 30 septembre 2015
[567] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.177
[568] Externe étant entendu comme extérieur aux institutions, comme détaillé en partie suivante au sujet des systèmes.
[569] Rapport Sapin 2, proposition n°9

cœur du dispositif les acteurs classiques du « temps long », États, institutions, professeurs de droit, mais plutôt les acteurs du « temps court », Entreprises, Directeurs juridiques, Juges (Rakoff, Leon) et Cabinets d'avocats (law firms), ces derniers prenant la place de la doctrine avec leur site Internet présentant quasiment en temps réel les évolutions de la doctrine des procureurs et les derniers deals de justice qui deviennent la nouvelle « jurisprudence ». »[570]

La tentation de l'univocité. C'est ainsi par le prisme du droit pénal que cette recherche sur la compliance doit pouvoir prospérer, amenant toute sa rigueur à une matière par essence très perméable aux sciences sociales. Le philosophe marxiste Emmanuel Renault affirme que « les sociologues critiques peuvent parvenir à surmonter le jeu académique habituel des polémiques entre perspectives disciplinaires et programmes de recherche rivaux. Ils peuvent devenir des alliés politiques »[571]. C'est précisément ce qui pose problème à notre sens : de tels partis-pris politiques parmi les orientations scientifiques peuvent présenter un danger lorsqu'ils ne sont pas suffisamment discutés et contredits. Nous pouvons prendre à la suite de Mireille Delmas-Marty l'exemple du Groupe d'Experts Intergouvernemental sur le Climat, le GIEC qui, délibérément et par construction « encourage les éditeurs de revues à rendre compte de controverses »[572].

La mise en cause de la recherche. Appliquée au droit, la recherche en sciences sociales soulève chez certains scientifiques le soupçon de propos « invérifiables, incantatoires »[573]. Mais la recherche juridique elle-même n'est pas exempte du grief, à plus forte raison en matière de droit pénal des affaires. Il apparaît en effet que l'intrication des sources possibles, la complexité des points soulevés, leur réel intérêt doctrinal et le large

[570]GARAPON Antoine et COLOMBET Astrid Mignon, « D'un droit défensif à un droit coopératif », *Rev. Int. Droit Économique*, De Boeck Université, 2016. Nous sommes convaincus que, à l'instar des deux éminents auteurs de cette citation, une alliance de la recherche et du monde professionnel est possible, important en sciences sociales un mécanisme répandu dans les sciences dites dures, et qu'elle ne doit pas être contenue au secteur privé. Le développement de la recherche dans le monde professionnel, et singulièrement les thèses CIFRE en entreprise, en cabinet et même en juridiction pourrait être d'un grand intérêt. Le PNF par exemple, confronté à des problématiques très structurelles et très prospectives pourrait utilement consolider la convention qu'il nous a proposée en accueillant régulièrement des chercheurs sur le temps long. Le dispositif COFRA (Conventions de formation par la recherche en administration) que vient d'initier le ministère de l'enseignement supérieur, de la recherche et de l'innovation permet désormais de transposer le CIFRE aux employeurs de la fonction publique d'État. L'AFA a d'ores et déjà lancé de nombreux appels à projets par le fonds d'investissement pour les études stratégiques et prospectives sur les atteintes à la probité, notamment grâce au soutien de l'Institut des Hautes Études du Ministère de l'Intérieur IHEMI.

[571] E. Renault, *Les sciences scoiales critiques face à la souffrance au travail et aux suicides au travail.* Travailler, 2021/2, p.145

[572] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.182

[573] BAUMARD Philippe, « Le requiem des abscons », *Arch. Philos. Droit*, 62, Dalloz, 2020.

financement dont ils peuvent bénéficier du fait des parties commanditant l'analyse produisent parfois une multiplication des consultations contradictoires sur les dossiers. Or cette multiplicité de partis pris paraît diminuer d'autant leur valeur aux yeux du juge. Exemple peut en être pris de l'affaire Wendel où la Présidente de Perthuis balaie d'entrée lors de son prononcé la profusion de confrontations professorales.

La consécration de la recherche. Le harcèlement institutionnel caractérisé par le jugement France Telecom[574] est exemplaire du recours aux travaux universitaires et cliniques pour étayer une infraction, en l'espèce ceux de N. Chaignot Delage et C. Dejours.[575] Les juges de France Telecom considèrent justement que les travaux scientifiques antérieurs à l'adoption de la loi l'ayant nécessairement inspirée, il est utile à ce titre d'y avoir recours pour éclairer l'esprit de la loi[576]. « Le procès a fourni une illustration empirique fascinante de la manière dont les connaissances produites par les sciences sociales critiques peuvent devenir un outil efficace dans une lutte sociale concernant l'organisation du travail, les conditions de travail, et l'asymétrie de pouvoir dans une entreprise »[577]. Si la criminologie a toujours été ouverte à l'apport de sciences extérieures comme la psychologie, la compliance pénale est sans doute l'occasion de cultiver à nouveau une interdisciplinarité internationale, avec le renfort du *law & economics* et de l'analyse comportementale du droit, pour ne pas laisser le monopole de cet regard extérieur aux études les plus critiques.

La conformité du pénal au réel. On peut in fine faire de la compliance criminelle l'occasion pour le droit pénal des affaires de renouer avec le réel. La compliance force le droit pénal à se confronter à des concepts qu'il redoute, comme le risque, l'efficacité, l'effectivité. Elle propose un pont entre les catégories de la théorie juridique et la réalité des affaires, comme nous l'analysons en chapitre 3 par le prisme des « boîtes noires » de l'entreprise. Le juge et écrivain prolifique John Noonan ne dénonce pas autre chose que les dangers d'un formalisme auto-justificateur lorsqu'il oppose « Persons and masks of the law »[578], pour interroger la justification légale de l'esclavage. Suivant la même logique, en intitulant son livre retraçant

[574] Jugement du tribunal correctionnel du 20 décembre 2019
[575] NICOLAS CHAIGNOT DELAGE et DEJOURS Christophe, *Clinique du travail et évolutions du droit*, Presse universitaire de France, 2017.
[576] SAADA Rachel, « Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d'entreprise peut devenir un délit », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021.
[577] RENAULT Emmanuel, « Les sciences sociales critiques face à la souffrance au travail et aux suicides au travail. Controverses scientifiques, épistémologiques et politiques », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021.
[578] SIBONY Anne-Lise, HELLERINGER Geneviève et ALEMANNO Alberto, « L'analyse comportementale du droit Manifeste pour un nouveau champ de recherche en Europe », *Rev. Int. Droit Économique*, t. XXX, 2016.

l'histoire de la corruption « Bribes »[579], il n'a pas choisi « Bribery », conscient que c'est précisément dans cet écart entre le concret et la conceptualisation que réside tout l'enjeu[580]. La compliance criminelle paraît s'imposer au juriste comme une provocation, plus qu'une invitation, à s'attacher aux anfractuosités du raisonnement juridique.

ii. L'apport critique de la recherche universitaire

L'immunité universitaire. Si cette immunité est respectée rationae materiae, elle apparaît l'être aussi rationae loci. Dans le champ de la compliance, l'université apparaît comme une zone-mixte, un tiers-lieu où les spécialistes de la discipline qu'ils soient côté politique et ministère public, côté avocats et conseils, côté enseignement et recherche voire côté grandes entreprises et anciens mis en cause, peuvent se retrouver pour parler de la théorie qu'ils cherchent à composer plutôt que des affaires qui les opposent.

La construction par la critique. Substantiellement, l'apport universitaire est avant tout celui de la culture d'un regard critique. Or en matière de compliance pénale plus encore qu'en aucun autre champ des sciences sociales celui-ci apparaît indispensable. En effet, si toutes les sciences sociales sont précieuses de leurs retours d'expériences, enquête de terrain et autres études statistiques en ce qu'elles apportent la contradiction empirique à un ordre institutionnellement établi, plus encore la compliance qui aspire à la perpétuation d'un certain ordre public a-t-elle un besoin impérieux de ce regard critique. Le risque, on l'aura compris, est celui, aussi peu délibéré qu'il est diffus, d'une auto-perpétuation, d'une auto-alimentation et d'une auto-justification. Sans doute n'est-il pas étonnant dans ce contexte qu'une entente aussi organisée que celle autour de Volkswagen dans le cadre du Dieselgate ait été révélée par un laboratoire d'université[581]. Étant la seule expertise indépendante par construction, il lui faut résolument conserver une indépendance de liberté d'expression et de recherche vis-à-vis certes des entreprises, mais également du monde politique.[582]

---

[579] NOONAN John Thomas, *Bribes*, University of California Press, 1987.
[580] LOWENSTEIN Daniel Hays et NOONAN John T., « For God, for Country, or for Me? », *Calif. Law Rev.*, 74, California Law Review, Inc., 1986.
[581] Le Center for Alternative Fuel Engines & Emissions de l'Université de Virginie-Occidentale
[582] « Le législateur contemporain semble se méfier lui aussi de l'indépendance d'esprit des universitaires » DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, Dalloz, 2021. p.587
Nous ne sommes pas convaincus des formations dédiées à la compliance. Elles participent très justement à sa légitimation dans le paysage académique et professionnel. Mais c'est une pratique qui s'apprend professionnellement. L'académisme est un danger pour elle. Exemple du Red flag Rcihard L Cassin dans le FCPA

La doctrine suppléant la jurisprudence. Plus radicalement, une part subtantielle du droit pénal français repose sur la jurisprudence. Or en matière de compliance criminelle, les décisions sur des dossiers emblématiques remontés jusqu'à la chambre criminelle se font rares. En effet, quelle entreprise justiciable viendrait y faire valoir des droits violés par une procédure négociée dont elle aurait accepté le résultat ? Aussi revient-il à la doctrine de s'assurer qu'au-delà de l'accord entre deux parties, le droit lui-même est respecté, quand bien même les intéressés s'accorderaient à l'ignorer. Nous relevons au fil de notre étude plusieurs cas d'un tel renoncement de la personne morale mise en cause à ses droits, que son consentement et sa nature particulière ne suffisent pas nécessairement à justifier.

On remarquera qu'un biais du gigantisme paraît se développer en matière de compliance criminelle[583]. En puisant sa norme dans l'effectivité plutôt que dans la légalité, celle-ci accorde une place majeure à la casuistique, et plus les cas sont imposants plus elle les tient pour importants. De sorte que les raisonnements reposent régulièrement sur des exemples, ce que l'on peut comprendre dans le cadre de raisonnements itératifs, mais sur des exemples démonstratifs plutôt que significatifs. Ainsi pourra-t-on lire dans une analyse au demeurant passionnante que « la CJIP fait l'objet d'une publication sur le site de l'AFA et s'accompagne toujours d'un écho médiatique retentissant », alors qu'à l'exception du cas Airbus ici pris en exemple[584], nous déplorons plutôt le silence qui entoure ces conventions, une fois passé l'effet de nouveauté de l'outil. Ce biais du gigantisme serait alors à l'académisme pénal de tempérer les ardeurs juvéniles de la compliance[585].

Un champ non technique. Finalement, à la croisée de nos réflexions sur l'éthique épistémique des indicateurs et des conceptions américaine et chinoise de la compliance, il nous paraîtrait pertinent d'intégrer un critère de liberté académique au sein des classements internationaux des universités[586]. Si un tel critère sera aussi difficile à définir qu'à faire adopter,

---

Blog. C'est un mélange de droit, de sciences sociales, de sociologie des organisations, de gestion d'où la prééminence des sciences-pistes.

[583] Ce biais contribue au *sandbox effect* que nous regrettons plus loin, consistant à construire des raisonnements *ad hoc* autour de cas démonstratifs (nous prenons notamment l'exemple du groupe Total Énergies), au risque de s'appliquer ensuite logiquement mais dangereusement aux cas plus communs.

[584] VESSIO Fabien, « L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de l'homo economicus à la négociation et « efficience » de la politique pénale », *Rev. Sci. Criminelle Droit Penal Comp.*, N° 2, 2021. p.271 et note 37.

[585] Aussi regretterons-nous de trouver dans la bouche du président de la chambre criminelle des expressions nées de la « passion de la compliance » à l'instar de « buts monumentaux positifs mis à la charge des entreprises », comme vu *infra*.

[586] Position qu'a pu faire sienne notamment Mathias Vicherat, directeur de l'IEP de Paris

il nous semble que l'Europe et particulièrement la France ont une singularité culturelle à cultiver, qui peut contribuer à une meilleure recherche sur ces matières. Dans le champ de la compliance, cette singularité pourra aussi trouver à s'appliquer par l'apport d'un savoir non-techniciste, qui ne soit pas pure évaluation : « à cet égard, la revalorisation des humanités, des formations littéraires, artistiques, culturelles et philosophiques est un contrepoint indispensable », expliquait la philosophe de l'économie Cécile Renouard. [587] Nous souscrivons volontiers.

Conclusion de la section :

Ainsi avons-nous exposé toute la difficulté qu'il y a à saisir l'ampleur de ce transfert de compétences régaliennes sur des experts privés. Plus les objectifs visés sont complexes, plus les missions transférées emportent avec elle un transfert de pouvoir, de sorte que non seulement les autorités publiques développent une accoutumance à cette externalisation, mais elles ne sont plus qu'en apparence les donneurs d'ordres des missions[588]. D'abord convoquées pour contribuer à leur propre régulation, les entreprises s'autonomisent, régulent leur environnement, et s'érigent en ordre privé concurrent de l'ordre public. Il faut alors que la politique conserve l'établissement des buts, tout en laissant les opérateurs économiques libres de leurs moyens. C'est à l'articulation de ces deux pôles que réside toute l'ambition de la compliance.

Le même phénomène apparaît côté expertise, peu important finalement le degré de marchéisation de la relation dans le risque de conflit d'intérêts. Sans tomber dans une forme de moralisation, il nous faut redonner une dimension verticale pour retrouver un sens cohérent. La lutte contre la corruption ne saurait s'opposer aussi frontalement que dans les cas émirati ou singapourien aux libertés fondamentales. Nous avons souligné l'incohérence pratique de l'impossibilité à relever les fraudes cachées si la presse est muselée. Mais l'incohérence philosophique est plus grande encore : nous sommes ici confrontés au 4ème degré de conformité,

[587] RENOUARD Cécile, « Chapitre 12. La formation des élites à la responsabilité », in *La responsabilité éthique des multinationales*, Presses Universitaires de France, 2007, [consulté le 3 octobre 2023].
[588] C'est une des conclusions du rapport du Sénat à la suite de la gestion privatisée de la crise Covid, dont le titre est éloquent : ASSASSI Eliane, « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques - Rapport », 2023.

c'est-à-dire au risque de systèmes autotéliques. Il nous faut traiter le droit comme le système qu'il est, et non isoler la lutte anticorruption de celle pour les droits fondamentaux. Et le grief évoqué plus haut de traiter un mal systémique par un remède systémique qui risque de s'y faire absorber ne tient pas ici : la lutte en faveur des libertés fondamentales s'affranchit par principe de la systémie, en s'attachant aux personnes.

Conclusion du chapitre :

Au niveau macroscopique public avec les sources supranationales, comme au niveau microscopique public avec l'administration et les magistrats, au niveau macroscopique privé avec les entreprises, comme au niveau microscopique privé avec les experts : les quatre foyers normatifs identifiés ont pris le pas sur le législateur national dans l'édiction du cadre de la responsabilité pénale.

Ainsi, en détournant la validité de la règle pénale de son fondement formel légaliste, on a amoindri ses particularismes, alors-même qu'elle était pourvue de pouvoirs particuliers au nom de la défense de l'intérêt général.

Sous l'effet de la compliance, le droit pénal perd donc d'abord sa position de surplomb. Mais cette perte est bénéfique car ce faisant il perd aussi sa nature d'impensé, quasi théologique, qui en gênait l'effectivité.
Il perd ensuite sa visibilité, car là où le pénal se voulait public par essence, la compliance se crée dans les cabinets d'experts. Cela peut s'avérer périlleux, sauf à dépasser l'obsession calculatoire et autotélique de la compliance.
Il perd enfin sa capacité communautaire. Mais on la retrouve à deux niveaux : au niveau macroscopique dans le modèle géopolitique, et au niveau microscopique dans cette société qu'est l'entreprise.

Aussi, nous pouvions avec Stefano Manacorda craindre qu'advienne sous l'influence de la compliance soit l'impérialisme d'un seul bloc, soit à l'inverse la mainmise totale des entreprises sur le droit. Le risque de cette alternative n'adviendra que si la compliance s'autonomise totalement du pénal. Dans le cas contraire, elle gardera de lui une double

verticalité : celle tournée vers le haut de la recherche d'un idéal, celle tournée vers le bas de la primauté de la personne, et ce, quelle que soit la prégnance du système.

Cette mutation de l'origine de la responsabilité pénale, extraite de son formalisme légaliste au nom de l'effectivité réaliste, entraîne une double mutation de son fondement : la systémie plutôt que les individus, et le paradigme du risque plutôt que l'infraction actuelle.

Chapitre 2 : Mutation du fondement de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance :

La définition la plus substantielle qu'on puisse donner du fondement de la compliance, c'est l'anticipation (Section 1) du risque pénal (Section 2).

En effet, l'appréhension de l'infraction par la compliance est substantiellement distincte de l'approche pénale classique, à la fois par les infractions et par les agents. D'abord en ce que les infractions considérées ont une portée systémique, c'est-à-dire qu'elles portent atteinte aux structures-même de la société. Ensuite parce que les agents sont considérés dans une relation de coopération avec la justice. Cela emporte à notre sens trois conséquences. D'abord une anticipation de l'infraction, puisqu'elle est trop grave pour être attendue dans sa matérialité, et que par la coopération du sujet-responsable, l'infraction n'est plus constatée *a posteriori*, mais invoque une responsabilité *ex ante*[589]. Ensuite une systémie de l'infraction, puisqu'elle concerne les structures, et que les parties prenantes à l'infraction n'en sont ni tout à fait victime, ni tout à fait auteur, ni tout à fait tierces. Enfin une appréhension par le paradigme du risque.

On retrouve ici les trois émetteurs de réglementation évoqués au premier chapitre : le politique, l'entreprise et l'expert. Le poids du politique parce que les infractions répondent à des choix sociétaux, faute de matérialité ; le poids de l'entreprise, qui ne connaît que le futur et la stratégie ; le poids de l'expert, qui peut assumer un lien distendu entre l'infraction et le résultat.

La responsabilité pénale n'a alors plus le même principe d'action. Emerge alors en filigrane la tentation d'un droit pénal fait non plus seulement de proscriptions mais bien de prescriptions.

Section 1. Une appréhension radicale de l'infraction

[589] Les auteurs de la compliance au premier rang desquels Madame le professeur Frison-Roche parlent de responsabilité « *ex-ante* » comme en économie, là où le droit recourait plutôt au terme d' « *a priori* ». Nous aurons recours à chacune de ces expressions en les distinguant ainsi :
Ex ante = au préalable, avant l'événement
A priori = avant toute confirmation de l'expérience.

La compliance donne un fondement radical à la responsabilité pénale. Radical bien sûr au sens de la sévérité, mais radical surtout au sens premier de la racine : la racine comme origine, et la racine comme réseau. En effet, contrairement au droit pénal qui manifeste ponctuellement et précisément la norme, la compliance est une manifestation continue par la normalisation. Et c'est bien normal puisque les actes qu'elle vise ne sont généralement pas posés à un instant précis comme dans le droit pénal classique, mais plutôt des infractions continues et diffuses, dans le temps comme dans les agents.

A. La racine comme origine : l'incrimination par anticipation

La compliance suit une logique inverse de celle qui prévaut au pénal : quand celui-ci enjoint à ne pas agir, celle-là commande de faire. L'étymologie du terme « probité » témoigne de cette exigence : par opposition à « *prohibeo* » qui signifie détourner du chemin, « *probito* » se traduit par « aller en avant »[590]. Plus encore, leur racine « *probo* » est commune à la probité et à la preuve, désignant le fait de vérifier, d'éprouver[591]. Aussi, dès l'origine, la probité ne se satisferait pas de l'abstention, de l'inaction mais convoquerait une responsabilité « embarquée », pour reprendre une expression sartrienne.

Non seulement la compliance remonte la trajectoire de l'infraction (1), mais elle la tient elle-même pour une trajectoire (2).

1. La remontée de l'incrimination

L'accent mis dans ce contexte à la fois sur la fonction préventive du pénal et sur la recherche d'efficacité engendre une obligation de connaître couplée à une obligation d'agir. Ainsi semble-t-on remonter le chemin délictueux que rationalisait le XIXème siècle en cinq étapes : la pensée criminelle, la résolution criminelle, les actes préparatoires, le commencement d'exécution et la commission du mal.

[590] Dictionnaire *Gaffiot* latin-français
[591] *Ibid.*

Le caractère occulte et complexe des infractions du droit pénal des affaires cultivent les infractions obstacles, guidées non tant par leurs conséquences sur l'ordre social que par leur caractère prophylactique, en faisant de véritables infractions préventives.

La compliance favorise la remontée de l'*iter criminis* non seulement parce que les risques sont grands et assez facilement tempérables, mais aussi parce que leur résultat étant sans conséquence matérielle apparente pour le public, ils peuvent être sanctionnés dès leur « consommation théorique ».[592]

Cette remontée se fait à la fois sur l'élément psychologique, avec l'incrimination croissante de fautes non-intentionnelles (a), et sur l'élément matériel, avec la punition croissante d'omissions (b).

a. Une remontée dans la hiérarchie par la faute non-intentionnelle

« La seule mesure des délits est le tort fait à la nation et non […] l'intention du coupable » disait déjà Beccaria[593]. C'est effectivement la mesure de ce tort qui rétrograde la caractérisation de l'intention à un rang subalterne, qu'il s'agisse des accidents mortels du travail initialement ou des infractions économiques et financières désormais. Mais ce régime particulier s'explique aussi par la nature des personnes incriminées par ces infractions : les entreprises (i) et les dirigeants (ii). En effet, en définissant l'intention comme une connaissance doublée de volonté, c'est-à-dire une approche éclairée de la réalité rendue opérationnelle[594], ces acteurs se trouvent directement embarqués, en ce qu'ils disposent à la fois de la connaissance et des moyens d'action, voire également du profit tiré de leur négligence opportune.

Ce régime se justifie enfin par la nécessité de faciliter la preuve dans un domaine à la fois technique et occulte, où la rapidité de la sanction est déterminante (iii).

Dès lors, non seulement des présomptions sont établies pour des délits non-intentionnels mais, plus généralement, la part intentionnelle des délits diminue[595], de sorte que le régime de la fraude semble peu à peu rejoindre le régime de la faute. La compliance, en ce qu'elle est entièrement tournée vers la connaissance du droit et des faits par ses plans de conformité, cultive cette présomption de l'intention.

[592] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.258
[593] BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Des délits et des peines, ENS Éditions, 2022.
[594] Définition que nous empruntons à MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.283
[595] Crim. 25 juin 2008 n°07 80 261

i. L'entreprise comme garantie face à la négligence

Les infractions pour défaut de prudence se développent depuis le XIXème siècle, permettant, par des lois sur la faillite judiciaire et les accidents du travail, de mettre en cause l'organisation des entreprises[596].

L'élément intentionnel y apparaît d'autant moins requis qu'il s'agit d'entreprises[597], et plus généralement, que les peines encourues sont purement financières. Au-delà de la révolution industrielle, c'est la société de consommation qui développe des risques sériels, occasionnant parallèlement un développement exponentiel des fautes non-intentionnelles, même si en France elles sont confinées aux dispositions réglementaires. Ce n'est pas le cas du Royaume-Uni et des jurisprudences américaines et canadiennes[598], qui dégagent volontiers des *strict* ou *absolute responsibility*, alimentant déjà un tropisme auquel l'exportation de la compliance emboîtera le pas un siècle plus tard.

Mais plus que la nature des fautes, c'est la nature des réparations qui alimente le développement de ce régime, la responsabilité pénale de l'entreprise servant effectivement « moins l'expression d'une réaction répressive que la volonté d'une couverture civile »[599]. C'est en ce sens que la loi Fauchon du 10 juillet 2000 écarte la personne morale du régime protecteur créé à l'article 121-3 du Code pénal pour les personnes physiques qui voient leurs fautes simples dépénalisées en cas de préjudice indirect. Ce faisant, la responsabilité pénale des personnes morales reste utilement engagée pour compenser le dégagement des personnes physiques, une « simple faute, même indirecte [pouvant] être le signe de défaillances structurelles »[600]. La compliance emboîte sans doute ce pas d'une responsabilité pénale indemnitaire en développant

[596] SEGRESTIN Blanche et HATCHUEL Armand, *Refonder l'entreprise*, Seuil, 2012.
[597] Dans le cas des personnes morales, considérer que « l'infraction n'a pu être commise, pour le compte de la société, que par ses organes ou représentants »[597], permettait de retenir une présomption de commission à leur endroit et donc de retenir plus facilement la responsabilité pénale de l'entreprise. Mais après plusieurs arrêts asseyant cette présomption, la chambre criminelle est revenue depuis 2011 et 2012[597] à une observation rigoureuse de l'article 121-2 du code pénal. Si certains auteurs se félicitent de cette rigueur, on ne peut que constater à la suite de certains autres[597] qu'abandonner cette présomption conduit progressivement le juge à inventer des qualités d'organe ou de représentant à de simple salariés pour compenser la rectitude du texte. Nous voyons infra les conséquences de cet abandon de la présomption qui, une fois n'est pas coutume, paraissait d'autant plus souhaitable que la personne morale ainsi incriminée pouvait démentir la présomption par un solide plan de conformité, comme exposé plus loin.
[598] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.125
[599] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.298
[600] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.310

la CJIP. Certains auteurs considèrent en effet que l'outil ne vise pas tant une répression qu'une forte compensation[601] : « la réelle différence [résidant] plutôt dans le montant, bien plus élevé, que l'État tente de récupérer par le moyen d'une CJIP comme nous le verrons.[602]

Plus radicalement, la compliance pose la déduction de la volonté du résultat dans la volonté du comportement. En effet, son objet est de rapprocher de l'agent la valeur protégée, jusqu'à imposer des objectifs intermédiaires, c'est-à-dire de poser la fin dans les moyens. L'omnipotence de l'organisation sur elle-même que le droit postule suffit alors à déduire l'intentionnalité du résultat atteint. Le UK Bribery Act, en créant une infraction de « Failure of commercial organizations to prevent bribery », à son article 7 en 2010 systématise cette mise en cause de l'entreprise au nom du défaut de prévention, non plus pour les accidents graves du travail comme en France, mais pour les faits de corruption. Ce faisant, une entreprise se rend coupable de corruption si une « associated person » se rend coupable de corruption pour son compte. Le cas Skansen[603] a servi d'exemple en 2017 pour incarner l'intransigeance de cette disposition, condamnant cette petite entreprise d'une trentaine d'employés, faute d'être en mesure de prouver un système de conformité suffisant. La France est encore hésitante à emprunter ce chemin, gardant au niveau administratif par la commission des sanctions de l'AFA la sanction du défaut de conformité. Cependant, l'article 16 alinéa 2 de la proposition de directive européenne contre la corruption prévoit une telle disposition lorsque l'infraction est commise au profit de l'entreprise : « que les personnes morales puissent être tenues pour responsables lorsque le défaut de surveillance ou de contrôle [de toute personne ayant qualité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale] a rendu possible la commission [d'actes de corruption] ».

Cependant, d'autres infractions peuvent y témoigner de cet assouplissement de l'élément moral lorsque l'infraction est à la charge de l'entreprise inconséquente. Ainsi, dans l'affaire Lafarge, alors que la chambre de l'instruction avait annulé en 2019 la mise en examen de la personne morale pour complicité de crimes contre l'humanité[604] faute de toute adhésion au projet terroriste, la chambre criminelle déplace en 2021 sur le plan du mobile « la poursuite

[601] « Convention de compensation » plutôt que « convention judiciaire » était initialement le nom prévu pour ce nouvel instrument.
[602] GALLI Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 2, Dalloz, 2018.
[603] voir 3.191 JOHNSON QC Nick, HILL Nick et O'SULLIVAN Sophie, « The Bribery Act 2010 », in *Lissack and Horlick on Bribery and Corruption*, LexisNexis, 2020.
[604] Chambre d'instruction de la cour d'appel de Paris, 7 novembre 2019

d'une activité commerciale », seul véritable objectif du cimentier, considérant que la « connaissance de ce que les auteurs principaux commettent » l'infraction et que l'entreprise « en facilite la préparation » suffisait à caractériser l'élément intentionnel.[605]

ii. Le dirigeant comme garant face à l'ignorance

Le dirigeant incarne celui qui dispose de la connaissance de l'entreprise, des moyens d'action pour remédier aux manquements, voire celui qui bénéficie du laxisme des règles internes, et à ce titre il apparaît comme un garant sur qui reposerait l'obligation d'empêcher un résultat. La compliance ne s'y trompe pas en le mettant personnellement en cause comme nous le voyons infra[606], mais elle n'a pas été attendue par le droit pénal qui a développé une « théorie de la connaissance obligée » [607]. Si elle prévue pour le recel[608] et l'infraction cousine de blanchiment, elle permet d'alimenter une conception « déontologique » plutôt que « subjectiviste » de l'élément intentionnel[609], c'est-à-dire liée à sa fonction plus qu'à sa personne. L'absence de volonté et même l'ignorance de la commission de l'infraction ne suffisent plus : le dirigeant aurait dû savoir.

La pratique judiciaire des infractions économiques et financières présume volontiers l'intention, qu'il s'agisse de blanchiment, d'abus de biens sociaux ou encore de favoritisme. De fait, l'élément moral devient postulé par la fonction[610]. On trouve là une réalisation du concept américain de « *wilfull blindness* » : le dirigeant ne peut plus se cacher derrière l'ignorance du délit commis pour échapper à sa responsabilité. L'UE adoube cette approche dans le cadre du blanchiment : « Les États Membres peuvent prendre les mesures nécessaires pour s'assurer que les comportements visés au paragraphe 1 sont passibles de sanctions en tant qu'infractions pénales lorsque l'auteur de l'infraction soupçonnait ou aurait dû savoir que les biens provenaient d'une activité criminelle »[611]. Si le régime était développé en France dans le cadre des accidents du travail, c'était relativement au statut de chef d'entreprise.

---

[605] Points 82 et 67 de l'arrêt Crim. 7 déc. 2021 n°19-87.367
[606] Partie II, chapitre 1, section 2, A.
[607] SEGONDS Marc, *Droit pénal* 2019, étude 10.
[608] CP 324-1-1 : « les biens ou revenus sont présumés être le produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit dès lors que les conditions matérielles, juridiques ou financières de l'opération… ne peuvent avoir d'autre justification que de dissimuler l'origine ou le bénéficiaire effectif ».
[609] Selon les mots du professeur Hughes Dumont de l'université Saint-Louis de Bruxelles
[610] Crim 23 juillet 2014.
[611] Directive 2018/1673, article 3,2

La cartographie des risques qu'impose l'article 17 de la loi Sapin 2 vient appuyer cette logique de connaissance obligée, renforcée encore par les recommandations de l'AFA entièrement centrées sur le dirigeant. Au-delà de son engagement comme « premier pilier » du dispositif de conformité, qui relève légitimement de la stratégie, au-delà même de la cartographie qui lui est très directement destinée (« elle donne à l'instance dirigeante la visibilité nécessaire pour mettre en œuvre les mesure de prévention et de détection efficaces »[612]), tous les indicateurs et tous les points sensibles doivent lui être systématiquement remontés[613].

Une telle remontée des fins vers les moyens, bien qu'elle soit assez contenue à une responsabilité administrative dans le cas français, ne peut manquer de contaminer l'ordre pénal, sous l'influence anglo-saxonne et par le fait-même d'outils conjoints comme la CJIP. Le danger peut être à terme l'imposition non plus de la seule observance de valeurs protégées mais de la transposition d'un modèle idéal[614], d'autant plus fort que les ONG tiennent un rôle important dans sa définition.

iii. La preuve comme étalon du régime

C'est finalement la nécessité d'un régime de preuve simple et rapide qui atténue la part intentionnelle des infractions. En effet, le champ de ces infractions à la fois techniques et occultes que commettent les entreprises rend complexe la preuve d'un élément moral. J. Pradel l'identifie notamment dans le droit anglo-saxon où « la puissance du droit au silence » rendrait de toute façon la preuve d'un *mens rea* particulièrement difficile[615]. Plus généralement, l'exigence est celle d'une preuve rapide, qui soit compatible d'un côté avec le risque de diffusion des dommages, et de l'autre avec le temps des affaires[616].

[612] Point 121 de l'Avis relatif aux recommandations de l'Agence français anticorruption destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêts, de détournement de fonds publics et de favoritisme, dites Recommandations de l'AFA, 4 décembre 2020.
[613] Points 274, 276, 280, 291, 324, 540, 547, 574 *Ibid.*
[614] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.305
[615] A la suite de J. Spencer et A. Pedein
[616] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.124

Or, précisément, si la CEDH réalise un contrôle étroit de ces infractions non-intentionnelles dont la puissance publique peut raffoler, c'est notamment par la possibilité ou non du défendeur d'apporter la preuve contraire[617]. Dès lors, bien que la compliance alimente volontiers ce tropisme pour les infractions matérielles, elle fournit également en regard un moyen de défense efficace par la preuve du déploiement d'un plan de conformité efficace[618].

La CJIP peut finalement apparaître comme l'aboutissement de cette logique. Non seulement les faits sont relatés dans leur matérialité la plus objective, mais l'intention de l'entreprise, manifestée par la « bonne foi » de sa coopération, met l'élément intentionnel en porte à faux avec les infractions envisagées. Et dans ce chassé-croisé entre l'élément matériel et l'élément intentionnel, c'est le mécanisme de la preuve lui-même qui éloigne définitivement l'élément intentionnel en manifestant par une enquête interne approfondie le défaut d'intention de la personne morale en cause.

b. Une remontée dans la chronologie par la faute non-matérielle[619]

Une remontée de l'*iter criminis* apparaît également rendue nécessaire par la complexité des infractions, par la portée systémique de leurs conséquences envisagées, voire par l'importance croissante conférée à la solidarité. La compliance pénale appuie ce tropisme contemporain en développant une responsabilité de l'anticipation.

i. Le développement d'infractions formelles jusqu'à la commission par omission

« Nombreux sont aujourd'hui les textes qui, afin de sanctionner des impératifs d'action, érigent en infraction toutes les résistances qui reviennent à les contrarier par des omissions répréhensibles » déplore le professeur Mayaud[620].

[617] CEDH 7 octobre 1988, Salabiaku c. France, cité par PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.127
[618] Crim. 20 janvier 2020
[619] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.263 et PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.75
[620] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.263

Les infractions formelles, infractions dites de comportement[621] en ce qu'elles sont indifférentes au résultat se développent avec le paradigme du risque, comme nous le voyons infra, de même que leurs sœurs, les infractions obstacles, qui n'entretiennent « pas de lien avec un résultat redouté précis »[622]. C'est le cas notable de l'association de malfaiteurs[623], et plus généralement de la matière terroriste[624]. Or, « doubler les qualifications de droit commun d'une infraction formelle »[625] nous paraît un risque consubstantiel à la compliance pénale.

Les infractions formelles se développant plus naturellement par le biais d'organisations structurées, qu'il s'agisse de l'association de malfaiteurs en France, de l'association mafieuse en Italie ou de la *conspiracy* en *common-law,* on peut se demander si, en-deçà d'une atteinte aux intérêts de la société en général, qui caractérise toute infraction pénale, il n'y aurait pas là une incrimination de l'atteinte à l'objet naturel sociétaire lui-même. Dans cette conception très affairiste de l'infraction, l'antisocialité se manifesterait comme déjà matérialisée par le détournement de la nature d'une société.

Toujours est-il que, dans une confusion entretenue entre la recherche d'efficacité de la protection et la recherche d'efficacité de la sanction, les incriminations de commission par omission se développent. Le professeur Mayaud prétend y trouver une « matérialité positive de la simple abstention »[626], là où le professeur Rebut parle de « l'inaction comme action »[627], invitant à considérer un « résultat juridique », finalement plus objectif que le résultat réel théorique.

Le cas de la corruption, caractérisé indépendamment de ses effets, c'est-à-dire pour le corrupteur même sans acceptation par le corrompu, et pour le corrompu même si ses actes étaient inutiles, peut offrir un exemple d'une telle conception, puisque c'est seul le résultat juridique qui compte : au niveau matériel par un pacte de corruption, au niveau intentionnel par le détournement du droit.

La complicité enfin apparaît comme un champ particulièrement fertile pour les infractions sans matérialité[628]. Dans le monde des affaires, la jurisprudence admet volontiers le

[621] Les lignes directrices de la CJIP v.2 évoquent également « un comportement systémique » en cas de réitération de faits délictueux, p.24
[622] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.253
[623] Article 450-1 du Code pénal
[624] Article 421-1 et suivants du CP
[625] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.256
[626] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.264
[627] Thèse du professeur D. Rebut
[628] Certains auteurs à l'instar de Simon Husser redoutent que le truchement des infractions formelles permette de retenir des complicités de complicité, et d'ainsi remonter très haut sur *l'iter criminis.*

comportement passif de professionnels, en violation de leurs obligations légales, comme un fait de connivence avec l'auteur du délit, à l'encontre de la lettre de l'article 121-7[629]. Si initialement elle s'est attachée à des métiers particulièrement réglementés comme le commissaire au compte[630] puis l'expert-comptable[631], elle l'a finalement récemment retenu contre le simple ordonnateur des recettes et dépenses d'un office HLM[632].

La Chambre criminelle ne conteste pas l'absence de matérialité proprement dite, mais constate qu'une fourniture d'aide ou assistance s'est matérialisée sur les comptes insincères, « en attestant leur conformité »[633]. Or, c'est justement cette fonction d'attestation de la conformité dont apparaît redevable le responsable de conformité, le terme étant précisément entré dans le Code pénal par la loi Sapin 2[634]. Cette responsabilité est d'autant plus assimilable aux précédentes qu'elle suppose « des procédures de contrôles comptables, internes ou externes, destinées à s'assurer que les livres, registres et comptes ne sont pas utilisés pour masquer des faits de corruption ou de trafic d'influence », comme disposé au « 5ème pilier » de la loi Sapin 2.

Pour Philippe Conte, ce défaut de matérialité ne résulte pas d'une « abstention pure et simple, comme celle du témoin inactif de l'acte principal, mais d'une abstention dans l'accomplissement d'une fonction, si bien que le rôle causal de l'acte de complicité tient moins à l'abstention elle-même qu'à la façon dont l'intéressé s'acquitte positivement de sa tâche : en ne faisant rien, alors qu'il le devrait, il utilise mal ses pouvoirs ; or, utiliser est actif. »[635]

Si on conçoit volontiers que mal utiliser ses pouvoirs soit encore les utiliser, on s'accorde moins à considérer que ne pas les utiliser revienne à les mal utiliser. Ou alors, le pouvoir prend le pas sur son détenteur, qui ne peut pas ne pas en user, de sorte qu'il est toujours embarqué, faisant du pouvoir une responsabilité en actes. On la retrouve fréquemment chez le dirigeant selon Olivier Mouysset : « tous les prévenus s'étant abstenus d'agir dans l'exercice de leurs fonctions de dirigeant social, la nature-même de l'abstention reprochée s'apparenterait dès lors à un comportement actif »[636].

[629] 121-7 du Code pénal qui suppose un acte positif
[630] Crim 25 février 2004, n°03-81.173
[631] Crim 31 janvier 2007, n°02-85.809
[632] Crim 29 janvier 2020, n°19-82.942, notamment commenté par Jean-Marie Brigant *in* Favoritisme : complicité par abstention délibérée, *La Semaine Juridique,* 17 février 2020
[633] Crim 25 février 2004, n°03-81.173
[634] Sous l'article 131-39-2 prévoyant la peine de mise en conformité.
[635] CONTE Philippe, *commmentaire Droit penal* n°5, mai 2020
[636] MOUYSSET Olivier, *Contribution à l'étude de la pénalisation,* LGDJ 2008, p.163

C'est le sens que semble prendre la diffusion de la compliance dans l'entreprise : les employés dont la fonction suppose qu'ils agissent deviennent de plus en plus nombreux sous l'effet des règles de la conformité. Pour la seule fonction compliance, nombre de cadres supérieurs d'un groupe reçoivent cette nouvelle « casquette » de délégué du compliance officer[637], attachée à une nouvelle forme de responsabilité active. Dès lors la complicité par abstention ou même l'obligation d'action fonctionnelle serait prochainement d'une actualité pour tout le management des grandes sociétés.

ii. La moralisation de leur fondement

Ce n'est pas tant, ou pas seulement, par spéculation sur les dommages potentiels que parce que l'objet protégé est plus systémique qu'une telle philosophie se développe.

L'étude de la publicité mensongère, désormais pratique commerciale trompeuse, permet de rendre compte de l'élévation philosophique de l'intérêt protégé[638]. Ce ne sont plus les atteintes à l'intégrité corporelle ou au patrimoine qui guident les infractions formelles, comme initialement, mais bien la sécurité et la foi publiques. Si l'auteur le justifie par la retenue de la double-incrimination de publicité mensongère et d'escroquerie, qui manifeste un dédoublement des valeurs, on peut aussi l'observer par la croissance des incriminations des manquements aux engagements éthiques unilatéraux des entreprises sur ce fondement. On peut considérer que la compliance suit le même chemin d'élévation des intérêts protégés, puisque la responsabilité du dirigeant n'est plus seulement convoquée pour des atteintes à l'intégrité corporelle ou au patrimoine de l'entreprise (comme on l'a vu au stade de la négligence), mais pour une atteinte au principe général de sécurité et de foi publique. Cette moralisation est sans doute redevable du poids que tient le politique dans les sources de la compliance, seul capable de définir, en l'absence de matérialité du dommage, les biens sociétaux susceptibles d'être affectés.

L'incrimination du harcèlement moral peut également relever de cette logique éthique. En introduisant dans la loi « une appréhension psychologique de l'individu », le législateur

[637] Une soixantaine de cadres métiers par exemple pour le groupe EDF portent le nom de « REC », Responsables Éthique et Conformité : comment nier alors cette nouvelle responsabilité, non pas seulement additionnelle mais bien d'une nouvelle nature en ce qu'elle rend désormais comptable de chaque abstention ?
[638] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.257

n'incrimine pas tant la survenance d'un dommage qu'un comportement « ayant pour objet ou pour effet une dégradation des conditions de travail susceptible de porter atteinte à ses droits et à sa dignité »[639]. La triple modulation que nous soulignons dématérialise la faute, conduisant au fil de ses développements successifs par le harcèlement sexuel, puis sexiste, puis par le harcèlement moral institutionnel à une « institutionnalisation de l'éthique » qui n'a plus rien d'une règle de conduite personnelle[640].

iii. L'extension des obligations déclaratives

Deux exemples permettent d'illustrer la croissance des obligations déclaratives, comme autant d'obligations prescriptives : les conflits d'intérêts et le blanchiment.

Au fond, la compliance peut se résumer à une seule action, celle de déclarer. Les infractions dont elle traite s'échafaudent sur des conflits d'intérêts, et c'est effectivement le mal propre aux systèmes, à tel point que l'école du droit économique en fait la définition-même de l'entreprise, comme « centre d'arbitrage permanent entre intérêts antagonistes »[641]. Or, le conflit d'intérêt est une situation dont le droit apparaît impuissant à se saisir. Du point de vue substantiel il manque de matérialité puisqu'il est potentiel, du point de vue processuel il ne serait traité que par l'envahissement de toutes les strates de la vie privée. C'est donc à la compliance de s'en saisir, et elle le fait en considérant que la révélation d'une situation de conflit d'intérêts suffit bien souvent à le traiter[642].

Dans le cadre de l'entreprise, toute la difficulté, c'est de conserver cette ligne de crête entre les impératifs déclaratoires imposés aux salariés et le risque de les réduire à leur seule fonction de production par l'exclusion de leurs autres dimensions, comme le redoute un Herbert Marcuse dans « l'homme unidimensionnel »[643]. Conformément à cet essai qui renvoie dos-à-dos capitalisme et communisme soviétique, une politique trop ferme de déclaration des conflits d'intérêts porte en germe la stérilisation de toute activité sociale. Un groupe comme EDF pallie ce risque en invitant à déclarer les situations de conflit d'intérêts potentiel au niveau

[639] article 222-33-2 du Code pénal
[640] LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice, « L'éthique au travail sous influence du droit pénal : lorsque l'éthique n'est plus une étiquette », in *Le droit pénal face à l'éthique*, 2023
[641] FARJAT Gérard, « Entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts ».
[642] Nous avons proposé à EDF un guide de gestion des conflits d'intérêts, dont tout le dispositif repose sur cette auto-déclaration, suivant le processus IDEAL : Identifier, Déclarer, Évaluer, Adapter, Lister.
[643] *One-dimensional Man: Studies in the ideology of Advanced Industrial Society*, Beacon Press, 1964.

hiérarchique le plus immédiat, et à considérer que, par principe, cette déclaration peut suffire à résoudre la situation[644].

Affectant les systèmes eux-mêmes, étant d'essence transnationale et favorisé par les grandes entreprises, le blanchiment est procéduralement caractéristique des mécanismes de la compliance[645], et substantiellement caractéristique des infractions dont la compliance a à connaître, d'autant que sa proscription n'est pas a priori favorable aux États[646]. Ce qui explique qu'intervienne très tôt le passage d'une lutte répressive classique à une approche préventive de l'infraction.

Ces obligations déclaratives sont initialement dites « prudentielles » car directement issues des ratios prudentiels chargés d'assurer la stabilité du secteur financier. Pour autant, elles ne tardent pas à se densifier jusqu'à devenir pénales. Si le conseil de l'Europe en est à l'initiative dès 1980, c'est l'organisme intergouvernemental GAFI qui reçoit mandat de les systématiser, avant d'intégrer l'ordre juridique européen par le biais de directives. La 6ème directive[647] impose finalement aux États-membres en ses articles 6 et 7 de passer d'une sanction disciplinaire à une sanction pénale pour les défauts de lutte contre le blanchiment[648]. La négligence dans la mise en œuvre des obligations prudentielles issues du Code monétaire et financier devient ainsi, par l'effet du législateur européen, une infraction pénale lorsque ce défaut de surveillance a rendu possible un blanchiment, sans même qu'il soit besoin de caractériser une complicité[649].

Dans l'ordre national, l'infraction était issue du code de la santé publique (jusqu'en 1992), rendant l'infraction de blanchiment particulièrement circonscrite, en ne l'appliquant qu'au champ du trafic de stupéfiants. C'est donc sous l'effet de la pression internationale que l'infraction s'est constituée par strates, progressivement densifiées et étendues. Pour autant, le droit pénal français proposait déjà des conceptions de la complicité et du recel relativement élargies, tant par les textes que par la jurisprudence. Dans un premier temps l'infraction de blanchiment permettait de combler les manques de l'infraction de recel, mais dans un second

644 Partie 3.2.2 du Guide conflits d'intérêts du Groupe EDF
645 Le registre des bénéficiaires effectifs de la loi Sapin 2 en émane
646 La perte de souveraineté, le renoncement à une certaine attractivité notamment fiscale, l'invisibilité socio-politique de l'infraction ont contribué à en reporter la proscription.
647 Directive UE 2018/1673 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2018 visant à lutter contre le blanchiment de capitaux
648 *Code de la compliance* p.1244
649 BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, Joly, 2020. p.242

temps ce sont les jurisprudences consolidées sur le recel, pour pallier ses manques, qui sont venues renforcer l'infraction de blanchiment. Aujourd'hui elle est systématiquement associée au financement du terrorisme, dont on a vu supra qu'il était un ferment des infractions formelles[650]. Cette association à la lutte contre le terrorisme est d'autant plus opportune qu'elle fédère plus facilement les États et l'opinion, alors même que le terrorisme est souvent financé par des sources parfaitement licites comme le démontre Yanis Banifatemi.[651]

2. Le continuum de l'infraction

Pour appréhender la responsablité pénale, la compliance ne s'affranchit pas seulement de l'espace cher au pénal, mais aussi de son temps. Elle reprend ainsi la dualité inventée par Cicéron de *prudens* vers l'arrière et de *providens* vers l'avant.

a. Une approche pragmatique de l'infraction

L'acte n'est plus un fait unitaire posé délibérément et ponctuellement, tel que le droit le saisi *a posteriori,* mais plutôt un enchaînement, dont on verra même dans la partie suivante sur le risque qu'il est itératif, c'est-à-dire qu'il teste avant d'avancer.

i. Dépasser l'infraction monolithique

L'acte simple, achevé, déterminé apparaît comme une conception dépassée. De sorte que ce que l'on punit c'est la persistance plutôt que l'erreur passée.

A un niveau probatoire, la compliance décuple la méthode consistant à rechercher une infraction pour en trouver une autre. Les moyens du fisc ont longtemps permis de concrétiser

[650] L'infraction formelle est d'ailleurs le sens originel du terme attentat.
[651] Alors que comme décrit par Yanis Banifatemi, une part substantielle du terrorisme international depuis l'assassinat de l'archiduc François-Ferdinand jusqu'au 11 septembre 2001, est financé par des activités licites, des bénéfices commerciaux, des États, des œuvres de charité, des crowdfundings.
La lutte contre le financement du terrorisme international in *Annuaire français de droit international*, CNRS Editions, 2002, p.111

une corruption subsidiaire à la fraude fiscale ; ils sont désormais très officiellement et directement dévolus à la lutte contre la corruption[652].

A un niveau procédural, le caractère anglo-saxon, systémique et paramétrique de la compliance emporte des conséquences, y compris sur les principes de concours réel et de non-cumul des peines. Lorsqu'il y a lieu de poursuivre plusieurs infractions recouvrant la même qualification, la pratique est de retenir une seule infraction à plusieurs occurrences, c'est-à-dire d'y trouver une relation de continuité pour en faire un tout. Si cette facilité procédurale est indifférente dans le cadre d'une amende fixe encourue, les amendes proportionnelles la rendent particulièrement redoutable[653]. « L'infraction continue exerce une réelle fascination par son efficacité répressive », occasionnant autant de « substituts de continuité » permettant de rendre systémiques des infractions instantanées[654].

A un niveau substantiel, la corruption avait déjà initié ce continuum de l'infraction en étendant le pacte de corruption. Initialement postérieur à l'acte de la fonction, engendrant des vides comme 14 mai 86, donc « à tout moment » ajouté par la loi du 30 juin 2000, mais persistait « en vue de » jusqu'à la loi de 2011. Exemplaire de la persistance de ce lien qui crée la corruption, et du raisonnement contractuel qui ne suffit pas à le saisir. Jacky Darne, rapporteur de la commission des lois : les commissions « imprègnent tellement le marché et font tellement partie de celui-ci que, dans la majorité des cas, les contractants n'en discutent même plus »[655].

La « *Golden-clause* » telle que créée par les nouvelles-lignes directrices de la CJIP pousse à son paroxysme un tel dépassement de l'infraction monolithique, en introduisant « le caractère systémique des actes »[656]. Ainsi, lorsque des faits « revêtent un caractère systémique », c'est-à-dire lorsqu'ils se répètent suivant des modalités comparables sur une période et un territoire donnés, ils peuvent subir un traitement pénal forfaitaire sans qu'il soit besoin de les avoir individuellement identifiés[657].

[652] Rapport de phase 4 OCDE p.26
[653] INGRAIN Christophe et LORRAIN Rémi, *Les dysfonctionnements majeurs de l'amende proportionnelle*, Dalloz actualités, 3 mars 2021
[654] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.241
[655] Aseemblée Nationale, 3ème séance du 14 décembre 1999
[656] Lignes directrices 2 CJIP p.16
[657] « il peut être prévu que la convention porte effet sur les faits de même nature commis sur un territoire et une période donnés découverts ultérieurement », Lignes directrices 2 CJIP p.24

ii. Considérer la trajectoire de l'infraction

La compliance amène le droit pénal à tenir compte de la trajectoire de l'infraction, c'est-à-dire, à tenir compte d'effets passés et futurs pour en déterminer la nature. Dès lors, « le juge n'est plus celui du constat mais de la trajectoire »[658].

L'exemple fondamental en est la décision du Conseil d'Etat Commune de Grande Synthe. En effet, le juge n'attend pas l'échéance de 2030 pour vérifier l'effet, il accorde une portée juridique à la trajectoire : « le respect de la trajectoire, qui prévoit notamment une baisse de 12 % des émissions pour la période 2024-2028, n'apparait pas atteignable si de nouvelles mesures ne sont pas adoptées rapidement. Le Conseil d'État enjoint donc au Gouvernement de prendre des mesures supplémentaires d'ici le 31 mars 2022 pour atteindre l'objectif de réduction des émissions de gaz à effet de serre de 40 % d'ici 2030. »[659]

De la même façon, le juge peut avoir recours à des faits antérieurs à la période couverte par la prévention pour éclairer ce qu'il pense être un système. Ainsi en est-il du jugement France télécom ou le tribunal examine « à titre d'indices susceptibles d'éclairer les éléments constitutifs tant matériels qu'intentionnels du délit […] en ce qu'ils peuvent mettre en perspective les agissements ».[660]

Ce qui se passe avant et après l'acte compte plus que l'acte lui-même, comme le relève Astrid Mignon-Colombet.[661] L'article 18.2 b) de la proposition de Directive européenne anticorruption en constitue une belle illustration, en imposant des circonstances atténuantes lorsque l'auteur « a mis en œuvre des programmes efficaces de contrôle interne, de sensibilisation à l'éthique et de conformité afin de prévenir la corruption avant ou *après* la commission de l'infraction ».

Cette considération de la trajectoire de l'infraction permet d'amoindrir le poids que l'effectivité a pu prendre dans l'évaluation de la culpabilité, au détriment de la légalité et de la légitimité[662]. Par exemple, l'article 41-1-2 du CPP prévoit que le montant d'amende de la CJIP

[658] ANCEL François, colloque au Conseil d'Etat *De la régulation à la compliance, quel rôle pour le juge ?* 2e partie à partir de 18', 2 juin 2023.
[659] CE, 19 nov. 2020, n°427301
[660] Jugement France Telecom p.84
[661] *Une justice de validation*, revue *Esprit*, Astrid Mignon-Colombet
[662] Nous reprenons cette distinction des 3 sources de validité de la norme, détaillée par exemple chez Ost et Kerchove, exposée en introduction et articulée plus avant au fil de l'exposé.

« est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés »[663]. Cette logique utilitariste se justifie volontiers, mais en vertu de l'article 121-4 du Code pénal, la tentative consomme le délit[664]. Il apparaît alors incohérent de sanctionner à proportion d'un profit effectif nul. La pratique sera alors, en prenant une grande liberté envers le principe d'interprétation stricte de la loi pénale[665], de tenir compte de la trajectoire de l'infraction, nous y reviendrons.

iii. Combler un vide chronologique

Reconnecter pouvoir et responsabilité impose dès lors de combler le « no mans land chronologique et juridique durant lequel un risque hypothétique se transmue progressivement en risque avéré ».[666]

On observe ainsi que l'ajout de « à tout moment » à l'infraction de corruption en 2000 la fait passer de la logique contractuelle à la logique relationnelle.

Une conception manichéenne de l'activité tend ainsi à disparaître. Le droit pénal ne peut plus atteindre le franchissement de la démarcation entre la zone blanche et la zone noire pour intervenir, ce sont les niveaux de gris qui concentrent toute l'activité. C'est afin de saisir cette zone où seules les entreprises peuvent croiser faute d'infraction constituée, que la compliance intime aux entreprises de déployer un encadrement de ses opérationnels. Le code de conduite, nous l'avons vu, sert très directement cette fin en « définissant et illustrant les types de comportements à proscrire »[667].

Sans doute s'agit-il aussi de purger un passif, qu'on interprète comme antérieur à l'ère de la probité, d'où des outils qui s'intéressent moins au passé qu'au futur, comme la CJIP (déployant une logique de *one shot* sur laquelle nous reviendrons) qui solde contre l'acquittement d'un chèque les actes passés, mais qui exige pour l'avenir un plan de conformité robuste.

[663] Art. 41-1-2 Code de procédure pénale
[664] « Est auteur de l'infraction la personne qui : 1° Commet les faits incriminés ; 2° Tente de commettre un crime ou, dans les cas prévus par la loi, un délit. » art. 121-4 CP.
[665] « La loi pénale est d'interprétation stricte », art. 111-4 CP.
[666] ROETS Damien, « Droits de l'Homme. Jurisprudence de la CEDH », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, Dalloz, 2019.
[667] Recommandations de l'AFA, p.7

La « *Golden clause* » décrite précédemment permet également de combler ce vide chronologique, en donnant au présent un *quitus* pour des faits passés qui ne seront révélés que dans le futur.

b. Aux conséquences mal assurées

Trois séries de conséquences peuvent interroger la portée de ces infractions saisies par le prisme de la continuité.

i. Un « sens » de la peine qui pose question

Selon les mots-même du Protagoras « celui qui a souci de punir intelligemment ne frappe pas à cause du passé, car ce qui est fait est fait, mais en prévision de l'avenir, afin que ni le coupable ni les témoins de sa punition ne soient tentés de recommencer »[668].

La peine de mise en conformité prévue à l'article 18 de loi Sapin 2 et introduite dans le Code pénal à l'article 131-39-2, punit de 2 ans de prison par l'article 434-43-1 du même code. « L'habit est beau mais il est à l'envers » en dira Emmanuel Breen[669]. Il propose donc plutôt de l'introduire comme un sursis mis à l'épreuve pour les personnes morales. En effet, il semble qu'en prévoyant cette disposition, le législateur n'ait pas voulu faire cette révolution morale d'un droit de la compliance tourné vers le futur plutôt que vers le passé. Cela nuit d'autant à la philosophie de la compliance : outre qu'il semble être passé à côté il envoie un étonnant signal aux entreprises, suggérant que les plans de conformité seraient afflictifs ! « Cette peine, à mi-chemin entre la punition et la prévention, cristallise sans doute le mieux la tension inhérente à la compliance »[670], en dira Marine Carven.

L'ambivalence de ce programme de mise en conformité est manifestée par les débats qui entourent la possibilité d'une prolongation du délai trisannuel prévu pour les CJIP à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale. Entreprises comme magistrats s'accordent sur la nécessité de prévoir la possibilité d'un délai plus long pour ne pas courir le risque d'une remise en cause de la CJIP. Il pourrait s'agir d'une option à lever ou non d'un commun accord lors de l'exécution de la convention. Mais le principe de légalité et son corollaire le principe

[668] PLATON, *Protagoras*, 324 a-b
[669] BREEN Emmanuel, *La semaine juridique*, 6 juin 2016
[670] CARIVEN Marine in *Compliance*, *Cahiers Jean Monnet,* Presses universitaires de Toulouse, 2021

d'interprétation stricte de la loi pénale empêchent qu'une telle évolution se fasse sans le législateur[671].

ii. Le danger de l'imprescriptibilité

Au Royaume-Uni, l'absence de prescription au pénal est érigée en principe, puisque sauf exception « le temps n'arrête pas la Couronne ». Aux États-Unis, dans le cadre du DPA, le renoncement à la prescription est tenu comme un signe de bonne foi. Si en France ça n'est pas le cas, et si la prescription est considérée comme d'ordre public, tout danger d'imprescriptibilité n'est pas exclu, tant le pragmatisme de la compliance semble l'alimenter.

En effet, nous avons vu le droit comme un équilibre entre la morale et le politique. Les délais de prescriptions tiennent essentiellement de ce second pôle en renonçant à établir la vérité au profit de la sécurité juridique et de l'ordre public. Or, l'introduction de conventions judiciaires amène les accords entre parties à remplacer le politique dans l'équilibre juridique. Conformément à la logique de marché « c'est l'échange qui devient créateur d'ordre, et non plus l'application directe du droit »[672], le mis en cause renonçant à des droits de sa défense en échange du renoncement par le ministère à son droit de poursuite. Si cette logique de renoncement au privilège du temps paraît encore loin de l'exercice français de la justice négociée, il peut néanmoins apparaître en filigrane lorsqu'un mis en cause accepte une convention pour des faits dont l'incrimination pénale n'est intervenue qu'a posteriori[673].

« L'idée de négligence consistait à admettre que la société perdait, à la suite de son inaction, le droit de poursuivre, puisqu'elle s'est avérée incapable de l'exercer en temps utile »[674]. Or d'un côté l'idée d'une négligence possible de la société est désormais rejetée, et de l'autre c'est précisément l'idée de « temps utile » qui s'impose pour repousser le point de départ du délai de prescription.

La réforme pénale du 27 février 2017[675] est ainsi venue entériner la création prétorienne des infractions occultes (clandestines par leurs éléments constitutifs) et dissimulées

[671] Le rapport Gauvain Marleix en fait justement sa proposition n°16.
[672] GARAPON Antoine, *Deals de Justice,* p.119
[673] On pense par exemple au cas Bolloré, dont il sera utile de suivre le jugement correctionnel consécutif au refus de validation de sa CRPC
[674] MOUYSSET Olivier, *Ibid.*
[675] Loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale

(clandestines par manœuvre), tirées du monde des affaires.[676] Et toutes les infractions du droit pénal des affaires peuvent entrer dans cette catégorie puisque toutes supposent par construction des manœuvres empêchant leur découverte[677]. De surcroît, l'adage *contra non valentem agere non currit praescriptio* se trouve consacré en droit pénal, sous l'article 9-3 du Code de procédure pénale[678]. La confusion qu'entretient la compliance entre les responsabilités civile et pénale ne nous semble pas étrangère à l'adoption de ce principe au pénal, faisant de la société un créancier de celui qui a commis l'infraction.

Enfin, dans le cadre d'actes qui requièrent une systémie pour que l'infraction soit matérialisée, la prescription n'empêche nullement de tenir compte des faits commis hors de la période visée. L'ordonnance de renvoi France Télécom retient la prescription triennale et donc les faits du 1er janvier 2007 au 31 décembre 2010. Cependant, les juges ne s'y arrêtent pas : « le périmètre temporel de la saisine du tribunal ne fait pas obstacle à ce que le tribunal examine des faits antérieurs au 1er janvier 2007 à titre d'indices susceptibles d'éclairer les éléments constitutifs tant matériels qu'intentionnels du délit »[679].

Aussi le champ de la compliance apparaît-il particulièrement propice aux contournements de la prescription de l'action publique.

iii. Le soupçon radical

Ce continuum de l'infraction ressort également de l'éclatement du temps et du lieu pénal.

On peut s'inquiéter avec Björn Fasterling de ce que la méfiance généralisée s'oppose à une culture des valeurs dans l'entreprise[680] : cette suspicion s'opposerait frontalement à l'essence des systèmes judiciaires. C'est toute l'ambiguïté de l'expression léninienne ressassée

[676] Article 9-1 du CPP
[677] DAOUD Emmanuel, La prescription des infractions occultes ou dissimulées en droit pénal des affaires : à la poursuite du temps perdu, *Revue Droit Pénal,* LexisNexis, 2017, p.27
[678] « tout obstacle de fait insurmontable et assimilable à la force majeure, qui rend impossible la mise en mouvement ou l'exercice de l'action publique, suspend la prescription ».
[679] Jugement France Telecom p.84
[680] FASTERLING Bjorn, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit economique*, t. XXX, De Boeck Supérieur, 2016. p.234

à longueur de colloques sur la compliance, « la confiance n'exclut pas le contrôle », à laquelle nous avons peine à souscrire[681].

Le Professeur Germain s'étonne de ce que l'inquiétude procède moins de la certitude d'une peine liée à une infraction, que de son caractère diffus et aléatoire, indépendamment de la caractérisation d'une infraction. Il forme le vœu que la compliance rationnalise ce champ, nous ne pouvons que le rejoindre comme vu infra dans le cadre de l'étude du risque.

La logique de la loi Fauchon, initialement destinée à mieux motiver les seules condamnations ès qualité des élus locaux et agents publics, a été étendue dès sa formulation à toute personne. Nous admettons qu'elle puisse être d'un grand recours en matière de compliance pénale, en ce qu'elle organise la responsabilité par rapport au niveau de diligence attendu. Nous reprenons à notre compte les mots du professeur Mayaud : « Il s'agit de déceler, dans la conduite des missions ou des fonctions exercées, dans l'exercice des compétences attribuées, ainsi que dans l'usage des pouvoirs et des moyens dévolus, tous les signes d'une diligence normale, interdisant de considérer la faute pénalement constituée, ou au contraire ceux d'une insuffisance marquée, avec des conséquences répressives en découlant. Disparaît ainsi tout système d'appréciation à base de transposition d'un modèle idéal »[682].

Or, dans le monde plus technique, plus scientifique et plus systémique que nous avons pu dépeindre, l'intrication des effets rend la causalité indirecte beaucoup plus facilement convocable. De nombreuses causes secondaires peuvent être identifiées pour chaque effet et ne nécessiter, conformément à la loi Fauchon qu'une faute simple pour retenir la responsabilité.« Il est parfois difficile de faire la part entre ce qui s'inscrit dans une causalité indirecte et ce qui a déjà franchi le seuil de la rupture causale, pour ne plus se situer dans la continuité du fait générateur » déplore le Professeur Mayaud[683]. Et le décalage de se poursuivre, puisque le risque de la systémie c'est précisément d'être capable d'expliquer tous les effets par des causalités de plus en plus directes, rendant nécessaire, en vertu de la loi Fauchon, la caractérisation d'une faute de plus en plus simple.

Ce continuum ne s'arrête pas à l'infraction, mais il se poursuit avec la sanction. Les notions de « *plan* de vigilance » ou de « *programme* de conformité » qu'introduisent les lois

[681] Sauf à considérer que le champ de la confiance relève du niveau personnel tandis que le contrôle relève du champ processuel, mais dans ce cas le contrôle est un automatisme, indépendant de toute considération quant à la confiance où à la méfiance.
[682] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.305
[683] MAYAUD Yves, La Loi Fauchon après plus de 5 ans d'application, *AJ Pénal,* 2006

Devoir de vigilance et Sapin 2 témoignent bien de cette logique dynamique, étrangère au pénal qui s'intéresse au ponctuel et à la lutte plutôt qu'à la progression et à l'accompagnement.

B. La racine comme réseau : l'incrimination par systématisation

Le droit, et le droit pénal à plus forte raison encore, sont nécessairement rétifs à envisager la notion de système, comprise dans un premier temps comme un ensemble ordonné d'éléments qui interagissent entre eux. S'attachant aux éléments dudit système, ils le laissent à la régulation et à l'économie dont c'est l'objet-même. La personne morale y fait figure d'exception comme une fiction juridique, et ce, au prix d'un fort anthropomorphisme qui n'est pas sans conséquences.

Là où le droit pénal ne connaît que les personnes, la compliance ne connaît que les systèmes. Le droit de la régulation, notamment par les AAI, visait déjà le maintien des systèmes, particulièrement les communications, les transports, les marchés financiers et l'énergie. La compliance s'inscrit dans cet héritage mais ne s'arrête pas aux champs techniques déterminés par la régulation ; elle tient le système comme seul paradigme efficace du droit pénal des affaires.

Tout l'enjeu est alors de déterminer la nature de ce système pour rendre notre paradigme opératoire. Au premier chef, conformément à la régulation, la compliance envisage les systèmes comme victimes potentielles des infractions. Mais au-delà du niveau régulatoire, la compliance saisit les infractions elles-mêmes comme systémiques. Charles Duchaine déclarait ainsi qu'il avait « fallu l'affaire Cahuzac pour que la pratique judiciaire cesse de rester en retrait de la conception systémique pourtant rencontrée dans de très nombreux dossiers ».[684] Ainsi l'infraction n'est-elle pas systémique par le seul fait d'affecter un système, mais bien parce qu'elle tire profit du système lui-même. Elle en tire profit à la fois substantiellement en tant que gain, et procéduralement en y trouvant son caractère impréhensible. Et finalement le régulateur lui-même épouse cette systémie pour tâcher d'y faire pièce.

Si l'entreprise se présente comme la quintessence du système en étant tout à la fois le régulateur, le mis en cause et la victime, c'est le système juridique lui-même qui apparaît ultimement comme cible de la délinquance économique et financière, et donc comme l'objet des attentions de la compliance. Dès ce stade de notre raisonnement, le système s'affiche

[684] Préface au manuel Droit pénal des affaires internationales, compliance et mondialisation, MEB. Cette formule manifeste encore une fois l'écart entre la pratique et la théorie, dont nous tenons la compliance pour révélateur.

comme réflexif ou mis en abyme : si l'énonciateur du droit est dans le même mouvement mis en cause et victime, l'objet de la compliance apparaît comme difficilement objectivable, au sens où il est, par construction, difficile de s'extraire de la systémie pour la passer au crible de l'analyse.

Si l'affaire Cahuzac a pu être tenue pour l'acte de naissance d'un droit pénal des systèmes, le récent colloque à la Cour de cassation « le juge de la cause systémique » semble en parachever la reconnaissance institutionnelle[685].

1. La désindividualisation des parties

Originellement, le droit pénal ne connaît que les individus, lorsqu'ils sont mis en cause bien sûr, avec l'article 121-1 du Code pénal[686], mais également lorsqu'ils sont victimes, avec un net déplacement de la responsabilité vers ce nouvel acteur du procès[687]. Cependant, sous l'influence de la compliance, les parties ne sont plus individualisées, c'est un système entier qui est victime, et un système entier qui est coupable.

En première intention, l'entreprise offre le type-même du système, celui que le droit doit appréhender, pour le sanctionner, comme pour le protéger[688]. Mais si la création de la personne morale a été un premier pas dans la reconnaissance d'un système agissant, le truchement de l'anthropomorphisme a justement masqué ce qui était en jeu dans l'appréhension du système[689].

Quand on sait l'importance, pour la cohésion sociale, de la désignation d'un coupable et la reconnaissance d'une victime, on peut s'enquérir de la désindividualisation qu'emporte alors la compliance pénale.

a. Le système comme victime

[685] Colloque du 9 mai 2022, Cour de cassation
[686] Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait
[687] Le concept responsabilité, in Le Juste
[688] G Farjat DE275
[689] Voir partie 2 chapitre 1

Le propre de la délinquance économique et financière est d'avoir des victimes aussi importantes qu'elles sont invisibles, et leur nature systémique y est pour beaucoup. En effet, par élargissements successifs, il semble que la victime ne soit plus seulement l'individu directement frappé par l'infraction, mais jusqu'aux intérêts collectifs représentés par des collectifs au-delà même de leurs membres[690].

La circulaire du 2 juin 2020 sur la lutte anticorruption, tient la prise de conscience de l'interdépendance des économies comme point final mis à la tolérance des États envers la corruption (d'agents publics étrangers). Et réciproquement, les sanctions internationales se sont développées sur cette interdépendance, frapper d'ostracisme constituant la manière la plus efficace d'atteindre des États souverains.

D'éminents auteurs distinguent les buts systémiques initialement dévolus à une compliance fille de la régulation, des buts désormais distincts de la seule préservation des systèmes, comme la lutte contre la corruption, contre le blanchiment ou pour les droits humains[691]. Nous l'avons dit, nous estimons que la compliance doit au contraire s'en tenir à la préservation des systèmes, et ne pas se donner d'objectifs alternatifs comme des « buts monumentaux ». Ceux-ci posent le problème de leur détermination, et l'unanimisme humaniste voire animiste dont ils se réclament ne devrait pas court-circuiter ainsi leur désignation démocratique. Ils posent également le problème de leur instrumentalisation par les agents économiques auxquels ils seront dévolus, qui n'auront aucun mal à en détourner les moyens et en contourner les indicateurs. Ils posent enfin le problème de la nature de ces entreprises dont le service de l'intérêt général doit s'en tenir au développement d'une activité économique responsable. Il s'agira alors, bien évidemment, de déterminer la nature de cette responsabilité. Il s'agira aussi de voir en quoi la lutte contre la corruption ou le blanchiment

La compliance donne à la victime une place opposée à celle qu'elle occupe désormais au pénal, bien souvent au centre de l'attention. La compliance peut ramener à une rationalité et à une procédure là où l'on verse désormais beaucoup dans la compassion et le spectaculaire. Prenons toutefois garde à ne pas tomber dans un effet de balancier (effet cher au pénal) en distinguant un avant 2000 où la victime était oubliée des prétoires selon le mot de Badinter, puis les deux décennies suivantes où la victime est devenue le cœur du procès pénal, (avec sans

[690] DELMAS MARTY, Mireille, Le Flou du Droit, p.75
[691] A l'instar de Mme FRISON-ROCHE.

doute un point culminant lors des grands procès des attentats terroristes), qui augurerait désormais un retour de balancier.

La société elle-même est bien sûr la véritable victime des infractions pénales, et les associations qui peuvent se porter partie civile, en représentent une part. Mais à notre sens la véritable victime est ailleurs.

i. La protection des infrastructures par une compliance fille de la régulation

Matérielles ou immatérielles, les infrastructures sont les premiers des systèmes, et ont en commun de n'être pas visibles, du moins tant qu'il n'y est pas porté atteinte.

Nous pouvons tenir le viaduc comme archétype de l'infrastructure. L'effondrement du tristement célèbre pont Morandi de Gênes[692] peut illustrer une des conséquences de la corruption courante dans les milieux de la sécurité et de l'entretien, où les défauts de conformité individuels ne se voient guère[693]. Mais c'est en prenant du recul qu'on constate que la construction en urgence de nouvelles infrastructures devient une opportunité formidable pour la mafia italienne, jusqu'alors peu implantée en Ligurie. Le président de l'autorité anticorruption italienne (ANAC), Raffaele Cantone met en garde la Chambre des députés lors de son audition : la renonciation aux règles des marchés publics « implique aussi la renonciation au code antimafia »[694].

Afin de protéger le système, le droit pénal des affaires en prive volontiers l'accès, à l'instar de l'article L2141-1 excluant de la procédure de passation des marchés les personnes morales condamnées pour corruption ou blanchiment, que la condamnation soit prononcée par le juge français ou par le juge d'un État membre. Cette mesure de prévention spéciale, par opposition à la prévention générale résultant de la dissuasion, réhabilite une fonction de la peine généralement écartée. La directive 2014/24/UE dont ces dispositions sont issues prévoit que tout opérateur économique ainsi condamné « peut fournir des preuves afin d'attester que les mesures qu'il a prises suffisent à démontrer sa fiabilité malgré l'existence d'un motif d'exclusion pertinent. Si ces preuves sont jugées suffisantes, l'opérateur économique concerné

[692] 43 morts en août 2018
[693] Tragédie de Gênes : en toile de fond, une histoire de mensonge et de corruption, Corse Matin, Madeleine Rossi, 20 août 2018.
[694] *Tribune de Genève,* 10 octobre 2018, AFP

n'est pas exclu de la procédure de passation de marché ». Ainsi, l'opérateur est tenu de prouver qu'il n'est pas néfaste pour le système.

On notera toutefois que, si cette mesure de prévention spéciale est admise dans toutes les juridictions, les sanctions issues de la compliance aspirent très directement à la contourner. Ainsi les motifs du dispositif de la CJIP expriment-ils clairement la volonté de maîtriser les conséquences d'une sanction pénale sur cette exclusion de plein droit en France comme à l'étranger[695]. Penser en termes systémiques permet d'appréhender autant que possible l'ensemble des enjeux liés à l'infraction.

Les marchés financiers offrent quant à eux l'exemple paratypique de l'infrastructure immatérielle. La zone Euro ne s'y trompe pas, en illustrant tous ses billets de ponts fictifs. Et effectivement, nombre d'auteurs considèrent volontiers que c'est la crise de 1929 qui fonde la compliance. La SEC, l'organisme fédéral américain de réglementation et de contrôle des marchés boursiers naît en effet en 1934, précisément en réponse à cette crise structurelle.

Ces deux exemples d'infrastructure témoignent que, en bon droit des systèmes, la compliance est un droit des crises. La persistance de l'infrastructure, notamment le système institutionnel, est d'ailleurs ce qui dissout la crise.

ii. La règle de droit comme système ultimement protégé

La place des victimes dans le procès pénal fait l'objet de développements passionnés par la doctrine. Si elles ont indéniablement un rôle à tenir en matière économique et financière notamment par le truchement des associations, la compliance les relègue plus que jamais à l'arrière-plan. Ou, plus exactement, elle les considère comme une communauté indivisible. Ainsi le rappelle Guy Canivet en ouvrant les travaux de Transparency International sur le sujet : « Dans sa conception traditionnelle, la corruption est une infraction à la chose publique. La victime serait la société dans son ensemble et non les individus qui la composent »[696]. Si la

[695] Rapport d'information parlementaire de MM. Michel Delebarre et Christophe-André Frassa, au nom de la commission des lois du Sénat, 8 avril 2015
[696] Colloque 2017, TI France, Quels droits pour les victimes de la corruption ?

formulation choisie comporte une prise de distance qui introduit la place, contestée[697], de la victime, la compliance ne prend pas cette direction et s'en tient aux systèmes.

Selon les mots d'Antoine Garapon, « c'est moins la collusion entre les intérêts privés et publics qui est visée que la confusion entre le délinquant et le gardien de la règle, car elle efface le tiers public entendu comme élément central de tout système institutionnel. La corruption, c'est un crime du deuxième degré, non un crime contre les personnes ou les biens, mais un crime contre le droit »[698]. Ainsi, radicalement, la victime de la corruption, et par suite celle dont la compliance tient compte, c'est l'ordre juridique lui-même[699]. En effet, en fondant la règle dans le pacte corruptif, l'acte corruptif fait pire que violer le droit, il le fausse[700]. Or, si le droit pénal sait saisir la règle violée, la règle faussée sera plus naturellement l'objet de la compliance.

« La justice et les services répressifs font partie des institutions les plus touchées par la corruption. Dans plusieurs États membres du Conseil de l'Europe, les gouvernements ont adopté à la hâte des réformes judiciaires qui renforcent l'influence déjà importante du pouvoir exécutif sur la justice », dénonce Dunja Mijatovic, la commissaire aux droits de l'homme du Conseil Européen. Ce n'est donc pas seulement le droit commercial qui est atteint par la corruption, mais tous les champs du droit, et, plus radicalement, le droit lui-même.

Si, par essence, toutes les infractions attentent à l'intérêt général, ce dernier peut être ici compris, à la suite de Hayek, comme « la garantie de la possibilité pour les individus d'exercer leurs intérêts particuliers »[701].

Pour autant, l'encadrement procédural de certaines infractions nous rappelle combien le droit, si haut soit-il placé dans l'ordre des systèmes et donc de la protection attachée, n'est qu'un instrument. L'État de droit lui-même se trouve ainsi concurrencé sur son propre terrain par l'ordre social, c'est-à-dire la stabilité elle-même. Ce serait donc moins l'intégrité des systèmes que leur stabilité-même qui serait ultimement protégée : fussent-ils viciés, leur perpétuation

[697] GARAPON et SALLAS, La victime plutôt que le droit, *Esprit*, novembre 2007.
[698] GARAPON, La peur de l'impuissance démocratique, *Esprit*, février 2014, p.24
[699] « Il s'agit, en effet, tout d'abord non de protéger les biens assurés par le droit, mais le droit lui-même. Rien n'est aussi nécessaire à la communauté nationale et internationale que le respect de la majesté du droit. » Pie XII, 1953 AIDP
[700] GARAPON et MIGNON-COLOMBET, « il ne s'agit pas tant de violer que de fausser le droit, en faisant primer la relation sur la règle », *Deals de Justice,* 2020
[701] Nous pouvons considérer que les entreprises sont assez directement victimes de la corruption, en ce qu'elles pâtissent des atteintes à la concurrence.

pourrait apparaître préférable à leur mise en cause. Les délais de prescription tempèrent déjà la recherche de la vérité par l'ordre. Appliqués aux délits électoraux, et singulièrement à la corruption en contexte électoral, ils confrontent l'objectif, qu'on pouvait tenir comme ultime, d'État de droit à celui d'ordre public. Par une prescription de 6 mois seulement, ils vont à rebours de l'imprescriptibilité que nous évoquions plus haut, au nom de l'intérêt supérieur de la stabilité. Ce faisant, c'est toutefois le droit lui-même qui l'organise, qui prend acte des instrumentalisations dont il peut être l'objet, et, surtout, qui dote les acteurs hors du cadre judiciaire d'une responsabilité. En effet, le contexte électoral étant par construction soumis à la vigilance réciproque des adversaires, les brefs délais de prescription invitent les premiers intéressés à être particulièrement actifs dans leur mise en cause, s'ils pensent la voir prospérer.

iii. La compliance comme droit des crises[702]

Les crises suspendent l'État de droit et se réfugient derrière le politique. On a pu en voir un exemple flagrant avec la Corée du Sud qui gracie le patron de Samsung, par ailleurs 270e fortune du monde, de sa condamnation pour corruption, au nom de la participation à l'effort en temps de crise. Ce, alors-même que la corruption participe du problème, et que ce traitement privilégié conforte la collusion, la légitimant dans le dos du droit.

Cependant, non seulement la compliance doit perdurer, mais peut-être que, en droit des systèmes, elle est la seule à pouvoir appréhender voire normaliser la crise. La cinglante réponse de Transparency Ukraine à un Volodymyr Zelensky qui arguait du temps de guerre pour assimiler la corruption à la haute trahison en offre une puissante illustration[703] : « equating corruption with treason, even for the time of martial law, can affect Ukraine's future European integration. This can also negatively impact the strengthening of the rule of law in the state and the protection of human rights. […] Systemic global issues require systemic, not populist and isolated solutions".

b. Le système comme coupable

[702] L'expression est du Professeur Marie-Anne FRISON-ROCHE
[703] « 6 Reasons not to Equate Corruption with High Treason - Transparency International Ukraine », 2023.

Le paradigme du système s'applique également aux responsables, avec toute la difficulté que le droit pénal ne connaît que des individus. Sans anticiper sur la question de l'imputation de la responsabilité, nous étudions ici les conséquences sur les fondements du droit qu'emporte l'appréhension du système comme coupable.
La capacité du système à s'auto-justifier distingue les infractions dont traite la compliance des autres[704]. Il est totalisant, voire totalitaire comme l'illustre le jugement France Telecom.

« Mon ennemi c'est le monde de la finance », disait un ancien président : la défense sociale, droit pénal de l'ennemi, renaîtrait-il, anticipant la punissabilité ?[705]

Nous pouvons relever trois niveaux de fraude potentielle, tous susceptibles d'une justification par un intérêt supérieur allégué : la fraude individuelle, la fraude industrielle et la fraude institutionnelle. Il ne s'agit pas tant de reprendre la position d'un Sutherland[706], poursuivie en France par Michel Foucault[707] ou désormais Pierre Lascoumes[708], que le magistrat Eric de Montgolfier résumait par « Une morale pour les aigles, une autre pour les pigeons »[709]. Il s'agit plutôt de considérer que sous certaines conditions l'État lui-même autorise passivement le dépassement de règles qu'il s'est donné.

i. Le tout n'est pas la somme des parties – La fraude individuelle

Le régime de preuve facilité appliqué aux personnes morales leur transfère *de facto* la responsabilité, puisque pour les personnes physiques (même si elles peuvent en ressortir éclaboussées comme vu *infra*) la difficulté de la preuve est autrement plus élevée. On peut prendre l'exemple de l'entreprise Guralp, leader de l'équipement sismique, qui signe un DPA et reconnait les faits, alors qu'ensuite la relaxe sera prononcée à la fois pour Natalie Pearce sa directrice des ventes et Andrew Belle son directeur financier, sans le concours desquels l'infraction était impossible.

[704] BERGOGLIO, JM, *Guérir de la corruption :* Elle « se nourrit de l'acceptation sociale, est érigée en valeur morale, est donc impossible à pardonner » ; « non pas un acte, mais un état, personnel et social, prosélyte ».
[705] PIN Xavier, *Droit penal general*, p.18
[706] SUTHERLAND Edwin H., *White collar crime*, Dryden Press, 1949
[707] FOUCAULT Michel, *Surveiller et punir,* Naissance de la prison, Gallimard, 1975
[708] Dernier en date, Pierre Lascoumes, *L'Economie morale des élites dirigeantes*, 2022
[709] DE MONTGOLFIER Eric, *Une morale pour les aigles, une autre pour les pigeons,* Michel Lafon, 2013

L'une des plus importantes controverses sur la collusion entre les politiques et les entreprises, le financement des campagnes électorales américaines, peut nous permettre d'illustrer ce qui est en jeu.

Comme le rappelle utilement le Pr John Copeland Nagle[710], le débat entre une corruption d'origine systémique et une corruption nécessairement individuelle traverse toute la doctrine, et au premier chef, dans une piquante mise en abyme, le Sénat américain lui-même. Le débat du 14 octobre 1999 entre le célèbre sénateur John McCain et le sénateur Mitch McConnell au sujet de la réforme du financement des campagnes politiques en offre un puissant exemple[711]. Plaidant pour une telle réforme, McCain assène que le financement par les entreprises a rendu « the entire Senate corrupted », à quoi McConnell de répondre « name names ! »[712]. Et comment en effet comprendre qu'une institution aussi noble puisse faire l'objet de telles accusations si l'on se montre impuissant à incriminer l'un ou l'autre de ses membres ? Ne connaissant que les personnes, le droit achoppe effectivement à rendre tangible ce que l'approche d'une compliance nourrie aux sciences sociales tend à mettre en évidence : le système existe indépendamment des parties qui le composent.

Le Sénateur McCain aurait eu beau jeu de pointer l'une ou l'autre corruption puisqu'il mettait en cause un système indépendamment de ses parties, de sorte que le Sénat a finalement rejeté sa proposition de réforme. Si deux ans plus tard, le McCain-Feingold Act est voté, encadrant un temps l'abondement des grandes entreprises aux campagnes électorales, la plupart de ses dispositions sont annulées dès 2010 par l'arrêt de la Cour Suprême *Citizens United v. Federal Election Commission*. Là encore, c'est un raisonnement anthropomorphe qui préside à cette solution, en élaborant la reconnaissance d'une véritable liberté d'expression aux entreprises, au nom du Premier amendement[713]. La déclaration du même Sénateur McConnell à l'issue de la décision confirme cette malheureuse assimilation de l'entreprise à une personne physique : « With today's monumental decision[714], the Supreme Court took an important step

[710] Dans « corruption, pollution and politics » publié au Yale Law Journal en 2000, recension de *The corruption of American Politics : What went wrong and why* par Elizabeth Drew, 1999.
[711] Du point de vue français, le point paraît tranché, et une fois n'est pas coutume, plus vertueux que la tradition américaine. Cependant, des difficultés se posent pour les groupes français exerçant aux Etats-Unis, car la pratique veut qu'ils participent comme leurs pairs au financement des campagnes électorales, alors que les agences de notation extra-financière demandent d'afficher le zéro financement pour obtenir une note maximale. Pour EDF, le choix a été fait de réaliser un financement faible et strictement équivalent entre les partis.
[712] Statements of Sen. McCain & McConnell, Bipartisan campaign reform act of 1999, 14 octobre 1999, Congressional Record S12575 et suivants
[713] OLIVER, Peter-John, Revue RED n°4
[714] On remarquera l'expression « monumental decision » comme un funeste prélude aux « buts monumentaux ».

in the direction of restoring the First Amendment rights of these groups by ruling that the Constitution protects their right to express themselves about political candidates. By previously denying this right, the government was picking winners and losers. Our democracy depends upon free speech, not just for some but for all"[715].

Cette assimilation anthropomorphe des personnes morales à des personnes physiques guette. Et guette d'autant plus qu'elle est alimentée par la *moralisation* des entreprises. C'était l'argument de Nike contre Kasky pour rejeter les allégations de publicité mensongères (qui ont conduit à ce fameux arrêt de la Cour Suprême), celle de propos relevant de la liberté d'expression (et donc du First amendement) et non pas du discours commercial. Après que cette analyse a été validée en première instance et en appel, la Cour suprême californienne a heureusement donné tort à l'entreprise. Il est intéressant de constater dans ce cas, que le New York Times comme le Wall Street Journal soutenaient la cause de Nike, afin que ne soit pas porté atteinte à la libre circulation des idées.

C'est l'objet du jugement France Telecom que de résoudre l'écart qu'il y a entre l'infraction interpersonnelle du harcèlement, et celui *institutionnel* qui est alors visé. La défense s'est tournée vers l'infraction de harcèlement managérial, mais pas la 31ème chambre : « il faut éviter que toute la réalité du travail ne soit perçue qu'à travers le prisme réducteur des relations interpersonnelles […] qui ne tient pas compte de l'aspect collectif indissociable de la réalité du travail »[716]. Et les juges retiennent ainsi « le préjudice moral subi par les personnes employées par France Télécom qui se sont suicidées ou ont tenté de le faire, mais aussi par les autres personnes ne relevant d'aucune de ces situations tragiques »[717]. « Doivent être réprimées les politiques pathogènes se caractérisant par une forme de déconsidération systémique d'un ou des membres de la collectivité des salariés »[718].

Nous verrons *infra*, en abordant la faute propre à l'entreprise et l'infraction systémique, les conséquences de cet écart entre la personne morale et ceux qui la composent, à commencer par ses organes.

[715] « Democrats vow to mitigate effects of Court's ruling" by Matthew Murray, Roll Call, 21 juin 2010
[716] Jugement France Telecom p. 73
[717] Jugement FT p.317 cité par Loïc Lerouge dans *Travailler,* 2021
[718] Jugement p.100

La fraude individuelle peut apparaître comme la plus difficile à justifier, car elle repose sur un intérêt personnel et non sur le service d'une raison d'État qu'invoquent les deux autres à l'envi. Cependant, lorsque la loi pose un seuil, des raisonnements parfois très étayés de la part des mis en cause, de leur entourage voire d'autorités, viennent en justifier la violation. Qu'il s'agisse de frais de campagne électorale[719], d'indemnités parlementaires[720] voire de rémunération de dirigeants, les nombreuses fraudes alléguées qui les concernent s'expliquent par la volonté, parfois quasi-officielle, de contourner les limitations en vigueur. Par exemple sur ce dernier cas, Ammar Sharkatli dans sa thèse sur « La rémunération des dirigeants sociaux » décrit en conclusion « ce régime [qui] laisse à penser que l'approbation des actionnaires participe de la légitimation de certaines pratiques excessives en raison de la faiblesse des sanctions prévues en cas de non-respect de la procédure et de la possibilité de contourner le contrôle qu'elle impose »[721].

ii. Les systèmes criminels organisés – La fraude industrielle

La mafia est le type-même de l'organisation criminelle ; elle est proprement systémique en ce qu'elle dissout le « je » dans le « nous » comme l'illustre le nom-même de « Cosa nostra ». Suivant cette figure-repoussoir, la compliance constate le passage de l'entreprise organisée pour le crime (son objet), à l'entreprise qui utilise le crime (infraction), puis à l'organisation d'entreprises en vue du crime.

Le blanchiment, dont nous tenons la traque comme un des objets fondamentaux de la compliance (la commission européenne parlant de « pierre angulaire de la stratégie contre la grande criminalité »[722]) incarne parfaitement la part systémique de l'infraction. C'est, comme souvent en droit pénal des affaires, la législation italienne qui a ouvert la voie en 1978 en caractérisant le délit de *riciclaggio*. Cette dénomination est bien plus fidèle que la nôtre à ce qui se joue : ce n'est pas tant l'action particulière de masquer la provenance des fonds que leur réintégration dans le circuit de l'économie saine qui la rend néfaste.

[719] Par exemple l'affaire « Bygmalion » du financement de campagne présidentielle 2012 de N. Sarkozy
[720] Par exemple les dossiers de détournement de fonds publics par personne chargée d'une mission de service public d'une quinzaine de parlementaires, que le PNF a majoritairement classés sans suite en 2022.
[721] Sous la direction de madame le Professeur Sophie Schiller, p.246
[722] Projet de directive anticorruption UE 2023, p.4

Le droit pénal peut tenir le blanchiment comme une infraction au même titre que les autres. Le droit pénal des affaires va plus loin en l'érigeant en condition *sine qua non* de la pérennité des organisations criminelles[723]. La compliance va encore au-delà en considérant que cette infiltration des grandes institutions financières pour laver l'argent sale pose, au-delà du seul problème de fraude, la question de la confiance-même dans des institutions financières qui accueillent de grandes sommes d'argent criminel, celles-ci détenant alors autant de pouvoir sur elles[724].

L'infraction de blanchiment pousse fort loin ce caractère systémique, n'hésitant pas à interpréter librement et le texte et le réel, en désindividualisant jusqu'à la personne elle-même par l'autoblanchiment. En effet, d'extraction prétorienne mais désormais bien établi[725], l'autoblanchiment considère qu'« apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit » (article 324-1 alinéa 2 du Code pénal) peut être le fait de celui-là même qui reçoit ce concours, c'est-à-dire l'auteur du délit ayant généré le produit. A rebours de la définition du concours[726] et ainsi du principe, à valeur constitutionnelle, de légalité, le système de blanchiment que nous évoquions apparaît alors constitué sur la tête d'une même personne, dissociée pour les besoins de la répression entre l'auteur et son adjuvant[727].

La reconnaissance du harcèlement moral institutionnel par Cf. Le jugement FT, un tournant juridique historique ? Revue Travailler, 2021/2

Les travaux de Christophe Dejours et François Hubault auxquels se réfère le jugement France Télécom de la 31ème chambre du TGI de Paris le 20 décembre 2019[728] permettent de caractériser trois éléments déterminants du harcèlement institutionnel : « la mise à mal de la solidarité professionnelle qui constitue un contrepoids considérable aux tentatives de

[723] Mme Chantal CUTAJAR
[724] Nous avons vu précédemment le cas de la Danske Bank, première banque du pays la moins corrompue du monde, et prise au cœur d'un scandale de blanchiment de 200 milliards d'euros.
[725] Crim 14 janvier 2004, Crim 10 mai 2005, Crim 2 juin 2010, Crim 14 juin 2017
[726] Qu'il soit de congruence (rassemblement) ou de concurrence (compétition), le concours désigne un assemblage. *CNRTL* et *Gaffiot*.
[727] MATSOPOULOU Haritini un « courant jurisprudentiel particulièrement répressif qui règle en la matière, et qui n'hésite pas à écarter les principes à valeur constitutionnelle, tel celui de l'interprétation stricte de la loi pénale, comme en témoigne la répression de l'autoblanchiment » Infractions contre les biens, HM, Revue SCDPC 2020/4 p.943
[728] MUCCHIELLI Julien, 20 décembre 2019, Dalloz actualités

déstabilisation psychologique des individus, l'absence de valeurs éthiques affirmées par la direction de l'entreprise et s'exprimant dans un souci de proscrire les conduites abusives, et l'absence ou la difficulté d'accès à des recours extérieurs »[729].

Le système ainsi décrit nous apparaît totalisant car complètement autoréférentiel puisque les trois possibilités d'échapper à la systémie sont obérées : pas de discours éthique du dirigeant pour mitiger les objectifs chiffrés, pas de contrepoids spontané produit par l'organisation, pas d'échappatoire extérieure pour les salariés.

iii. Le système justifiant la fraude – La fraude institutionnelle

Nous avons pu évoquer le cas de Singapour, État particulièrement vertueux aux yeux de Transparency International qui le classe depuis des années dans son top-5 des pays les moins corrompus du monde. Pour autant, il constitue selon nous un cas d'école d'institutionnalisation de la fraude. Le parti du Premier ministre Lee Hsien Loong, le People's Action Party est au pouvoir sans discontinuer depuis que cette « Suisse de l'Asie » a acquis son indépendance en 1965. Le gouvernement organise alors très légalement l'ensemble des activités susceptible de questionner son action, à commencer par les journaux dont il nomme directement chacun des administrateurs, révocables bien sûr s'ils ne suivent pas la ligne gouvernementale. Dès lors en effet, impossible d'envisager la moindre corruption pouvant impliquer un fonctionnaire puisqu'aucune liberté de la presse n'y est possible. Reporter sans frontières, qui fait autorité en la matière, le classait 150ème pays sur la liberté de la presse en 2019[730]. Pour reprendre les mots de Guy Canivet « la caractéristique du phénomène de corruption est d'intégrer les mécanismes de décision de l'État et de conduire à leur paralysie »[731].

En France, la fraude institutionnelle compense par la raison d'État l'atteinte à l'État de droit[732]. Nous avons vu *supra* combien la rigueur budgétaire imposée à la Justice limitait son

[729] Rapport du CSE 11 avril 2001 sur le harcèlement moral rapporteur Michel Debout, cité par Loïc Lerouge dans Le jugement FT : contribution à l'étude de la démonstration juridique fondant l'incrimination pénale de harcèlement moral institutionnel », Revue Travailler 2021/2 p.39
[730] https://rsf.org/fr/pays/singapour
[731] Colloque TI France 2017 « Quels droits pour les victimes de la corruption ? »
[732] Par exemple l'affaire Corner House Research contre SFO de 2008, jugeant de la légalité du classement sans suite par le SFO les poursuites pour corruption liées au contrat de vente d'armes Al-Yamamah, au nom de la sécurité publique.

pouvoir et permettait d'orienter les enquêtes. La justification d'un budget aussi restreint reposait sur la comparaison aux autres services publics, comme les hôpitaux ou l'éducation, soumis aux mêmes restrictions. Mais désormais, avec un PNF qui génère 100 millions d'euros de recettes mensuelles, cette explication risque de ne plus être suffisante. Sans doute faudra-t-il assumer de vouloir développer une conception stratégique de la justice économique, sur le modèle anglo-saxon[733]. La compliance, en considérant le droit de manière systémique et *a priori,* pourra être le vecteur utile de ce que certains praticiens et désormais quelques voix dans la doctrine appellent « l'intelligence juridique »[734], dans le prolongement de l'intelligence économique.

Si la plupart des fraudes évoquées se soldent par une condamnation, c'est avant tout parce que ce sont celles qui sont portées à la connaissance du public. On peut raisonnablement conjecturer qu'un tel raisonnement justificatif est appliqué à de nombreuses autres situations. Par écart avec la doctrine évoquée plus haut, nous ne considérons pas que le système autorise de telles déviances pour protéger les intérêts particuliers d'une coterie. Il s'agit plutôt à notre sens d'une conception biaisée de l'intérêt général qui admet que la procédure soit parfois un simple affichage destiné à rassurer, que la concurrence des États amène à tolérer ses propres vicissitudes économiques, voire que le droit ne puisse se saisir de toutes les raisons de l'État.

Sans doute convient-il donc de confier à des acteurs décentralisés, au premier rang desquels les citoyens, une part de cette lutte, qui ne sera possible qu'avec la meilleure préservation de la liberté universitaire, la liberté associative et la liberté d'expression. On se gardera de faire de l'opinion publique, pourtant tenue par le principe-même de la démocratie libérale comme fondement de légitimité, un étalon de la compliance. En effet, outre qu'elle constitue un guide de moralité particulièrement versatile comme le rappelle Jean Tirole[735], elle est partie prenante du système, sans objectivation possible, chaque fois que la fraude est suffisamment institutionalisée.

[733] Cette position commence à être appuyée par des magistrats spécialisés, à l'instar d'un Vincent Filhol, qui à sa sortie du PNF, rejoint le ministère de l'Europe et des affaires étrangères pour développer cette approche.
[734] Bertrand Warusfel, professeur à l'Université Lille 2 : « L'intelligence juridique s'entend de l'ensemble des techniques et des moyens permettant à un acteur, privé ou public, de connaître l'environnement juridique dont il est tributaire, d'en identifier et d'en anticiper les risques et les opportunités potentielles, d'agir sur son évolution et de disposer des informations et des droits nécessaires pour pouvoir mettre en œuvre les instruments juridiques aptes à réaliser ses objectifs stratégiques ». L'intelligence juridique, une nouvelle approche pour les praticiens du droit, Le Monde du droit, 2 avril 2010
[735] TIROLE Jean, Les limites morales du marché, in L'économie du bien commun, Quadrige 2018 p.73

2. La systématisation des régulateurs

Les autorités elles-mêmes doivent faire système pour exercer effectivement leur contrôle (a). Mais elles doivent aussi ménager des figures hors-système comme autant de disjoncteurs possibles à l'auto-justification (b).

a. Le système comme régulateur

Le premier pas régulateur du système c'est de prévoir son propre contrôle en dissociant ses fonctions. La séparation des pouvoirs ou la séparation des opérations comptables ne sont pas autre chose. C'est l'impersonnalisation qui permet la justesse de l'institution : « on obéit à des règles pour ne pas obéir à des hommes » disait Burdeau : c'est le principe-même de la procédure.

La cohésion comme persistance du système malgré ses contradictions (i) et la cohérence comme unité du système dépassant la contradiction (ii) risquent de ne pas savoir se détacher de la collusion, comme maintien du système par la contradiction (iii).

i. La cohésion du système

La compliance est avant tout l'occasion de lutter contre les hyperspécialisations de chaque droit. Sauf régulation expresse comme le système bancaire, les systèmes sont par construction à l'intersection de nombreux champs du droit, et c'est finalement là que réside l'essentiel de la difficulté qu'il y a à les saisir. Le droit environnemental n'y fait pas exception : « Ce qui peut être regardé comme une difficulté du droit de l'environnement tient donc beaucoup moins à la prétendue technicité de la matière qu'à la nécessité de maîtriser et de croiser des corpus juridiques extrêmement différents. Ici encore, et à rebours de ce qui est en train de se faire, c'est moins la spécialisation qui s'impose que la collegialité »[736].

Le juge peut être l'occasion d'une telle synthèse. S'il est tenu par la saisine, il se permet néanmoins de l'élargir pour donner toute son ampleur à la portée de sa décision et prendre ainsi une mesure de politique jurisprudentielle. Le Président Raynaud et le Président Soulard

[736] RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.329

évoquent ainsi les séances d'instruction au cours desquelles ils étudient l'élargissement de la question dont ils sont saisis, tout en en tenant bien sûr les avocats informés[737]. On peut prendre ici comme exemple le fameux arrêt du 25 novembre 2021 sur le transfert de responsabilité pénale de la personne morale absorbée à l'absorbante. Alors que la chambre criminelle était seulement saisie sur une demande de supplément d'information en cas de fraude, Christophe Soulard explique que c'est par conscience des conséquences qu'une telle décision pouvait avoir dans le champ environnemental qu'elle a été prise.

Ainsi, au même titre que nous évoquions le continuum de l'infraction, est dégagé un continuum de la décision. L'observatoire des litiges judiciaires permet d'ailleurs à la Cour de cassation de synthétiser en amont les affaires judiciaires pilotes sur chaque sujet émergent afin de ne pas attendre d'en être saisie pour y réfléchir.

Il en va de la même façon au niveau macroscopique avec l'Union Européenne, qui exploite au maximum sa compétence pénale autonome. [738] Dans le cas contraire, les entreprises risqueraient d'« acheter à la carte des fractions de régimes réglementaires »[739]. C'est tout l'objet de l'intervention de l'UE dans sa proposition de directive anticorruption : « l'intervention de l'UE créerait une valeur ajoutée en rapprochant d'avantage le droit pénal des États membres, contribuant ainsi à un terrain d'action commun entre les États membres, ainsi qu'une coordination et des normes communes »[740].

ii. La cohérence du système

La compliance permet également d'apporter une cohérence au droit pénal[741].

Ce sont effectivement des problèmes de coordination qui pèsent le plus dans les pays les plus au fait. Ainsi, à la suite des affaires Danske Bank et Wirecard, qui touchent des pays au-

[737] Colloque Cour de Cassation du 7 mai 2022
[738] TFUE art.83 alinéa 1er
[739] DAGAN Tsilly, La justice fiscale à l'ère de la mobilité et de la fragmentation, RED 4 p.86 2022
[740] Projet de directive UE anticorruption 2023, motifs p.8
[741] Les difficultés résistant à la compliance, par exemple les écarts entre la CRPC et la CJIP proviennent de ce que les modifications de ce champ se font progressivement et non pas comme un système total et logique. On le comprend aisément par trois facteurs :

- Par complexité à mettre en œuvre, lorsqu'il y a comme ici une évolution culturelle
- Par incertitude, d'où cette progression par incrémentalisme ou ballons d'essai
- Par politique, les circonspections et autres oppositions consacrant la demi-mesure comme meilleure option.

dessus de tout soupçon, l'ABE, Agence Bancaire Européenne met en place une base de données centralisant toutes les suspicions de blanchiment émanant de tous les superviseurs, afin que les autorités intra-pays (prudentielles et anti-blanchiment) puissent échanger plus, ainsi qu'entre les pays.

C'est le rôle que prend le procureur de la République financier, moins investi de manière opérationnelle dans les dossiers (au profit de ses deux adjoints). Fort de son polyglottisme et de son tempérament diplomate, il développe partout dans le monde des relations étroites avec les autorités judiciaires et exécutives étrangères pour que les enquêtes et les liaisons judiciaires puissent se faire. C'est encore une fois, l'intuitu personae qui permet de dépasser les silotages dont les criminels tirent tant profit.

Plus substantiellement, l'Organisation internationale des employeurs (OIE) et Business at OECD (BIAC) ont publié en 2020 un guide conjoint de lutte contre la corruption et pour les droits de l'homme « *Connecting the anti-corruption and human rights agendas: Guide for business and employers' organizations* ». Si cette convergence des luttes peut étonner tant les faits, les acteurs et les textes sont distincts, décloisonner le droit pénal doit être tenu pour un des objectifs de la compliance. Remarquons ainsi que l'affaire du Rana Plaza qui a donné naissance à la loi Devoir de vigilance n'aurait pas pu avoir lieu sans la corruption des agents chargés du contrôle de l'immeuble[742]. Cependant, le risque d'un tel guide reste la confusion entre des infractions pénales et de simples objectifs sociétaux.

C'est également l'intérêt d'un outil comme la CJIP que de permettre une résolution coordonnée de la réponse pénale avec les autorités de poursuites étrangères, comme réalisé dans le cadre de la CJIP Airbus avec le DOJ et le SFO. Les nouvelles lignes directrices l'étendent même au-delà de la signature puisque « une fois la CJIP conclue, lorsqu'il est saisi de demandes d'entraide pénale internationale visant des faits inclus dans la convention, le PNF conditionne l'exécution des demandes à l'engagement de l'autorité étrangère de ne pas diligenter de nouvelles poursuites à l'endroit de la personne morale »[743].

[742] DELALIEUX Guillaume, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés multinationales », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020.
[743] Lignes directrices CJIP v.2 janvier 2023, p.24

iii. La collusion du système

On l'aura compris, lcompliance est un outil systémique, qui protège les systèmes. Mais il y a danger à cette double systématique, celui d'entretenir un système au sens de coterie, et d'alimenter ainsi des conflits d'intérêts.

Effectivement, le dialogue est renforcé entre les normes managériales et les normes juridiques, sous l'effet de la technicité et des enjeux nationaux. Il y a donc nécessité de tiers à l'entente si on veut la contrôler, comme le rappelle Aggieri au sujet du dieselgate : « Sans une intervention extérieure, le régulateur aurait continué à être régulé par ceux qu'il doit réguler »[744].
On pourrait prendre l'exemple de la cybercriminalité : la grande technicité rend le régulateur tributaire du repenti.

Les systèmes reposant sur un nombre restreint de régulateurs, la responsabilité de ces derniers est particulièrement engagée. Si la compliance devait remplacer la pyramide des normes par une pyramide des responsabilités, nul doute qu'il faudrait y mettre au faîte celle des régulateurs. Lorsqu'ils sont pris à défaut, un règlement pénal classique de leur infraction nous paraît indispensable, comme une preuve que le système n'est pas autoréférentiel. Ainsi, l'acquittement par Standard & Poor's d'une amende par un DPA de 1,5 milliard d'euros, pour solder sa responsabilité dans la crise de 2008, nous paraît moins propice à restaurer l'ordre public gravement affecté qu'une procédure publique et pénale, quitte à ce qu'elle soit plus longue et même moins-disante *in fine.* Dans la foulée de cet accord, S&P publiait justement un communiqué indiquant que l'accord « ne contient aucune preuve de violation de la loi », et son cours de bourse prenait 4,1%[745].

Volkswagen lui-même a beaucoup misé sur cette autorégulation pour purger l'affaire du dieselgate. Mais le système y apparaît beaucoup trop impliqué puisque ce sont déjà des contrôleurs internes, des régulateurs voire des politiques qui ont fermé les yeux sur ces pratiques. Dès lors, si un premier niveau de solution est l'externalisation de l'enquête, la seule qui soit efficace c'est la décentralisation totale. Le rôle des lanceurs d'alerte serait alors

[744] AGGERI Franck et SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve du judiciaire », *Revue française de gestion*, 269, Lavoisier, 2017.
[745] The WSJ, 3 février 2015 "S&P to pay $1.5B to resolve crisis-era litigation"

déterminant. Volkswagen avait lancé une telle campagne en interne, doublée d'une amnistie des lanceurs d'alerte, mais celle-ci semble avoir trop bien fonctionné puisqu'au prétexte de faire avancer l'enquête, la période d'alerte a été clôturée un mois plutôt en novembre 2015[746].

Il en est de même du rôle de la SEC dans l'affaire Madoff. Les quitus donnés à ses affaires lors des différents contrôles du début des années 1990s ont permis les négligences et leur persistance. Les membres apparus en conflit d'intérêt à l'issue de l'enquête ont été reclassés sans frais dans le privé[747].

C'est toute la difficulté de ce dé-silotage que de maintenir l'indépendance institutionnelle nécessaire au bon fonctionnement de l'État de droit.

En effet, à l'inverse de la désindividualisation des parties évoquées plus haut, on observe une ré-individualisation des parties lorsqu'il s'agit de s'affranchir des limites liées à l'organisation générale des services, qu'elle soit administrative (de pure gestion) ou procédurale (de droit). Par exemple, lorsque le procureur de la République financier explique lors de son audition à l'Assemblée nationale qu'une affaire comme Alstom ne se reproduirait sans doute pas, il avance l'explication que c'est parce qu'il y a « un bon intuitu personae » désormais entre les services, et en l'occurrence avec la DGSE[748]. Cela nous semble indispensable à l'ère de l'intelligence économique, et c'est tout l'intérêt du CISSE que de développer ces interactions. Néanmoins, ces échanges d'informations doivent se faire sans collusion, au risque que les intérêts de l'État priment l'État de droit, comme vu précédemment.

On peut même, à la suite de la présidente de la 32ème chambre lors de l'énoncé de son jugement au procès Wendel établir une distinction entre une affaire réglée et une affaire jugée. Si la compliance tient de la mise en conformité d'une situation de manquement, par exemple en convenant d'une régularisation avec l'administration fiscale, seule la seconde dit véritablement le droit grâce à son indépendance statutaire incarnée dans la personne-même du juge. D'où la légitimité du prononcé d'une sanction pénale en sus des pénalités administrative convenue, dégageant de tout conflits d'intérêts[749] la décision de remédiation.

[746] BOUTELET Cécile, « VW veut des lanceurs d'alerte mais pas trop », *Le Monde Economie,* 30 novembre 2015
[747] CHUILON-CROLL Jean, « Affaire Madoff », *Le Monde.fr*, 22 avril 2021.
[748] Ainsi qu'avec d'autres services de renseignement spécialisé, sur la base du « intelligence only », c'est-à-dire d'informations qui peuvent orienter des actes d'enquête mais ne sont pas elles-mêmes versées en procédure
[749] Longuement relevés par les réquisitions comme par le jugement, et pour certains révélés par les prévenus pendant l'audience.

b. L'anti-système comme régulateur : le lanceur d'alerte[750]

Le lanceur d'alerte est un personnage difficile à saisir pour le droit, depuis la condamnation à mort de Socrate, et la compliance est elle aussi bien en peine de le faire. Il apparaît comme une incarnation là où elle pense en systèmes, il tient un discours là où elle préfère les chiffres, il se veut diseur de vérité, là où elle lui préfère l'ordre. Même les tenants d'une conception classique du droit pénal des affaires se défient de cette figure. Serge Tournaire, doyen des juges d'instructions du TJ de Paris se dit particulièrement réticent à créditer la figure du lanceur d'alerte, arguant que la définition du système c'est d'arranger tout le monde, donc de ne pas laisser d'ouverture à un lanceur d'alerte « sauf à ce que l'un d'eux soit menacé ou rencontre des problèmes de travail ». On est loin de la figure idéaliste du héros : « il ne faut pas imaginer les lanceurs d'alerte comme des héros, ils ne sont pas toujours d'une grande moralité »[751].

Et pourtant, nous les tenons ici comme la respiration-même du système. Plus encore, en se montrant capable d'offrir une place à ces lanceurs d'alerte informels là où les organisations avaient jusqu'alors défini des procédures strictes garnies d'experts, la compliance pose une limite à sa propre systémie, et prouve ce faisant qu'elle ne s'est pas rendue dépendante de son propre pouvoir formaliste[752].

i. La disjonction du système comme fondement

C'est l'article 6 de la loi Sapin 2 qui en pose sa définition : « Un lanceur d'alerte est une personne physique qui révèle ou signale, de manière désintéressée et de bonne foi, un crime ou un délit, […] ou une menace ou un préjudice graves pour l'intérêt général, dont elle a eu personnellement connaissance ».
Or, les critères posés par cette définition en font l'anti-système au sens le plus radical :

[750] SORDINO, Marie-Christine, *Droit pénal et lanceur d'alerte, entre méfiance et protection* ? Revue des Sociétés avril 2017, Dalloz
[751] Colloque ENM, 2022
[752] « Dans la perfection du système il n'y a pas de place pour un Jean Moulin » pourra dire un Alain Supiot.

- c'est une personne physique, contrairement à ce que le projet de loi initial envisageait, excluant donc toute formalisation sociale comme une simple association ou un syndicat
- désintéressée, donc sans rémunération ni indemnisation possible
- de bonne foi, donc hors de tout conflit d'intérêt
- dénonçant une infraction grave ou une menace grave pour l'intérêt général, dispensant donc le lanceur d'alerte de tout formalisme procédural
- personnel, donc sans qu'il puisse être inscrit dans un relai.

Ces critères sont contestables, et âprement critiqués, mais ils ont tous en commun la volonté d'incarner le lanceur d'alerte, et de le faire en-dehors de tout système, fût-ce institutionnel (comme une infraction précise) ou contractuel (par une rémunération)[753].

Le cas Birkenfeld amène à se demander si la disjonction qu'impose le lanceur d'alerte, si difficile à saisir par le droit, ne s'étend pas à la cohérence du système judiciaire lui-même. En effet, à l'issue d'importantes révélations de fraudes commises par UBS qui aèneront à une réforme générale du système suisse, le banquier Bradley BIrkenfeld est à la fois condamné à une peine de 40 mois de prison, supérieure aux réquisitions, et récipiendaire d'une récompense de 104 millions de dollars au titre de la qualité de sa coopération avec les services fiscaux américains.

Dès lors, résister à la proposition récurrente de son financement permettrait de le sauvegarder du système[754]. La méthode américaine plaide à l'inverse pour une rémunération des lanceurs d'alertes, dont la régularité consolide la visibilité du système et la confiance des alerteurs potentiels. Cependant, la presse se fait l'écho de dérives où les cabinets d'avocats, profitant de la complexité du système, se servent des success fees de 40% sur les récompenses, et embauchent volontiers comme collaborateurs les rédacteurs-mêmes de la SEC[755]. Le système se referme sur lui-même lorsqu'on constate l'opacité totale des procédures et de leur exécution, à tel point que son rédacteur-même, Sean McKessy déclare « Rules on their own can be waived

[753] La loi du 21 mars 2022 dite Waserman prévoit une nouvelle définition qui retire les conditions de désintéressement, de gravité et de connaissance personnelle des faits.
[754] Nous n'en sommes pas totalement convaincus en ce que le lanceur d'alerte reste rationnel et tiendra un raisonnement censé. Or, toutes les externalités négatives pour lui de son alerte n'étant pas anticipables, il vaudrait mieux un système de rétribution à l'américaine qui a l'avantage de la prévisibilité rationnelle, que l'hypothétique indemnisation ex post à la française.
[755] A l'instar du chef-adjoint du contentieux à la SEC, Jordan Thomas, John Hollanc, Bloomberg Law, 26 juillet 2022

because the commision created them, and they can enforce them the way they see fit. […] The statute is what it is, but it's so broad it gives the commission a lot of discretion ». D'ailleurs, au nom du caractère confidentiel des procédures, le Congrès a perdu tout droit de regard effectif sur le mécanisme.

Toute la difficulté c'est que cette externalisation – décentralisation est commandée par l'entreprise elle-même. Donc elle en retrouve une forme de contrôle. Par exemple, Volkswagen avait un système d'alerte externalisé depuis 2005, auprès d'un cabinet d'avocat. Mais l'alerte d'un salarié en 2011 au sujet de ce qui allait devenir le dieslegate n'avait pas prospéré : ce seront les mêmes faits qui seront révélés en 2015[756].

Le système perdure par la confiance, et plus les domaines sont complexes plus elle est requise. Le lanceur d'alerte systématique met en péril cette confiance, et le bon fonctionnement des entités. C'est pour cela que la loi fondamentale de la compliance, la loi Sapin 2, lui donne un statut à l'intérieur de l'entreprise avec pour lui une hiérarchie des canaux de divulgation à respecter, et pour elle un dispositif de recueil des alertes internes à appliquer. Ce faisant, la loi place le lanceur d'alerte sous les auspices du système lui-même, avec en regard de cette normalisation le risque qu'instituer ce soit tuer, c'est-à-dire qu'à trop encadrer le statut du lanceur d'alerte, avec des critères procéduraux comme la gradation des signalements ou substantiels (mais subjectifs !) comme la bonne foi, on lui dénie in fine toute efficacité[757]. Le nom trompe sur le produit, le droit ne prévoit pas un *lanceur* d'alerte, mais un *déposeur* de signalement. Là encore, la loi du 21 mars 2022 introduit une nette évolution qui atténue cette observation, en supprimant la hiérarchie entre les canaux de signalement interne et externe, et en admettant de nouveaux cas de divulgation publique.

ii. L'irresponsabilité pénale comme instrument

Il a fallu éliminer tout risque de représailles juridiques envers le lanceur d'alerte. Son irresponsabilité pénale a ainsi été consacrée, tandis que lui-même se trouve spécifiquement

[756] BOUTELET Cécile, « VW veut des lanceurs d'alerte mais pas trop », Le Monde Economie, 30 novembre 2015
[757] La seule complexité du statut, ou la persistance de critères précis, voire subjectifs peuvent suffire à dissuader un alerteur qui sait que le poids de la machine économique voire politique et même sociétale qui se mettra en branle contre lui ne sera arrêtée que par la force d'un statut clairement défini et protégé par l'État de droit, au risque sinon que la justice rejoigne le côté de la machine.

protégé par deux délits : la divulgation de son identité et l'obstacle à son alerte.

Développer le statut du lanceur d'alerte c'est en effet lui déléguer une part de l'élaboration de la politique pénale. Or, nous l'avons vu, la compliance en est le meilleur adjuvant, en considérant que les citoyens sont souvent les meilleurs experts du terrain pour manifester les règles. C'est d'ailleurs le sens d'expert du risque, tourné vers le futur, que lui donnent les précurseurs du terme de lanceur d'alerte, en le distinguant du whistleblower dénonciateur anglo-saxon[758].

La loi Sapin 2 avait créé l'article 122-9 du Code pénal comme cause d'irresponsabilité : *« N'est pas pénalement responsable la personne qui porte atteinte à un secret protégé par la loi, dès lors que cette divulgation est nécessaire et proportionnée à la sauvegarde des intérêts en cause, qu'elle intervient dans le respect des procédures de signalement définies par la loi et que la personne répond aux critères de définition du lanceur d'alerte prévus à l'article 6 de 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 ».*

La loi 2022-401 du 21 mars 2022 lui a ajouté deux alinéas :
« N'est pas non plus pénalement responsable le lanceur d'alerte qui soustrait, détourne ou recèle les documents ou tout autre support contenant les informations dont il a eu connaissance de manière licite et qu'il signale ou divulgue dans les conditions mentionnées au premier alinéa du présent article.

Le présent article est également applicable au complice de ces infractions ».

L'AMF a pu renchérir : « tout informateur qui met des informations à disposition n'est pas considéré comme violant une quelconque restriction à la divulgation d'informations imposée par un contrat ou par une disposition législative, réglementaire ou administrative, et sa responsabilité ne sera aucunement engagée à raison de cette divulgation »

La conception du lanceur d'alerte par la compliance hésite pourtant entre un encadrement législatif fort, et à l'inverse une libéralisation sur le mode du marché. Si l'une apparaît plus légitime, l'autre se montre plus efficace. En assumant de mettre le profit au cœur de l'alerte, le droit américain inverse le paradigme : alors que le droit traditionnel cherchait à

[758] CHATEAURAYNAUD Francis et TORNY Didier, *Les Sombres précurseurs, une sociologie pragmatique de l'alerte et du risque*, Editions de l'EHESS, 1999.

protéger les relations de travail ou de commerce, il cherche désormais à les insécuriser pour éviter les ententes illégitimes[759].

L'Europe non plus n'a pas véritablement tranché. Si en droit pénal français le lanceur d'alerte est protégé, c'est seulement en vertu d'autres dispositions qui trouvent à s'appliquer à lui plutôt que par la consécration pénale de son statut. C'est plutôt l'alerte elle-même qui se trouve directement protégée par un dispositif spécifique contre les entraves. Sans doute rejoint-on ici, en moins démonstratif, le paradoxe de l'affaire Birkenfeld : avec une conception instrumentaliste de l'alerte c'est elle qu'on protège, pas réellement son messager[760].

La compliance en droit des systèmes échoue donc à apporter une réponse à l'inefficacité du droit pénal à se saisir du lanceur d'alerte. La méthode américaine du marché est efficace mais on peut en questionner la légitimité. D'autant que des exemples comme Julian Assange montrent combien l'intérêt général qui justifie son alerte est circonscrit à une conception totalement déterminée par le politique.

iii. Des alerteurs antagonistes mais antisystèmes : syndicats et vendeurs à découvert

Les syndicats et les vendeurs à découverts sont deux figures diamétralement opposées, à la fois participants de l'environnement économique et assimilables à des lanceurs d'alerte.

Le vendeur à découvert parie contre le système[761]. S'il assainit le marché c'est par la recherche-même de son intérêt pécuniaire, mettant en évidence l'écart entre les informations du marché et la réalité économique de l'entreprise. Son rôle important a pu être reconnu dans la révélation de Wirecard, mais les risques d'abus de marché comme de manipulation de cours, par exemple short and distort, rendent difficile la consécration d'un statut.

Le syndicat tient également un rôle stratégique. Il est, lui, une figure légitime, identifiée par les parties prenantes, ancrée en droit et démocratiquement désignée, là où le vendeur à découvert est traité avec suspicion tant par les autorités que par l'opinion. Il reste néanmoins une figure délaissée. Si son statut apparaît très installé en Allemagne, l'affaire du dieselgate

[759] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. p.16
[760] HABOUZIT Francis, La protection pénale des lanceurs d'alerte dans le cadre de la relation de travail, in Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2021/2, p. 297
[761] Note *amicus curiae* à l'AMF du cabinet Vermeille & Co, à paraître

semble y révéler aussi son impuissance. Gageons que son rôle stratégique pourra se développer via le devoir de vigilance, avec le relai des ONG scrutatrices.

Conclusion de section :

Bras armé du pénal des affaires, la compliance s'autorise la recherche d'efficacité, en lui appliquant son paradigme, tiré de la régulation : le système.

L'introduction de la notion de système par la compliance permet d'acter un changement de nature, là où le droit n'envisageait que des changements de degré. Ainsi par exemple, ce n'est pas sa taille elle-même qui amène une grande entreprise à être traitée comme systémique, et à ainsi recevoir un traitement différencié qui ne s'arrête pas au « too big to fail » volontiers tourné en « too big to jail ». De la même façon, comme nous le verrons *infra*, les infractions affectant l'intégrité humaine obtiennent un traitement légitimement différencié. Cependant, la compliance, en protecteur des systèmes, copie ces paradigmes dédiés à la vie pour les appliquer à ses sujets, d'apparence pourtant éloignée de ces considérations.

Anticiper l'infraction permettrait de retenir le caractère systémique du point de vue consécutif, pour finalement ainsi de passer de la responsabilité à la responsabilisation[762].

Le paradigme du système pose une question radicale à la compliance, que la régulation semblait ignorer : cherche-t-on à préserver les systèmes pour leur intégrité ou pour leur stabilité ?

Considérer la stabilité comme un bien en soi, au-delà (ou plutôt en-deçà) de l'intégrité ne pose pas de problème *a priori*, sauf à ce qu'elle soit le prétexte à maintenir un ordre injuste, notamment en sanctionnant juridiquement des déviances plutôt que des délinquances, et en s'épargnant toute réforme structurelle.

Dans la conformité, il y a la notion d'une norme préexistante à laquelle il faudrait se rendre conforme, c'est-à-dire se régler sur elle, voire plus directement s'y soumettre. Mais *in fine*, la conformité à laquelle la compliance tend n'est pas celle de la conformation à un ordre

[762] A la suite de Paul Ricœur, Marcel Jaeger applique au droit médico-social ce passage « du principe de la responsabilité au processus de responsabilisation » dans *Vie Sociale*, 2009/3, p.71

établi extérieur, mais plutôt la conformation à elle-même. Le paradigme mis à l'œuvre par la notion de système n'est plus juridictionnel, il ne dit plus le droit, mais relationnel, il lie les entités.

Section 2. L'adoption du paradigme du risque[763] en droit pénal des affaires[764]

Cette page de *l'Enracinement* de Simone Weil rend compte de ce qui se joue ici[765] :

« Le risque est un danger qui provoque une réaction réfléchie ; c'est-à-dire qu'il ne dépasse pas les ressources de l'âme au point de l'écraser sous la peur. Dans certains cas, il enferme une part de jeu ; dans d'autres cas, quand une obligation précise pousse l'homme à y faire face, il constitue le plus haut stimulant possible. La protection des hommes contre la peur et la terreur n'implique pas la suppression du risque ; elle implique au contraire la présence permanente d'une certaine quantité de risque dans tous les aspects de la vie sociale, car l'absence de risque affaiblit le courage au point de laisser l'âme, le cas échéant, sans la moindre protection intérieure contre la peur. Il faut seulement que le risque se présente dans des conditions telles qu'il ne se transforme pas en sentiment de fatalité ».

La philosophe assume la prise de risque chez l'homme comme une force d'âme, que l'on transpose aisément à l'entreprise comme le ferment de sa croissance.
Elle invite à une conscientisation du risque (« réaction réfléchie »), à une valorisation du risque (« plus haut stimulant possible »), mais également à une modération du risque (tout en rejettant sa suppression). On fait ainsi face à un double refus : celui de « la peur », compris comme le risque conduisant à l'inhibition de l'action, et celui du « sentiment de fatalité » compris comme le mépris des répercussions de l'action.

Cet après-guerre où écrit Simone Weil, publiée par Albert Camus, a vu l'adoption du paradigme du risque en économie, et sa systématisation en micro-économie, donnant lieu à des publications particulièrement riches pendant plusieurs décennies[766]. L'année 1986 peut marquer une nouvelle strate dans une saisie de la société par le prisme du risque, en

[763] Le risque est un événement futur, dommageable et éventuel.
[764] PRADIER, Pierre-Charles, La notion de risque en économie, La Découverte, 2006
LE BRETON David, Sociologie du risque, PUF, 2017
[765] WEIL Simone, Prélude à une déclaration des devoirs envers l'être humain, *L'Enracinement*, Gallimard, initialement publié en 1949 par Albert Camus dans la collection Espoir ; et paru spécifiquement dans la collection Tracts.
[766] Comme FRIEDMAN M. et SAVAGE L.J. « The utility analysis of choices involving risk », Journal of Political Economy, 1948, p. 270-304 ou NEUMANN J. von et MORGENSTERN O. Theory of Games and Economic Behavior, 1994, Princeton University Press.

étant à la fois l'année de publication de deux œuvres fondamentales dans la sociologie du risque, avec L'État providence de François Ewald et La Société du Risque d'Ulrich Beck, mais aussi celle de l'accident de Tchernobyl[767]. On pourrait considérer que le droit, et notamment le droit pénal des affaires, arrive comme une troisième strate presque naturelle tant il est désormais pétri de sciences sociales. Cependant, là où le droit civil repose volontiers sur le concept de risque, le droit pénal en est loin par nature, car là où celui-ci est répressif, certain et matériel, celui-là est préventif, incertain et immatériel[768].

Aussi appartiendrait-il à la compliance, dont le paradigme repose ontologiquement sur le risque, de permettre cette perméabilité des ordres.

Or, en droit pénal des affaires, le risque de dommage n'est pas tant redouté pour la probabilité de sa survenance que pour son niveau d'impact potentiel, et, plus encore, pour son caractère diffus qui fait échec à la réflexivité invoquée.

S'adressant à des êtres essentiellement rationnels, au sens de déterminés par le calcul, la compliance pénale fonde sur le risque ses proscriptions et, de manière croissante, ses prescriptions, plutôt que sur l'interdit moral qui prévalait jusqu'alors au fondement du droit pénal.

Économiques, sociaux et écologiques, les risques représentent les limites que rencontre l'entreprise dans sa mission fondamentale, pour ne pas dire exclusive, de création de richesses. Or le risque n'existe pas en soi, il existe en regard d'un niveau d'acceptabilité sociale, qui est éminemment politique. Dans ce cadre, le risque pénal apparaît comme la synthèse du point de vue du justiciable des risques tenus comme les plus importants par la justice.

Si l'exemple fondamental est bien sûr la cartographie des risques, outil au centre du dispositif de conformité, c'est au-delà que la compliance tient le risque comme un paradigme substantiel : le risque pénal n'est plus contenu à la considération procédurale de la récidive et la prévention ne s'arrête plus à la seule fonction dissuasive de la peine. A tel point que, là où une première criminologie se dédiait entièrement à la *dangerosité* du criminel de droit commun, la compliance développe plutôt la notion de *risque* dans le pénal des affaires. Cette mise en parallèle marque l'écart de charge que les deux notions recèlent. Le risque c'est la rationalisation du danger, l'éventualité de l'événement futur considéré sous l'angle du

[767] On remarque à ce titre que si *Risikogesellschaft* est publié en 1986, année de l'explosion de Tchernobyl, c'est en 2001, année de l'explosion de l'usine AZF, qu'il paraît en France.
[768] ZOUHAL Adra, *Le risque en droit penal,* p.22, LGDJ, 2021

dommage dans sa probabilité et son impact. Le dirigeant et l'entreprise délinquants seraient sous cet angle ceux qui prendraient des risques dont ils n'assumeraient pas les conséquences.

La multiplication des recours de la recherche au concept de risque tient certes à son caractère très opératoire, par essence prospectif donc avide d'applications et facilement modélisable par la probabilité. Cependant, il tient sans doute aussi à son caractère très ductile, tant les définitions sont variables.[769] Cela explique qu'au-delà des sciences sociales, régulateurs comme régulés y aient autant recourt pour fonder leur appréciation de la responsabilité. Or, le droit pénal ne saurait se satisfaire d'une notion fluctuante, et les caractères opératoire et ductile constituent justement une définition de l'instrumentalisation.

Dans le contexte de notre étude, l'agent économique appréhende le risque à différents niveaux qu'on peut situer sur une échelle de normativité progressive, allant du risque vierge de toute considération pénale, au risque pénal pur. Ces degrés sont distingués schématiquement pour la clarté de la démonstration, mais sont en fait interdépendants. Chacun d'eux est déterminé par une cause qui se trouve plus ou moins extérieure à l'entreprise et autorise en conséquence plus ou moins de contrôle sur sa survenance[770]. Le premier degré de risque, le risque fondamental, correspond au risque commercial, consubstantiel à la stratégie ; il est vierge a priori de toute composante normative. Le deuxième degré est le risque parallèle à l'activité, qui sera pris en charge par le droit répressif lorsqu'il aura partie liée à l'activité elle-même, à l'instar des accidents du travail. Le troisième degré de risque constitue le risque d'infraction à proprement parler, qui peut être plus ou moins investi par l'activité commerciale, et plus ou moins investi par le droit. Le degré ultime de cette échelle est celui du risque normatif pur, c'est-à-dire du risque causé par le droit lui-même indépendamment de toute intention coupable[771].

Contrairement aux autres branches du droit recourant à la notion de risque, la compliance ne s'intéresse pas tant au risque de dommage qu'au risque d'infraction. En effet, les infractions qu'elle vise à prévenir peuvent occasionner des dommages aussi invisibles qu'ils sont diffus. Si leurs effets sur la morale, l'ordre et la confiance publics sont considérés posés

[769] Thèse de ZOUHAL Adra, Le risque en droit pénal, LGDJ, 2021
[770] Soit on traite un risque, en mettant en place un contrôle qui permet de limiter sa probabilité ou bien son l'impact. Soit on quitte le risque lorsqu'il apparaît impossible à juguler à des coûts satisfaisants.
[771] Qu'il soit obscur, lacunaire, instable ou même instrumentalisé. Nous reviendrons sur l'expression de « risque normatif » reprise à son compte par le vice-président Sauvé lors de son discours « Osez le risque » de juin 2014.

comme graves et certains, ils restent impossibles à circonscrire dans leur impact comme dans leur probabilité. C'est ce qui nous conduit à remonter d'un degré notre analyse.

Si donc la compliance permet de prévenir le risque pénal, s'agit-il d'empêcher le risque d'infraction, ou bien de piloter le risque de sanction ?

A. Contrôler le risque d'infraction : prévenir le risque

La précaution est par définition orientée vers le futur, quand le droit pénal s'attache aux événements passés. Mais, nous l'avons vu, la compliance permet une élasticité du pénal dans le temps, et pas seulement par sa fonction dissuasive.

On a pu conférer au droit pénal une double fonction, préventive et répressive. Si d'aucuns s'attachent à réduire le pénal à la répression, l'étymologie-même de la répression, empêcher d'avancer, peut nous convaincre d'y puiser également une forme de prévention[772].

En cherchant à prévenir le risque, l'entreprise est consciente d'une rationalité passive limitée d'un côté (par le risque industriel, les événements imprévisibles etc.) et d'une rationalité active éclatée de l'autre (par les décisions qu'elle ne prend pas par elle-même).

Ainsi, la responsabilité ne demande plus seulement de rendre des comptes mais de tenir des comptes, c'est-à-dire qu'il est requis d'elle d'être active bien en amont de sa convocation.

1. Une responsabilité pénale activée par le risque

L'incorporation de la notion de risque au droit pénal des affaires augmente la responsabilité, mais l'augmente *in fine* dans la seule mesure d'un devoir d'information, envers soi et envers les tiers. Car ce pouvoir à agir que la compliance tient pour siège de la responsabilité ne dépend pas tant des moyens affectés que de la connaissance disponible.

[772] *Gaffiot*, entrée Reprimo, pressum, pressi, ere : presser en arrière. Avec cette distinction empruntée à Cicéron dans Pro Murena 32 à propos de l'ennemi : « reppresus non oppresus » pour « refoulé non écrasé ».

Comme vu *supra*, la responsabilité de l'entreprise et celle du dirigeant reposent sur la présomption d'une omniscience et d'une omnipotence. Le droit est bien placé pour savoir que ce pouvoir de connaissance et de volonté est très hypothétique à l'échelle d'une organisation, mais il le suppose non comme un état de fait mais comme un devoir-être.

Aussi ne s'agit pas d'aseptiser, mais d'anticiper, avec une distinction parfois difficile à établir nettement.

Nous envisagerons pour cette activation de la responsabilité par le risque, d'abord une augmentation de la responsabilité par la notion de risque (a), ensuite le devoir d'information qu'il met à la charge de l'entreprise (b).

a. La responsabilité pénale augmentée du risque[773]

Cette responsabilité pénale augmentée du risque connaît une gradation en trois temps : le devoir de prévention qui impose de contrôler un risque déterminé, le devoir de précaution qui impose de contrôler des risques incertains, et enfin le devoir de vigilance qui impose de contrôler d'autres émetteurs de risque. Il s'agit moins d'une gradation dans le niveau de prise en compte du risque que dans la distension du lien de causalité. La logique à l'œuvre est celle de la *responsabilisation* ; elle tient une ligne de crête difficile entre l'ambition de reconnecter pouvoir et responsabilité, et le danger de déconnecter responsable et dommage effectif.

Nous pouvons analyser cette déconnexion entre le dommage constaté et la faute incriminée dans le sens d'une responsabilité pour un dommage sans faute adoptant ainsi la perspective de l'assurance, mais aussi dans le sens d'une responsabilité pour une faute sans dommage, adoptant alors la perspective de la compliance. Loin de s'opposer, ces deux formes de responsabilisation des entreprises répondent d'une même logique d'intégration du risque. A un premier niveau, il s'agit d'en tenir compte : c'est l'internalisation du risque, au moyen du calcul. A un second niveau, il s'agit d'en prendre conscience : c'est l'intériorisation du risque, rejoignant la réflexivité évoquée en ouverture.

[773] GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, LAZERGES Christine, *La dangerosité saisie par le droit pénal*, 2011, PUF

Née d'« une résurgence sociale de l'accusation » selon l'expression de Ricoeur, cette responsabilité pénale par le prisme du risque emporte trois séries de conséquences. Elle fait admettre une scission des éléments constitutifs de l'infraction, entre l'élément matériel porté par l'agent et l'élément moral porté par le supérieur[774]. Elle fait aussi admettre l'action non comme un acte déterminé et ponctuellement posé, avec une unité de lieu et de temps, mais comme un enchaînement itératif. Enfin, elle fait admettre une extension de la responsabilité des personnes physiques, qui, pris dans le relais à la personne morale que leur impose l'article 121-2 du Code pénal, voient finalement leur responsabilité propre étendue.

Augmentée dans sa nature mais aussi dans son périmètre : le risque étend à la sphère d'influence, là où le pénal s'en tenait au droit : l'objectif de prévention des risques que déterminent la loi Sapin 2 comme la loi Devoir de vigilance s'attache au pouvoir lié à la production plutôt qu'au déterminants légaux[775]. La logique pénale c'est : qui est responsable ? La logique du risque c'est : de quoi est-on responsable ?

Cela n'est pas anodin, car en étendant la responsabilité de la personne morale on étend celle du dirigeant, alors que l'une devait être le relais de l'autre, afin que le dirigeant ne réponde que de son propre fait, comme nous le verrons plus loin.

La responsabilité par la logique d'assurance n'est plus seulement civile : puisque c'est l'ordre public lui-même qui est affecté, c'est la sanction pénale qui le restaure. L'entreprise n'est plus seulement le réceptacle opportun de la réparation civile, en personne morale elle est le réceptacle opportun de la sanction pénale :

i. Le dommage sans faute : une responsabilité pénale par la logique d'assurance

La première double-logique à l'œuvre est celle d'une prise en compte par l'entreprise des risques qu'elle cause, répondant au développement dans la société d'une perspective assurantielle où la responsabilité se fonde sur le dommage plutôt que sur la faute.

La désapprobation sociale se détourne de la culpabilité pour aller vers la responsabilité. D'un côté, un événement tragique ne peut se trouver sans responsable, et paradoxalement de

[774] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.79
[775] SACHS Tatiana et TRICOT Juliette, « La loi sur le devoir de vigilance », *Droit Soc.*, N° 106, Lextenso, 2020. p.688

l'autre les véritables infractions économiques et financières ne suscitent guère d'indignation, ce que Pierre Lascoumes désigne par « les ambiguïtés de la réaction sociale »[776]. En effet, c'est l'ampleur des dommages qui devient la mesure de la culpabilité. Or, il est caractéristique des infractions économiques que de n'avoir que peu voire pas de dommages apparents, là où il est caractéristique des catastrophes que de n'avoir que peu voire pas de responsable délinquant.

Les théories les plus interventionnistes comme les plus libérales conviennent aisément de ce qu'il faut mettre l'entreprise en mesure de réintégrer ses externalités, c'est-à-dire de la rendre comptable des dommages qu'elle crée, afin que l'utilité générale entre ceux qui tirent bénéfice des opérations créant le dommage et ceux qui en subissent les conséquences en ressorte majorée[777]. Le célèbre théorème d'efficience de Coase ne dit pas autre chose : si les coûts de transaction sont nuls et si les droits de propriété sont bien définis, des individus impliqués dans une externalité négocieront de façon à obtenir une allocation efficace des ressources[778]. Il ne s'agit donc pas d'enrôler les entreprises pour satisfaire l'intérêt général, mais de les contraindre à tenir compte de toutes leurs conséquences négatives sur celui-ci.[779] Toute la difficulté se résume donc à deux hypothèses : comment déterminer la nature et le degré de ces désutilités[780], et comment en imposer la prise en charge aux acteurs concernés. Les travaux de la comptabilité verte, menés notamment par l'International Sustainability Standard Board ont pour mission de cerner ces externalités en fournissant une information sur le risque écologique aux marchés financiers, soit qu'il soit causé par les atteintes à l'écosystème, soit qu'il soit causé par les décisions politiques qui en résultent.

Au-delà du seul cas environnemental, la solution retenue par le droit est de considérer que l'entité qui tire profit de l'activité causant directement le dommage peut être tenue responsable[781]. Ce soubassement moral nous paraît heureux lorsqu'il devient étayé par un soubassement technique : l'entité organisatrice sait effectivement mieux qu'aucun autre acteur la nature et le niveau de dommage qu'elle génère, et, surtout, comment y remédier[782]. Au-delà

[776] Voir l'enquête de Evans 1993, à laquelle se réfère Pierre LASCOUMES dans *Sociologie des élites délinquantes* en son chapitre 2.
[777] Suivant le principe bien connu du pollueur-payeur
[778] COASE Ronald, The problem of social cost, *Journal of Law and Economics,* 1960
[779] La mission ainsi assignée « tenir compte des conséquences de ce qui est produit » est par construction totalement familière à leur objet social.
[780] On peut concevoir le dommage comme une autre formalisation de la désutilité, là où celle-ci correspond à un flux, celui-là correspond à un stock.
[781] On passe d'une demande de répartition des richesses à une demande de répartition du risque
[782] A ceci près que l'acteur rationnel fera l'arbitrage entre la remédiation du dommage et sa simple indemnisation.

de l'entreprise, toutes les règles encadrant les accidents du travail, mais également les fautes de gestion, voire finalement tout le régime de responsabilité du dirigeant du fait du préposé répondent de cette logique. Ainsi « le chef d'entreprise qui n'empêche pas le comportement délictueux de son employé commet par omission le délit que ce dernier commet par commission »[783]. Notons que si les accidents du travail causés par l'industrie sont moins nombreux aujourd'hui dans une société tournée vers les services[784], on peut considérer que le harcèlement moral constitue une transposition de cette logique dans la société tertiaire.

Un devoir de prévention du risque nous paraît ainsi se stratifier sur deux fondements complémentaires, d'un côté la connaissance du risque (et, dans une moindre mesure, le profit de l'activité risquée), de l'autre l'atteinte à la vie (qui impose, par principe politique, le plus haut niveau de responsabilisation). Au-delà, émerge un devoir de précaution, plus large mais surtout par hypothèse moins déterminé, comme peut le prévoir l'article 5 de la charte de l'environnement de 2005, désormais à valeur constitutionnelle.

Tout événement dommageable, jusqu'aux catastrophes naturelles, comme un tsunami, pourra trouver in fine une explication dans les activités humaines, si ce n'est dans le déclenchement, en tout cas dans l'exposition. Cette logique ne répond plus seulement d'un devoir de prévention ou de précaution mais bien de réparation. Or, une fois pris en charge les dommages matériels occasionnés, la réparation de l'ordre public lui-même passe idéalement par une condamnation pénale.

Ce principe de réparation amène l'approche du risque à un paradigme assurantiel, mais tandis qu'il conserve la vigueur du pénal, il en relâche la rigueur. Cette charge de l'aléa scientifique nous paraît devoir être supportée par la responsabilité civile, et non pénale. Un assureur peut bien plus facilement évaluer le risque et par suite imposer les mesures qui permettront de le prévenir, qu'un juge pénal. Ainsi, en retenant une responsabilité dès qu'il y a un dommage constaté, l'amende répond moins à la logique d'une peine qu'à celle d'un impôt sur le risque pris ; il s'agirait d'une forme de réintégration de l'externalité. Le raisonnement est alors celui d'une responsabilité civile qui serait engagée au nom de la société plutôt que de victimes désignées. C'est cette logique qui est à l'œuvre dans la compliance, puisque les

[783] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.79
[784] Avec moitié moins d'accidents du travail aujourd'hui que dans les années 50 en valeur absolue, alors même que le nombre de travailleurs a nettement progressé.

victimes des infractions qu'elle prévient sont diffuses voire correspondent au sujet public lui-même. C'est ce qui explique cette hésitation fondamentale de la CJIP qui au-delà de sa nature procédurale pénale a une nature substantielle largement civile. En effet, le montant prévu comme base de la définition de l'amende est précisément celui des avantages indus, et non pas, comme d'accoutumée, un plafond déterminé pour chaque infraction.

Le cas particulier des dommages mortels justifie le recours au droit pénal au-delà des dimensions civiles, puisqu'il convoque une transcendance au-delà d'une assurance. Ces accidents mortels justifient depuis longtemps un régime singulier, consacrant notamment une faute objective de l'employeur. C'est par ce biais que la pénalisation de la compliance nous semble devoir se développer, tant il apparaît insupportable que des activités économiques puissent occasionner des pertes humaines. Le lien de causalité avec l'activité nous semble devoir se distendre avec l'inclusion de nouvelles infractions. Si l'effondrement du Rana Plaza témoigne d'un lien de causalité assez direct avec l'activité, il est en revanche beaucoup plus indirect sur le plan juridique, d'où l'objet de la loi Devoir de vigilance que de tenter d'aligner ces niveaux de connexité. Pour d'autres, comme l'affaire France Telecom, c'est le lien entre l'activité elle-même et les drames humains qui n'est pas immédiat, avant que l'infraction de harcèlement moral institutionnel ne vienne essayer de l'établir au-delà de l'origine multifactorielle des suicides déplorés[785]. Il nous apparaît ainsi que la croissance à la fois de la sensibilité de l'opinion et de la complexité de la causalité scientifique permettra d'attraire de nombreuses responsabilités dans un champ pénal rehaussé, établi initialement autour des accidents mortels du travail. Ainsi sera-t-il particulièrement opportun de lire la cause environnementale à travers ce prisme de l'atteinte à la vie, pour en consolider une responsabilité dans l'ordre pénal.

ii.La faute sans dommage : une responsabilité par la logique de compliance

Jusqu'alors, le fait d'exposer à un risque n'était puni en soi, sur le fondement des risques causés à autrui[786], qu'afin de protéger la vie humaine. Mais désormais, depuis la loi du 22 août

[785] GAMET Laurent, Propos critiques sur la pénalisation du harcèlement moral institutionnel, Semaine Sociale Lamy 2020
[786] Art. 223-1 du Code de procédure pénale

2021, on y trouve également le risque écologique, codifié à l'article L173-3-1 du Code de l'environnement. Si cette incrimination forte apparaît circonscrite, la brèche nous paraît désormais pratiquée hors du strict champ des atteintes à la vie humaine.

L'ouvrage fondateur de Beck, *la Société du Risque*, expose l'écart grandissant entre une société de moins en moins soumise aux divers périls, mais de plus en plus sensible à la vulnérabilité. La société est moins soumise à un risque effectif, mais témoigne d'une plus grande sensibilité au risque[787]. Plus encore, dans la compliance, c'est même le risque perçu qui importe, parce que les systèmes fiduciaires dont elle a la charge reposent sur la confiance, que la simple apparence peut affecter. On a dit que les mécanismes de la conformité reposaient sur la régulation et plus précisément sur les ratios prudentiels. Mais c'est originellement un fait en particulier qui est visé, celui de la prophétie auto-réalisatrice de la défaillance bancaire. On retrouve le même mécanisme auto-réalisateur dans le champ du terrorisme, d'où l'entretien d'une telle proximité dans le régime. A terme, au-delà du fiduciaire strict, tout l'ordre public ne repose que sur la foi qu'on lui porte, qu'on a pu synthétiser par la célèbre périphrase wéberienne du « monopole de la violence légitime ».

L'entreprise apparaît alors tenue responsable du risque en tant que tel et non pas de sa réalisation. « A côté de la faute s'est ainsi ajouté le risque comme une catégorie fondamentale de la société moderne », déplore Gérard Farjat. C'est en effet la finalité des délits formels que de « protéger plus la sécurité que l'intégrité »[788], selon les mots du professeur Mayaud, faisant émerger une sorte de droit pénal du second degré[789].

La responsabilité de l'entreprise devient celle de la gestion du risque en propre, détaché de sa réalisation. C'est une forme de responsabilité réflexive, où c'est le contrôle de l'entreprise sur son risque qui sera contrôlé. Aussi le devoir de vigilance ne se tourne-t-il pas vers le risque lui-même mais bien vers le sujet. Il est donc une double obligation de montrer : montrer le risque et montrer sa prévention. La loi devoir de vigilance se défie de la rationalité de l'entreprise et de sa bonne foi lorsque celle-ci est saisie isolément comme un être calculateur.

[787] Le garde des Sceaux mettant en garde contre un « sentiment d'insécurité », qu'il faudrait distinguer du niveau d'insécurité réelle. Distinction qui est éminemment utile pour éclairer la prise de décision, mais qui ne suffit pas à trancher : est-ce l'insécurité ou le sentiment d'insécurité qu'il faut résorber ? Si une lutte efficace contre l'insécurité ne suffit pas à éteindre le sentiment d'insécurité, peut-être faut-il également rendre manifeste cette sécurité. Avec le risque que la mise en scène de la sécurité satisfasse à bon compte un sentiment, au détriment du réel. L'épisode n'est pas anecdotique, il est la précise illustration de ce qui se joue ici, entre la manifestation du contrôle du risque et sa mitigation réelle.
[788] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.257
[789] BOUTHINON-DUMAS Hugues, *La compliance, une inflation normative au carré ?* 2019

Aussi l'invite-t-elle à élaborer son plan de vigilance « en association avec les parties prenantes de la société, le cas échéant dans le cadre d'initiatives pluripartites au sein de filières ». Dans le top-management de chaque entreprise se mêlent un défaut de connaissance et un défaut de conscience de ses risques. Y introduire des parties prenantes internes à l'entreprise voire internes au secteur d'activité permet à la fois de faire remonter le risque et en même temps d'en décentraliser la décision, comme autant de capteurs et du risque et de sa prise en compte.

Le terme de risque témoigne bien de cette zone de gris, par construction très inconfortable pour le droit pénal, mais plus encore lorsqu'il s'agit d'entreprises, puisque ces eaux sont *légitimement* les leurs. Toute la difficulté est alors pour le droit pénal de conserver cette logique de risque lorsqu'il juge l'événement. Sauf à assumer la multiplication d'obligations de résultat qui ferait du « droit pénal un rempart illusoire aux risques du monde moderne »[790], il doit conserver le paradigme d'un raisonnement probabiliste pour juger l'événement.

Si la compliance impose une méthode, c'est avant tout au prétexte de ne pas imposer de fins. Dès lors, la faute est sans dommage puisque caractérisée dès le contournement de la procédure, ce que la doctrine a parfois appelé « faute prudentielle » en lien direct avec son origine[791]. C'est le cas notamment de la loi Devoir de vigilance, mais aussi de la loi Pacte qui impose « une obligation de questionnement et non de réponse »[792]. Mais comment se manifeste alors l'obligation de questionnement ?

La lutte contre le blanchiment peut offrir une illustration de cette responsabilité face au risque. C'est en effet l'approche par les risques telle que l'ACPR l'introduit en 2007, la met « au centre des exigences » depuis 2012 et l'impose désormais dans la 3ème directive[793] en remplacement de l'approche par les seuils jusque-là privilégiée. Ce faisant, elle abandonne l'automaticité par seuils chère au pénal[794], pour une analyse par critères, avec en regard des niveaux de vigilance standards, allégés ou renforcés. Mais ces niveaux de vigilance sont donc également adaptés à la baisse le cas échéant. Ainsi retrouve-t-on la double logique de la compliance : une logique d'efficacité gestionnaire, celle de l'affectation des ressources, doublée

[790] L'expression est de GALLOIS Alexandre.
[791] GERMAIN Michel, Extension du domaine de la responsabilité des dirigeants : ambitions et réalités, Actes pratiques et ingénierie sociétaire n°175, 2021
[792] NAVARRO Alice, De la loi devoir de vigilance à la loi Pacte, CDE 2019, entretien 4
[793] Directive européenne n°2005/60/CE du 26 octobre 2005
[794] Les critiques ont été vives contre le principe des seuils de la loi Sapin 2, ses effets de seuils et ses opportunités de seuils. Ceux-ci sont finalement diminués par l'incitation globale à recourir au dispositif de l'article 17 de Sapin 2 hors seuil, sa prise en compte est bonifiée dans une CJIP, elle est indicative pour toute entreprise, etc.

d'une logique d'esprit critique puisqu'on ne réagit pas à des seuils déterminés mais à des critères complexes.

Le contrôle de ce contrôle du risque est ultimement celui des autorités, avec des méthodes de renseignement, et des pouvoirs d'enquête efficaces qui étendent de facto les mécanismes de l'enquête criminelle au-delà du strict champ pénal, notamment par les AAI, et particulièrement en l'espèce l'AMF et l'ACPR.

b. La mission d'information sur le risque imposée à l'entreprise

Finalement la mission de l'entreprise et du dirigeant face au risque se résumerait à un devoir d'information. C'est d'ailleurs tout l'objet de la loi Devoir de vigilance. C'est cette sorte d'inversion de la charge de la preuve que permet la compliance au droit pénal.

Il existe deux manières d'échapper à cette responsabilité de l'étude du risque : l' « undercompliance » et l' « overcompliance ». Si la première est un rejet de la conformité que le cadre pénal prend logiquement en charge, la seconde est d'autant moins anodine que cette irresponsabilité n'est pas susceptible de poursuites[795]. C'est entre ces deux pôles que se trouve pourtant la responsabilité de l'entreprise face au risque pénal.

i. Informer sur le risque : la compliance soutenant le pénal

Dans l'expression « devoir de vigilance », la vigilance, comme transposition de l'anglais diligence a été très commentée. Mais le terme « devoir », qui introduit une véritable verticalité, n'est pas anodin : il n'en existe qu'une seule occurrence dans le code pénal, au sujet justement des manquements à la probité.[796] Dans le code de commerce, où est codifiée la loi Devoir de vigilance, les rares « devoirs » découlent directement de la fonction : « devoirs de son état », « devoirs de sa fonction », « devoirs de sa profession ».[797] Les deux seules

[795] ARORA Seema, GANGOPADHYAY Shubashis, Toward a theoretical model of voluntary overcompliance, *Journal of economic behavior & organization,* 1995, p.289

[796] A la section 3 « des manquements au devoir de probité » du chapitre 2 des atteintes à l'administration publique commises par des personnes exerçant une fonction publique.

[797] Art. L724-1 pour les juges des tribunaux de commerce, L131-21 pour un courtier, L822-3 pour un commissaire aux comptes.

occurrences d'un devoir pris radicalement au singulier désignent justement un devoir d'information[798].

La compliance est une information sur le risque pénal, qui commence avec le dispositif de conformité prévu à l'article 17 de la loi Sapin 2, mais qui est loin de s'y contenir. Nous proposons une lecture des huit piliers de cet article par l'information sur le risque pénal qu'elles visent, sur sa nature quand elle descendante, sur son exposition lorsqu'elle est montante :

- Le « code de conduite définissant et illustrant les différents types de comportements à proscrire » (1) constitue l'information générale descendante, là où le « dispositif de formation destiné aux cadres et aux personnels les plus exposés » (6) porte l'information particulière descendante.
- En regard, la « cartographie des risques » (3) constitue l'information générale montante, là où le « dispositif d'alerte interne destiné à permettre le recueil des signalements d'employés » (2) porte l'information particulière montante.

Information sur le risque	Montante	Descendante
Générale	Cartographie	Code de conduite
Particulière	Dispositif d'alerte	Formation des exposés

- A un niveau supérieur, les « procédures de contrôle comptable » (5) informent sur le risque présent, là où les « procédures d'évaluation » de due diligence (4) informent sur le risque entrant.

- Au dernier niveau, les piliers (7) et (8) sur le régime disciplinaire et le contrôle interne mettent en abîme le risque, en exerçant un contrôle sur le contrôle lui-même.

Tout ce dispositif vise les risques, notamment pénaux, contenus dans le code de conduite et manifestés par la cartographie, à commencer par la corruption qui est citée pas moins de dix fois dans ce seul article 17. En rendant l'entreprise participante de l'élaboration et de l'exécution de cette régulation, le droit vise à faire de l'infraction un risque pour l'entreprise, là où il pouvait être conçu comme une opportunité. Cette forme de schizophrénie de la personne morale, qui lutte à la fois pour le risque commercial et contre le risque pénal qu'il génère, peut

[798] Articles R663-18 concernant les liquidateurs judiciaires et L134-4 concernant les agents commerciaux.

s'identifier comme un passage de la rationalité calculatoire de la personne morale à une rationalité morale. [799]

Dès lors, l'employé n'est plus seulement informé et formé sur ce qu'il doit produire pour l'entreprise, mais informé et formé sur les risques pénaux et para-pénaux qu'il court et fait courir. Cette scission dans la volonté de l'entreprise lui impose d'éliminer les tiers malveillants et de maîtriser les employés dissidents, pour *in fine* se brider elle-même.

Ainsi, si nous tenons le risque comme le paradigme le plus opératoire, c'est parce qu'il manifeste l'ambiguïté au fondement de la compliance. L'entreprise tolère un certain niveau de risque pénal. Le risque pénal au sens premier n'est pas anodin : les sanctions internationales, la variabilité voire l'hostilité et le risque de la compliance lui-même, qui, contrairement aux risques dont l'entreprise a l'habitude de se saisir, est à la fois immatériel, systémique et sans historique. La prolifération de droits spécialisés, comme autant de sûretés spécifiques, moins visibles et moins encadrées par des dispositions pénales, créent donc d'autant plus de risques[800].

Selon le rapport de l'AFA 2021, 85% des contrôles ont relevé un manquement relatif à la qualité de la cartographie des risques. En cause selon l'agence, une sous-évaluation voire une occultation des insuffisances et dysfonctionnements. A notre sens, une confusion fondamentale est ici faite, et le contrôle devrait s'opérer au second degré. La cartographie des risques doit rester le secret de l'entreprise, sinon elle sera hypocrite lors de sa présentation à l'autorité. La difficulté est alors d'obtenir des critères d'évaluation suffisants pour apprécier la qualité et la fiabilité de l'outil, vide, présenté.

Il nous semble que le risque sous-jacent à cette confusion des méthodes est celui d'un glissement du devoir de prévenir l'infraction à un devoir de prévenir de l'infraction. Pour l'heure, une telle information des autorités à la charge de l'entreprise et de ses dirigeants n'est prévue que dans des cas restreints[801].

ii. S'informer sur le risque : la compliance suppléant le pénal

[799] Cette conscience de la personne morale, nous l'envisageons plus au sens antique du « connais-toi toi-même » cher à l'oracle de Delphes, qu'au sens contemporain de la conscience morale qui aspire au Bien.
[800] CARBONNIER Jean, *Flexible Droit* p.205
[801] Notamment pour les professions assujetties, ou dans le cas de crimes et de délits atteignant l'intégrité physique d'un public protégé.

Nous avons vu la compliance servir une logique de panpénalisation des erreurs, au nom d'un principe de responsabilité assez étendu. Mais sans doute peut-on tenir l'enjeu initial d'identification / évaluation du risque pour plus important que celui de la sanction elle-même. Dans notre approche, il apparaît en effet que l'aspiration au pénal soit résumable à sa part de dissuasion. On doit dès lors inverser la perspective et non plus tenir la pénalisation comme une fin servie par l'étude du risque, mais plutôt l'étude du risque (et de sa neutralisation) comme fin en soi, que peut servir le droit pénal.

La compliance pénale ne pose plus seulement la question du caractère systémique des conséquences des actes posés par l'entreprise, mais surtout celle du caractère systémique des causes de l'acte posé[802]. C'est d'ailleurs là le véritable enjeu d'une responsabilité qui ne se perde pas dans la mesure des dommages finaux, mais remonte l'*iter criminis* pour déconstruire la décision. Dans son fameux article sur les erreurs des organisations, « Connaître ou punir », Christian Morel souligne un paradoxe pour introduire son analyse du « Beyond Blame » : « les organisations où les conséquences des erreurs sont les plus dramatiques punissent le moins ces erreurs ». Mais nous estimons que ce n'est pas tant celles où les erreurs sont dramatiques que celles où les processus de décisions sont éclatés[803], même s'il peut arriver que ce soit les mêmes, voire parfois que la décision soit dissoute dans l'organisation pour affaiblir le risque ou son contrôle postérieur.

Si l'on s'appesantit sur cette distinction c'est parce qu'elle est au cœur de ce qui se joue avec la compliance. Les conséquences des accidents structurels sont très visibles, mais les causes premières sont invisibles, pour ne pas dire parfois délibérément invisibilisées par l'organisation touffue[804]. C'est dans cet esprit que nous aborderons plus loin les possibilités d'imputation de la responsabilité à cette triple boîte noire qu'est l'entreprise[805]. Notons à ce stade que le juge pénal a pu poser l'alternative de l'information sur le risque ou de l'imputation de la faute d'un autre, pour briser l'opacité connivente des élaborations sociétaires. C'est le sens de l'arrêt Criminel du 25 novembre 2020 qui rappelle que « rien n'empêche la société

[802] La métaphore de l'arbre peut en offrir une illustration très simple : les fruits des branches sont le réseau visible, mais le réseau causal que représente les racines est sous-terrain.
[803] Une erreur d'injection dans le produit administré à l'hôpital est regrettable quand elle se solde par un mort, mais on est loin des accidents industriels, des actes terroristes ou des crises systémiques. Là où le cas est parlant c'est parce que la chaîne de commandement qui arrive à l'administration du mauvais produit est complexe, à tel point qu'elle se réalise indépendamment de l'expertise et de la volonté de ses maillons.
[804] C'est un des enseignements que nous pouvons tirer de l'arrêt Alcatel-Lacent du 16 juin 2021, où l'entreprise est accusée d'avoir délibérément entretenu une organisation matricielle, pour diluer la responsabilité dans l'organisation.
[805] Boîte noire juridique, économique et démocratique, comme établi au chapitre suivant.

absorbante de faire effectuer avant la fusion un audit détaillé de la situation économique et juridique de la société à absorber, pour obtenir, en plus des documents et des informations disponibles en vertu des dispositions législatives, une vue plus complète des obligations de cette société ».

Cette pratique du « Beyond blame » en matière de risque technique (qu'il soit industriel ou sanitaire) a été introduite par les compagnies aériennes avant que les hôpitaux ne lui emboîtent le pas. Il s'agit de considérer que le risque est mieux prévenu lorsque l'information sur les difficultés rencontrées remonte facilement, plutôt que lorsque le moindre écart de conduite est sanctionné, la théorie des organisations regorgeant d'exemples de contournements des procédures sollicités par l'organisation elle-même.

En effet, l'information sur le risque n'est en grande part détenue que par les opérationnels eux-mêmes. Elle procède souvent bien plus d'une expérience, pour ne pas dire une intuition, personnelle, que de véritables modèles calculatoires, ceux-ci étant par hypothèse déjà pris en compte dans les modélisations de risque de l'entreprise. Dès lors, c'est plutôt les remontées d'informations et d'incident sous couvert d'une clause d'irresponsabilité voire d'anonymat que la sanction du moindre écart de procédure qui permet la bonne prise en charge du risque. La sanction des fautes commises est tentante, à la fois par principe réprobateur et pour manifester la restauration de l'ordre troublé. Néanmoins, le risque est de sanctionner pour l'exemple et de diffuser alors un sentiment d'injustice, de manifester l'écart entre le terrain des opérationnels et les bureaux du management, et d'amener les exécutants à un rigorisme de la procédure moins pour se prémunir contre l'accident que pour se prémunir contre son imputation.

En définitive, la sanction court le risque de remplacer l'analyse parce que le prononcé de la faute phagocyte la question causale, et que son effet cathartique a pu suffisamment jouer pour restaurer l'ordre public. Dès lors, il s'agirait d'inverser le paradigme, et de faire porter la sanction sur le défaut d'information plutôt que sur sa révélation.

L'expression « ce sont les risques du métier » dit en retour le danger que le risque justifie l'infraction en la normalisant : « Les thèses économiques libérales, en mettant en avant cette liberté d'entreprendre, tendent à marginaliser le droit pénal, dont l'inadaptation supposée au monde des affaires est régulièrement dénoncée … il est vrai que les préjudices parfois

colossaux occasionnés par un affairisme débridé sont très vite aseptisés à travers la notion de risque de l'activité. »[806]

2. Une responsabilité pénale rationalisée par le concept de risque

Rationaliser convoque un double sens : d'abord rendre conforme à la raison et ensuite organiser de manière efficace. C'est le paradigme du risque qui permet cette double rationalisation.

Le calcul, la métaphore mécaniciste portée dès Hobbes avec la figure de l'horloge et de l'automate, devrait anticiper les buts et figer les ordres. Elle serait non seulement d'une parfaite prédictibilité mais également d'une parfaite conformité. En fait de calcul, la prévision sur laquelle repose la compliance est trompeuse : si sa prédiction est si parfaite, c'est avant tout parce qu'elle tend à figer.

De fait, il est tentant de recourir aux facultés de la compliance pour réaliser cette jonction entre un futur incertain et la répression pénale. Mais l'échéance du risque est si lointaine, indirecte et multifactorielle, que le rôle du pénal n'est plus véritablement orienté vers la répression d'une infraction. Dès lors, orienté par l'opinion vers une finalité préventive[807], le droit pénal apparaît réduit à sa fonction d'expression de valeurs sociales défendues, passant par pertes et profits la personne physique ou morale support de cette expressivité. Tournée vers le futur et donc vers un désordre qui n'est encore qu'hypothétique, la compliance renforce ce détournement de la fonction répressive au profit de la fonction expressive. D'un côté elle multiplie les recours politiques au pénal[808], de l'autre elle alimente une confusion naissante entre la norme sociale et la norme juridique, c'est-à-dire entre la non-conformité et l'infraction. Cette focalisation sur le

[806] LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick et SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, LexisNexis, 2020.
[807] ZOUHAL Adra, *op. cit.* : « c'est avant tout l'opinion publique et l'opinion doctrinale qui élaborent la finalité préventive du droit pénal »
[808] Sans doute peut-on aller jusqu'à considérer que l'adoption de textes indépendamment de toute mise en œuvre suffit à satisfaire cette demande de pénal que sert le politique, puisque selon une étude du Conseil d'Etat (Etude CE 2018 p.62) moins du quart des 14700 infractions recensées font effectivement l'objet de poursuites.

risque offre une prime à l'identité et au statu quo, faisant de la normalité le fondement de la normativité[809], comme le terme-même de conformité pouvait y inviter.

a. Une rationalisation au sens de rendre rationnel

Le prisme du risque que systématise la compliance, porté par la probabilité, permet d'approcher l'idéal pythagoricien de la mathesis sociale. Au niveau microscopique cette mathématisation du réel répond à l'exigence de rationalité des agents économiques, au niveau macroscopique elle est l'aboutissement de la société assurancielle dépeinte plus haut.

La gouvernance des nombres dont un Supiot pouvait s'inquiéter alors même que la compliance était encore loin de s'établir en droit, fait désormais sentir ses effets, en appréhendant le réel par le prisme du risque et le droit par sa fin sécurisante.

Sur ce terreau de la logique économique, la conception utilitariste vit ses meilleures heures, restant à savoir si la compliance est le triomphe de la rationalité, ou de la raison.

i. Le conséquentialisme comme maximisation du bien-être collectif

Le conséquentialisme. A partir de ses principaux théoriciens, le conséquentialisme peut être compris comme une doctrine éthique qui mesure la justesse d'une action à l'aune des conséquences qu'elle engendre[810]. Pour reprendre le triangle de validité de la norme qui anime notre étude, légalité, légitimité, effectivité, nous pourrions à chacune attribuer une forme d'éthique. La légalité serait portée par une éthique déontologique, c'est-à-dire intéressée à la nature formelle de l'action, la légitimité serait portée par une éthique de la vertu, c'est-à-dire intéressée aux motivations de l'agent, tandis que l'efficacité reposerait sur une éthique téléologique[811] : le conséquentialisme. Particulièrement pertinent dans le cadre de systèmes. Ici n'est autre qu'une mise en œuvre de l'utilitarisme, tendant à la maximisation du bien être collectif.

[809] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. pp.156 et 160
[810] D'abord BROWNE S. S. S., « Right Acts and Moral Actions », *J. Philos.*, 42, Journal of Philosophy, Inc., 1945. qui utilise le concept sans véritablement le définir, puis ANSCOMBE G. E. M., « Modern Moral Philosophy », *Philosophy*, 33, Cambridge University Press, 1958.qui le définit mais dans une perspective critique, et enfin GRIFFIN James, « Consequences », *Proc. Aristot. Soc.*, 65, [Aristotelian Society, Wiley], 1964.
[811] Ce sont là les 3 approches éthiques qui ont une fonction normative selon David Scott SCOTT David, « Values and learning theories », in *On Learning*, UCL Press, 2021.

L'utilitarisme. Cette mise en contexte théorique permet de comprendre pourquoi, interrogé lors de la première conférence sur la CJIP dont il était lui-même l'un des premiers praticiens, le premier vice-procureur du PNF Eric Russo répond à la question « la justice négociée est-elle juste ? » par « la vraie question, c'est est-elle utile ? ».[812] Ce faisant, en praticien chargé de l'ordre public il traduit une question posée en termes de légitimité en un problème d'effectivité. En effet, comme abondera Olivier Leurent alors directeur de l'Ecole Nationale de la Magistrature, la justice est « un service public ». [813]

Le conséquentialisme peut apparaître comme la version de la morale au niveau managérial, une « morale utilitariste, c'est-à-dire porteuse d'une exigence d'attention aux conséquences »[814].

Si depuis Gary Becker le délinquant peut être tenu comme l'agent rationnel d'un pur calcul économique, cette conception est désormais complètement adoptée par la Justice. La circulaire du 2 juin 2020 acte définitivement cette approche, et emboîte même le pas de l'ONU en analysant les infractions par le prisme de leur coût économique pour la collectivité[815]. On peut même à la suite de certains auteurs admettre que la construction européenne s'illustre brillamment dans ce champ en faisant, pour la première fois de l'histoire, préexister une monnaie à toute intégration politique[816]. Un moteur de la compliance et désormais d'un certain droit pénal relèverait donc pleinement lui-même de la logique utilitariste. Stefano Manacorda souligne d'ailleurs combien c'est la maximisation de l'efficacité plutôt qu'une éthique classique qui prévaut dans l'harmonisation des droits des Etats-membres, celle-ci ayant commencé par les enjeux bureaucratiques plutôt que par la lutte contre la traite humaine.

Avec quelles fins ? *« Tout se passe comme si la logique de l'intérêt finissait par produire sa propre réalité. La conception d'une autorégulation marchande harmonisant parfaitement les intérêts individuels utilitaristes est purement formelle »*[817]

L'appréhension des générations futures. Cette école conséquentialiste nous apparaît très utile pour étendre la maximisation du bien être aux générations futures. Là où une école

[812] La justice négociée est-elle juste ?, Cercle Montesquieu, 11 mars 2020
[813] LEURENT Olivier
[814] CANTO-SPERBER Monique, *La philosophie morale* p.6
[815] VESSIO Fabien, L'influence de l'analyse éco du droit sur la lutte contre la corruption internationale
[816] FRANCE Ingrid, recension de *L'esprit de Philadelphie*, d'Alain Supiot, Dans La revue lacanienne 2012/2 (N° 13), p. 113
[817] *Ibid*.

plus positiviste achoppe faute de pouvoir en faire des personnes juridiques, une école jusnaturaliste (au sens propre) tente de découvrir une personnalité dans les éléments naturels comme dans les fleuves. A notre sens, c'est le paradigme du risque qui, en saisissant une éventualité qui n'est finalement ni incertaine ni indépendante, permet d'en tenir compte. Dans cette orientation prospective du droit pénal par le prisme du risque, la protection des générations futures nous apparaît comme une préoccupation particulièrement légitime. Elle reprend radicalement la notion d'externalités, en n'en tenant plus seulement compte de manière géographique à un instant déterminé, mais de manière diachronique sur les générations à venir. Toutefois, une telle préoccupation peut paraître difficilement servie par le droit pénal, puisqu'il est conçu pour régler des illégalismes déterminés. La protection des générations futures lui donne une valeur assurantielle, dont le droit administratif et le droit civil pourraient plus utilement se charger. Nombre d'auteurs se sont inquiétés de cette évolution, certains évoquant le sacrifice du « couple fondateur liberté/responsabilité au profit d'une logique de solidarité qui est étrangère [au droit pénal]»[818], d'autres indiquant plus sobrement qu' « en saisissant la notion de risque, le droit pénal peut perdre sa légitimité »[819].

ii. La transparence comme minimisation du danger individuel

L'employé intègre par la compliance le paradigme beckerien du délinquant rationnel. Il est formé et informé. Ce phénomène permet d'associer les deux premiers degrés de la conformité distingués précédemment ; il permet une désintermédiation : il n'y a plus de tiers, voire plus d'altérité. Cette rationalisation utilitariste rejette le tiers comme un danger dans l'équation[820] : l'autre est un risque dans l'exacte mesure de sa souveraineté ou de son libre-arbitre.

Là où l'Etat-nation avait remplacé l'hétéronomie religieuse, la compliance a introduit une horizontalisation des relations. La seule politique devient celle du chiffre. L'évaluation du risque et son pendant la transparence permettent de se passer du tiers certificateur que constituaient l'Etat et ses émanations. Elle acte ainsi la fin du tiers de confiance que pouvait

[818] DREYER, E., « Droit pénal et principe de précaution », Recueil Dalloz, 2015, p. 1912 ss.
[819] ZOUHAL Adra, thèse citée.
[820] Qu'on a pu résumer par l'expression « le tiers c'est le tiercé ».

constituer l'Etat, au profit de la transparence qui lui préfère les échanges immédiats. Le risque nous ferait ainsi passer du crédit au prédit.

Le chiffre. Antoine Gaudemet précise que dans ce nouveau monde de la compliance « on ne s'adresse plus aux consciences mais aux capacités de calcul ». Dans un système où, nous l'avons vu, la décision est à la fois très rationnelle et très éclatée, c'est effectivement la logique arithmétique qui permet le plus facilement de synthétiser les opérations de décision. D'autant qu'on peut, à la suite de Gary Becker, tenir le calcul pour « plus universalisable que le contrat social ».

Certains auteurs invitent à passer d'une réglementation par la norme, à une régulation par les données[821]. Au-delà des objections de principe à cette mutation, parfois comparées aux résistances des années 1990 à la prééminence de l'informatique, la critique la plus achevée nous semble consubstantielle à la compliance : les chiffres, les modélisations et les algorithmes occultent la dimension éminemment politique des choix qu'ils portent.

C'est le triomphe de l'actuariat pour Bernard E. Harcourt[822] : « C'est ce qu'on fait avec ces nombres qui est beaucoup plus révélateur. Et ce qu'on en a fait, c'est autoriser le tournant actuariel à redéfinir nos conceptions de la juste peine. Le recours aux instruments de prévision a façonné notre sens de la justice sans que l'on s'en aperçoive, sans délibération, presque inconsciemment ou de manière subliminale. »

Pour le paradigme américain de compliance, ce n'est pas problématique puisque chacun peut, selon son mérite, y prendre part. Pour le paradigme chinois ce n'est pas problématique non plus puisque tout le monde y est égalitairement soumis. Pour le paradigme européen, c'est tout le problème de cette régulation qui échappe à la société : il publie donc le DSA et le DMA pour ouvrir le code, et impose un droit à l'oubli pour prouver que la compliance pose la subjectivité au-dessus (et à l'opposé) du calcul.[823]

L'absence de mots. L'absence de concepts relève également de ce besoin de désintermédier que porte la conformité. « Répétition, fétichisme du chiffre actuel où ce qui compte est ce qui se compte, dans l'idéal de gouvernance objectivée par les nombres, éviction de la parole nous épargnant le tourment subjectif de penser et juger. On s'indigne, en bons

[821] GROSSMANN Nick, A Data-First Model for Establishing Trust, Safety, and Security, Regulatory Reform for the 21st Century City, Harvard Data-smart city solutions, 8 avril 2015
[822] HARCOURT Bernard E., Une généalogie de la rationalité actuarielle aux Etats-Unis aux XIXe et XXe siècles, RSCDPC 2010/1 p.31
[823] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les outils de la Compliance*, Dalloz JORC, 2021.

réactifs, et, comme disait Camus « le réflexe a remplacé la réflexion et l'on pense à coup de slogans comme le chien de Pavlov salivait à coup de cloches ». »[824]

Certains auteurs classiques sont nécessairement critiques, mais ici l'efficacité apparaît de mise, et justifiée par notre objet.

Le contrat. A tel fin qu'in fine, c'est un contrat qui résout même la relation pénale, pourtant tierce par essence. Où les chiffres tiennent toute la place. Y compris lors de l'audience de validation. En faisant de la transparence la vertu ultime, l'application américaine du DPA se départit de la procédure pénale au nom de la bonne foi, par exemple en demandant à renoncer aux délais de prescription, qui certes rend valide une procédure civile mais pourrait invalider une procédure pénale. Or, il nous semble que les libertés individuelles tracent notre souveraineté à la mesure même de notre imprédictibilité, voire de notre opacité[825]. C'est le rôle de la compliance que d'investir les zones de gris. Mais c'est donc aussi le recul des espaces non régulés par le droit. L'exemple flagrant en a été les guides de prévention des conflits d'intérêts.

b. Une rationalisation au sens d'ordonner efficacement

Les réserves envers la transparence nous semblent justement annihilées lorsqu'on s'intéresse à une personne morale.

La conception calculatoire du risque n'est pas bornée, là où une conception pénale du risque semble pouvoir apporter un cadre. Cependant, la logique d'anticipation que la répression adopte, poussée par une demande sociale de pénal renforce finalement la tournure dirigiste à l'œuvre. D'autant que le risque, construit social, connaît une plus grande sensibilité lorsque sa probabilité diminue.

Les caractères à la fois idéaux et pratiques du droit pénal l'amènent à être particulièrement sollicité là où d'autres droits trouveraient peut-être plus de légitimité. De sorte que finalement l'application débridée de la compliance pénale porte préjudice au terrain même de l'innovation économique, ce dont pourraient tirer profit les entreprises les plus installées.

[824] FRANCE Ingrid, Op. cit.
[825] Ma souveraineté m'appartient dans la limite où je ne suis pas calculable. D'où le meurtre gratuit perpétré par Lafcadio dans les *Caves du Vatican* d'André GIDE, en témoignage de sa liberté.

i. Un ordre justifiable au vu de son objet singulier

La fin de la politique. La liberté n'est plus une autonomie politique (participer aux choix collectifs) mais se consacrer en sécurité à son bonheur privé (conception chinoise). L'anticipation calculatoire que porte la logique de la compliance nous paraît avoir des conséquences néfastes au niveau agrégé. L'anticipation, en permettant d'exercer un contrôle a priori tend à définir les formes que la liberté doit prendre pour servir au mieux l'ordre futur.

Sous le poids d'une demande sociale de pénal, servie par des politiques trop heureux de satisfaire à bas coût une demande d'ordre, le droit répressif prend un tour prospectif. L'article 2 de la DDHC du 26 août 1789 en offre un témoignage éclatant. En effet, la « sûreté » prescrite au nombre des « droits naturels et imprescriptibles de l'homme » renvoyait au droit politique (dont l'article relève) de ne pas faire l'objet de poursuites arbitraires de la part du pouvoir, tranchant ainsi avec les régimes précédents. Cependant, au cours du XXème siècle, et sous la plume de certains politiques répondant à une demande populaire, le sens en a évolué jusqu'à une totale inversion de perspective, puisqu'il est aujourd'hui compris comme un droit à la sécurité contre le risque délictueux, justifiant par là-même une plus grande intervention de l'autorité[826].

On peut se demander finalement s'il s'agit réellement d'une demande sociale de pénal spontanée, ou si elle répond d'une forme de populisme pénal suscitée[827]. En effet, la compliance marquant un certain retrait de l'État, la pénalisation peut lui permettre d'afficher une fermeté qui compense par la force le recul de puissance, et de s'épargner les réformes requises par l'ajout de nouvelles lois.

Le constat que Della-Faille et Mincke tenaient il y a deux décennies sur le droit belge nous paraît d'une criante actualité : « devant l'inévitable échec des politiques menées actuellement, le risque est grand d'entrer dans la spirale de l'accroissement de la répression, hors de toute considération pour le bien-fondé de la réponse apportée. La question qui se pose est donc de savoir si nous allons passer d'une accélération ponctuelle de la procédurale pénale

[826] SALAS Denis, *La justice dévoyée, critique des utopies sécuritaires,* p.100
[827] SALAS Denis, *La volonté de punir, essai sur le populisme pénal*, Hachette 2005

à un véritable état d'urgence du pénal qui impliquerait que les seuls dossiers traités le soient par la voie de procédures d'exception »[828].

Ainsi s'agirait-il d'imposer les « formes *a priori* que la liberté doit prendre » selon le mot de François Sureau au sujet des AAI. L'aspiration à la conformité plutôt qu'à la compliance trahit ce risque : être conforme, sans autre idéal que cette autoréférence ; l'appartenance au groupe comme critère du juste, c'est-à-dire la conformation. Mais au fond, ce qui n'est pas acceptable pour une personne physique pourrait l'être pour une personne morale, qui finalement ne connaît pas de risques pour ses libertés fondamentales.

ii. Un ordre discutable au vu de ses conséquences plurielles

La tentation du risque zéro. Il apparaît d'abord que la compliance produise une image faussée de la responsabilité dans l'entreprise. En effet, la première responsabilité du dirigeant c'est celle d'assurer la bonne marche de l'entreprise. La véritable responsabilité et nous l'avons esquissé plus haut, c'est celle qui compose avec le risque[829] car il est consubstantiel, y compris dans sa part normative, de l'activité économique. Si, aux dires mêmes du vice-président du Conseil d'État, l'activité de l'administration doit composer avec le risque normatif,[830] à combien plus forte raison les stratégies internationales, le développement commercial, et l'innovation de rupture. La véritable irresponsabilité serait donc celle du risque zéro, ce qui manifeste toute la difficulté, l'irénisme pour ne pas dire l'hypocrisie, d'un affichage de « tolérance zéro » au frontispice de chaque entreprise[831].

Nous ne suivrons donc pas une conception extensive de l'arrêt Carignon de 1997, désormais répandue dans la doctrine, qui acte le mot de M. Alain Dekeuwer au sujet de

[828] DELLA-FAILLE N., MINCKE C., Les mutations du rapport à la loi en droit pénal, Déviance et Société, 2002
[829] BARBIER Hugo, La liberté de prendre des risques, 2011
[830] Colloque « Osez le risque », Jean-Marc SAUVE, ENA, HEC, Ecole de guerre, 6 juin 2014
[831] « La peur est au-dessus de nos moyens », dit l'essai éponyme de Jean de KERVASDOUE dénonçant le passage de la conformité au conformisme par la faute pénale, qui préfère le respect du protocole à l'efficacité d'une prise de décision.

l'incrimination d'un abus de bien sociaux débouchant sur de la corruption : « le risque pénal est toujours anormal ».

La menace de l'innovation. Il apparaît alors que la compliance menace l'innovation en imposant les formes a priori de l'activité. En « sacrifiant la liberté d'entreprendre à une sécurité collective future »[832], en privilégiant une « compliance by design »[833], en « déterminant les processus plutôt que les buts »[834], la compliance alimenterait la confusion vue plus haut entre la norme du devoir être et celle de l'étant[835]. Et pour cause, aucun législateur si inventif soit-il n'est à même de prévoir les formes possibles de l'utilité sociale. Seul l'entrepreneur qui voit son risque rémunéré peut se permettre l'audace des innovations. Uber et Airbnb fournissent deux exemples célèbres d'une régularisation a posteriori. « Taxi pirate » pour l'un, « hôtellerie pirate » pour l'autre, les deux services se sont attaqués à des positions commerciales particulièrement réglementées, parfois un temps en franche irrégularité. C'est une fois rapportée la preuve d'un intérêt général optimisé que ces services ont pu être régularisés, une fois abandonnée la poursuite d'une part de leurs activités définitivement décrétées hors-la-loi. (et rôle du lobbying).

Une instrumentalisation par les insiders. Il apparaît finalement que la compliance puisse être instrumentalisée par les acteurs massifs installés, les « insiders » de la compliance. Nous avons vu quelle influence les grands groupes exerçaient sur les normes de leurs propres secteurs. Ce faisant, ils fortifient à la fois quantitativement leur position de profits en augmentant le ticket d'entrée sur leurs marchés, et qualitativement en décrétant les options d'activité qu'il est légitime ou non d'exercer. Ce faisant, une compliance trop scrupuleuse court le risque d'alimenter de véritables rentes. Plus encore, elle risque de soumettre les petits acteurs

[832] DREYER, E., « Droit pénal et principe de précaution », Recueil Dalloz, 2015, p. 1912 ss.
[833] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les outils de la Compliance*, Dalloz JORC, 2021.
[834] SUPIOT Alain, leçon inaugurale au Collège de France, Paris, 29 novembre 2012
[835] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.160

aux algorithmes de compliance développés par ceux qui en ont les moyens, les plaçant aussitôt dans une véritable relation de dépendance[836], voire de pure instrumentalisation[837].

Il semble alors que paradoxalement la vertu se situe moins dans l'attitude paisible des paquebots-rentiers que dans l'aiguillonnage permanent des petits voiliers-corsaires, trahissant une fois encore l'écart entre, pour plagier Basquiat, ce que l'on voit et ce que l'on ne voit pas[838].

« Innovation doesn't fear regulation, but it fears regulation by yesterday methods » déclarait le fameux entrepreneur Jack Ma. La question est alors de savoir quelle actualisation des méthodes est possible. Nous avons vu que le recours au pénal pouvait être pertinent dans une certaine mesure. Xavier Niel rapporte cet entretien avec le juge d'instruction Van Ruymbeke, où ce dernier reconnaît l'œuvre d'intérêt général que les entrepreneurs « extra-juridiques » mènent en déplaçant les barrières que le législateur a posées a priori[839]. Le couperet pénal rappelle le cas échéant la nature et la force des valeurs prônées par la société. Nous avons également vu que la régulation calculatoire pouvait emporter certains avantages malgré d'importantes limites. Il est à craindre que le paradigme financier des marchés couplé aux innovations de l'intelligence artificielle accorde un crédit démesuré à cette conception de la compliance.

[836] C'est malheureusement le sens dans lequel nous semble aller la régulation des contenus à caractère terroriste en ligne. La décision constitutionnelle n°2022-841 DC du 13 août 2022 rendant avis conforme de la Loi portant diverses dispositions d'adaptation au droit de l'UE en matière de prévention de la diffusion de contenus à caractères terroriste valide l'injonction de retrait en une heure du contenu à caractère terroriste en ligne. Ce faisant, au vu du très bref délai accordé et des coûts important qu'un dispositif ad hoc engendrerait, il y a fort à parier que les petits acteurs d'internet auront recours aux algorithmes qu'auront développé ceux qui peuvent assumer de tels coûts, à commencer par Meta.

[837] L'exemple du procès intenté par les petits concurrents d'Onlyfans à Meta, qui aurait instrumentalisé les mécanismes de lutte contre le terrorisme de type GIFCT pour étouffer la concurrence. Voir par exemple « Facebook accused of blacklisting OnlyFans' rivals » by Noel Titheradge, BBC News Investigations, 23 février 2022

[838] Les premières lignes du célèbre dernier opus de l'auteur sont éclairantes : « Dans la sphère économique, un acte, une habitude, une institution, une loi n'engendrent pas seulement un effet, mais une série d'effets. De ces effets, le premier seul est immédiat; il se manifeste simultanément avec sa cause, on le voit. Les autres ne se déroulent que successivement, on ne les voit pas; heureux si on les prévoit.
Entre un mauvais et un bon Économiste, voici toute la différence: l'un s'en tient à l'effet visible; l'autre tient compte et de l'effet qu'on voit et de ceux qu'il faut prévoir.
Mais cette différence est énorme, car il arrive presque toujours que, lorsque la conséquence immédiate est favorable, les conséquences ultérieures sont funestes, et vice versa. - D'où il suit que le mauvais Économiste poursuit un petit bien actuel qui sera suivi d'un grand mal à venir, tandis que le vrai économiste poursuit un grand bien à venir, au risque d'un petit mal actuel.
Du reste, il en est ainsi en hygiène, en morale. » Œuvres complètes de Frédéric Bastiat, Guillaumin et Cie, 1864, Tome cinquième, p. 336.

[839] Le secteur particulièrement régulé des télécoms qu'a « piraté » Xavier Niel renforce d'autant cette mise en contradiction du régulateur face à l'intérêt général.

Conclusion intermédiaire :

Le rôle d'avocat d'une personne morale apparaît ici particulièrement important tant les conflits d'intérêts et les effets d'agence deviennent particulièrement prégnants. S'il est possible de faire émerger un droit pénal du second degré, c'est en demeurant alors au second degré. En mélangeant les ordres, le droit abolit les limites à commencer par l'exigence de proportionnalité.

B. Contrôler le risque de sanction : piloter le risque

On a pu définir la compliance comme la prévention du risque pénal. Mais c'est en distinguant au sein du risque pénal le contrôle du risque d'infraction du contrôle du risque de sanction que l'on manifeste ce qui se joue.

Si effectivement, les mécanismes du droit pénal des affaires étaient déjà particulièrement orientés vers la réhabilitation plutôt que vers la sanction, la compliance décuple cet effet en s'intéressant à des agents indispensables au bon fonctionnement de la société. Si le col blanc a pu connaître un sort privilégié en comparaison d'autres délinquants, cela a pu être justifié par l'absence de violence dans son acte[840]. L'entreprise relève en partie du même bénéfice[841], mais connaît surtout un sort privilégié grâce à son apport au bien commun dont il serait irrationnel de priver l'intérêt général. Là encore, une logique utilitariste se déploie en arrière-plan, ce qui à ce stade de la réflexion a pu paraître légitime étant donnée la nature singulière de la personne morale. Il sera étudié infra (chapitre 4.1) combien la CJIP est l'incarnation d'une telle logique, en s'établissant sur un raisonnement essentiellement économique, voire essentiellement financier, et en cherchant à la fois la maximisation de l'intérêt public et la minimisation des externalités causées par la sanction[842].
Mais avant d'aborder cet outil paradigmatique de la logique de compliance, il nous faut en éclairer les fondements.

Le droit pénal a pu puiser les fondements de la validité de sa norme dans les principes de légalité et de légitimité, trouvant dans le premier une validité formelle protectrice des droits fondamentaux, et dans le second une validité axiologique protectrice de l'ordre public. Dans ce contexte, la compliance met l'accent sur le troisième axe de la validité normative, l'effectivité. Nous avons pu illustrer ce transfert en reprenant le mot célèbre de Péguy « le kantisme a les

[840] Encore que cette analyse soit contestable. On retrouve de nombreuses études sur la violence masquée de la délinquance astucieuse, comme LASCOUMES Pierre et NAGELS Carla, « Chapitre 6 - Les victimes de la criminalité en col blanc », in *Sociologie des élites délinquantes*, Armand Colin, 2014.
[841] Encore qu'en terme de violences, il s'agit surtout d'un éloignement des conséquences plutôt que d'une véritable absence.
[842] On relève supra l'étroitesse de l'article 41-1-2 CPP qui ne considère dans le cadre du montant de l'amende CJIP que les « avantages retirés des manquements ». Nous avons soutenu dans la rédaction des nouvelles lignes directrices CJIP une conception élargie par les avantages espérés des manquements, c'est-à-dire une conception moins utilitariste et plus pénale de l'infraction.

mains pures mais n'a pas de mains »[843], opposant à l'engagement absolutiste de la bonne conscience dans l'impératif kantien le poids de l'incarnation sociétale. La rationalisation juridique qu'introduit la compliance procède en effet de la prise en compte de moyens limités face à une complexité croissante. A la fois complexité des agents économiques justiciables, qui sont difficiles à saisir du point de vue matériel (difficulté de l'identification comme difficulté de la preuve), et du point de vue moral (quelle intentionnalité pour quel acteur). Complexité également du droit applicable, qui peut être foisonnant voire instable du point de vue matériel (faute d'avoir une grammaire commune), et inopportun voire excessif du point de vue moral (par excès ou par instrumentalisation).

Nous pouvons définir l'efficacité comme la capacité à parvenir à un objectif, au sein de laquelle nous distinguerons l'efficience comme une optimisation des ressources en vue d'un but, et l'effectivité comme une capacité à produire un effet réel.

C'est dans ce contexte que le contrôle du risque de sanction prend tout son sens, la justice pouvant moins que jamais être éthérée, rendue hors des considérations socio-économiques, et le justiciable ne pouvant plus se contenter de prendre passivement acte d'un cadre réglementaire posé. La diminution de la rationalité des acteurs (le droit applicable est complexe) et l'éclatement de cette rationalité (la prise de décision est complexe), se doublent d'un droit rendu délibérément menaçant pour inciter à la coopération, justifiant d'autant qu'il soit traité comme un risque[844].

Ainsi n'est-ce pas seulement le risque d'infraction mais bien le risque de sanction lui-même qui est pesé de part et d'autre, prenant les deux formes d'une reddition de comptes : d'une part la logique de gestion qui vise l'efficience, d'autre part la logique d'information qui vise l'effectivité[845].

1. Une sanction pénale plus efficiente par la logique de gestion

[843] PEGUY Charles, *Victor-Marie comte Hugo*, La Pléiade, tome III p.331

[844] Le droit pénal n'est plus destiné à être appliqué, mais à menacer, pour mener à la coopération. GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, dir. *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. pp.117-120

[845] D'un point de vue de philosophie pénale, ces deux logiques apparaissent même antagonistes : la logique d'efficience diminue la portée de la norme en tenant compte de son coût, tandis que la logique d'effectivité vise la pleine portée de ses effets.

Terme éminemment économique, l'efficience traduit l'idée d'optimisation, en évaluant l'efficacité par le prisme des effets rapportés aux ressources

Sous l'effet de la complexité de son sujet, la sanction est considérée comme un risque par l'entreprise. Nous avons vu combien il est difficile d'apprécier une norme touffue, aux sources diverses voire contradictoires, sans y consacrer un budget déraisonnable et surtout sans détruire les opportunités de développement. Réciproquement, sous l'effet de la complexité de son objet, la sanction est considérée comme un risque par l'État. Si sanctionner une entreprise systémique ou stratégique est complexe dès le stade de la mise en cause, c'est également une problématique à part entière au moment de la sanction.

Alors que le droit pénal, par le principe-même de la procédure pénale, se posait à distance du concept d'efficacité, il apparaît dans le cadre de la compliance contaminé par la logique de son objet économique.

Tout le fondement de la sanction est ramené à une logique comptable, ce qui ne paraît pas illégitime dans ce contexte.

a. Le pilotage du risque de sanction par l'Etat

Côté justice, il s'agit de diminuer le risque de sanction par une juridiction étrangère instrumentalisante, de diminuer les risques posés par une sanction sur l'intérêt général lui-même, et plus généralement de pouvoir mener à bien une politique pénale multifactorielle. Côté justiciable, il s'agit de maîtriser la probabilité d'une sanction et l'ampleur de ses conséquences, et plus généralement de pouvoir anticiper la logique pénale suivie.

Si la compliance rationalise la politique pénale, c'est dans le double sens des moyens et de la signification, à tel point qu'un Foucault aurait pu parler d'une « gouvernementalité néolibérale »[846] appliquée par une « justice managériale »[847].

i. L'optimisation des coûts de la procédure

[846] FOUCAULT Michel, *La naissance de la biopolitique. Cours au Collège de france (1978-1979)*, Gallimard, 2004.
[847] l'expression est d'Antoine GARAPON

La privatisation de l'enquête. Le premier apport de la compliance à l'engagement de la responsabilité pénale est sans doute celui de la privatisation de l'enquête, même si son statut en est encore à ses balbutiements[848]. En effet, la tâche des enquêteurs, si spécialisés soient-ils, était devenue insurmontable face à une « hyper-sophistication »[849], obligeant à des méthodes particulièrement intrusives. Les débats parlementaires de la loi Sapin 2 assument volontiers ce « souci d'efficacité et de pragmatisme de la justice »[850]. Pour autant, on peut à la suite de la vice-bâtonnière Roret s'étonner de ce que finalement la compliance pénale soit imposée par une politique pénale qui, faute de budget, transfère la responsabilité sur les justiciables et les avocats[851] . Si on peut parler d'une « déresponsabilisation de la justice » qui justifie sa mutation par son manque de moyens, on peut aussi admettre que l'enjeu n'était plus paramétrique mais paradigmatique, et qu'un budget accru n'aurait changé qu'à la marge l'efficacité des enquêtes. Mais c'est particulièrement cynique de prendre comme argumentaire le manque de moyens alloués à la même politique !

L'accélération du traitement judiciaire. Au-delà, il s'agit pour la justice de tempérer le risque de sanction extérieure.

En effet, accélérer le déclenchement et l'aboutissement des poursuites doit permettre d'en conserver la pleine maîtrise. Dès lors, l'intérêt des autorités et celui des entreprises s'alignent désormais dans un désir commun de régler au plus tôt les situations litigieuses, là où la tradition était jusqu'alors à l'alentissement de part et d'autre. Si les entreprises y trouvaient un moyen dilatoire de noyer l'affaire dans la procédure, « la lenteur était pour [les juges] un comportement presque souverain, voire impérial »[852]. Dorénavant, la « course à celui qui poursuit le premier » doit permettre au juge français de reconstruire sa crédibilité face aux autorités américaines et d'ainsi préserver la souveraineté de son enquête sur les grands groupes français.

Raisonnement budgétaire. De la même façon, plus récemment, dans ses réquisitions lors de l'audience CJIP McDonalds, le vice-procureur n'a pas hésité à esquisser un calcul rapide, ramenant les 508 millions d'amende prononcés à ce que coûte un magistrat sur sa carrière pour

[848] On peut d'ailleurs expliquer ce stade très rudimentaire de l'encadrement de son statut par la volonté de pragmatisme du législateur, qui souhaite en connaître les effets et les limites pour ne pas nuire au potentiel de ce nouvel outil du droit français.
[849] BOULON Olivier, « Chapitre 2. Une justice négociée », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. p.67
[850] Rapporteur sur la Loi dite Sapin 2, *Rapport* n°1212
[851] « La justice négociée est-elle juste ? », Cercle Montesquieu, Paris, 11 mars 2020
[852] *D'un droit défensif à un droit coopératif,* Astrid MIGNON COLOMBET, Antoine GARAPON, *RIDE* 2016 p.205

obtenir une idée du nombre de postes qu'un tel montant pourrait couvrir. En effet, les considérations budgétaires font parfois tourner court les plus pertinentes considérations[853]. Remarquons qu'en ne comptabilisant que les amendes et confiscations[854], le PNF a rapporté au Trésor public 10,7 milliards d'euros depuis sa création soit précisément 100 millions d'euros par mois[855].

En principe, les frais de justice sont à la charge de l'État qui est sans recours contre le condamné en vertu de l'article 800-1 CPP. Cependant, là encore un statut distinct a été aménagé pour la personne morale. En effet, depuis 2011, la personne morale condamnée est chargée des frais de justice exposés, et depuis 2020 elle également tenue comptable de ceux exposés par la CJIP et le programme de mise en conformité[856]. De plus, depuis l'arrêt de la chambre criminelle du 30 juin 2021, des investigations spécifiques rendues plus complexes par le blanchiment peuvent justifier une indemnisation du préjudice de l'État.

Un tel raisonnement budgétaire pourrait en partie expliquer qu'en dépit des discours politiques qui invitent à leur mise en cause, les personnes physiques ne soient presque jamais poursuivies une fois que la personne morale a reconnu les faits, l'intérêt de la sanction pour l'autorité n'étant pas tant pour le prononcé d'une culpabilité révélant une vérité judiciaire, mais bien le recouvrement d'une amende.

Affectation de fonds. Une fois pris en compte les intérêts matériels de la justice, une question reste posée, celle de la préservation d'une part du budget ainsi généré afin d'alimenter une administration aussi stratégique qu'elle est exsangue. Ce débat est appelé à croître mais restera complexe. En effet, si la question n'est évidemment pas d'intéresser personnellement les magistrats au résultat financier dégagé, et pas même collectivement, il apparaît de toute façon inopportun de rediriger des moyens vers des sections économiques et financières déjà privilégiées par rapport à leurs collègues des pôles judiciaires de droit commun, pénal comme civil. Il pourrait être utile de déroger aux principes budgétaires pour envisager l'affectation d'une part des sommes recouvertes au budget général de la justice. Sans préjuger de la cause,

[853] Nous avons vu *supra* une explication « par la corde » : on ne peut orienter la politique pénale qu'en retenant la corde, puisqu'on ne peut pas pousser sur la corde. Une autre permet de la compléter : les juridictions économiques et financières sont déjà mieux pourvues que nombre d'autres, donc il serait difficile de les mieux pourvoir sans créer de véritables inégalités entre les services. Certains, comme les douanes, sont intéressées sur une part de leur « résultat », mais il s'agit là d'amendes administratives, donc légèrement distinctes de celles qui nous occupent ici.

[854] Donc hors décompte des sommes seulement collectées par l'intermédiaire de la CJIP comme les droits et pénalités fiscaux

[855] Ce qui correspond à peu près au tiers du budget de fonctionnement de toutes les juridictions françaises.

[856] le Plan de mise en conformité d'Airbus lui a été facturé 8,5 millions d'euros au bénéfice de l'AFA, celui de Bolloré 4 millions, et celui de la Société générale 3 millions, pour ne citer que les trois plus importants.

on remarquera que depuis la première CJIP[857], les augmentations du budget de la justice n'ont jamais été aussi importantes. Alors qu'en 2014, 2015 et 2016 les hausses étaient comprises entre +1,5 et +2,5%, elles sont depuis 2017 comprises entre +3 et +8%, totalisant un relèvement de +40% du budget de la justice depuis la conclusion de la première CJIP[858].

ii. La minimisation de ses effets indésirables

Ce pilotage de la sanction par l'État permet une meilleure délimitation de la sanction.

Le propre des sanctions de la compliance est de faire grand cas de toutes les conséquences de chaque sanction. La CJIP qui épargne à l'entreprise la privation des marchés publics est le cas d'école[859], mais cette logique est étendue à tous les mécanismes de sanction. La philosophie qui prévaut à ce retournement peut étonner puisque cette interdiction quasi-automatique en cas de condamnation pour atteinte à la probité était prévue à l'international pour assainir les marchés, alors que les législations nationales en introduisent finalement (parfois expressément) un contournement par l'adoption de la transaction pénale.

La compliance intègre pleinement le caractère systémique de son justiciable, au sens où il est intégré dans un réseau d'interactions, qui n'est pas nécessairement dépourvu de toute hostilité à son endroit.

Le risque boursier. Le risque boursier est sans doute un des plus élevés pour l'entreprise car il est difficilement contrôlable et anticipable. Même dans le cadre de la CJIP c'est assez difficile à cadrer.

---

[857] HSBC le 30/10/2017 pour un montant de 300 millions d'euros

[858] https://www.justice.gouv.fr/actualites/actualite/budget-2023-nouvelle-hausse-exceptionnelle-justice

[859] Art. 55 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics: « *Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes : b) corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des États membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique*. »

Parfois, le risque peut être utilisé comme menace, ou comme sanction. Le risque judiciaire lui-même est très directement utilisé par les juridictions les plus fortes, en l'espèce les Américains : car la sensibilité des investisseurs à ce risque très manichéen déstabilise les entreprises en forte croissance et les prive de leurs levées de fonds[860].

Mais le parquet français se fait conséquentialiste et en prend volontiers compte. Néanmoins, jusque-là c'est par le caractère secret de la procédure que le risque était cirsconscrit. Ne peut-on trouver une solution de publicité acceptable et de maitrise acceptable ? Parce que finalement, le peu de réaction du marché à une CJIP est-ce une confiance dans la réalisation de la sanction : proportionnée, validée, sans aléa sur le fond ni sur la forme ? Ou est-ce dû à une sanction vidée de toute sa véridicité ? Qui passe nécessairement par une forme d'affichage, qui soumet non pas à la vindicte mais à l'opprobre ?

b. Le pilotage du risque de sanction par les opérateurs économiques

La rationalisation de la responsabilité pénale diminue d'autant sa sacralité. A tel point que la culpabilité n'est plus combattue pour elle-même mais pour le risque qu'elle représente, autonomisant ainsi le risque pénal de l'infraction elle-même. C'est l'exemple, évoqué en introduction, d'entreprises préférant « payer immédiatement une amende, et tourner la page, plutôt que de voir reconnaître leur innocence des années plus tard »[861].

Trois caractères fondamentaux du droit répressif paraissent ainsi perdre leur portée sous l'effet de la compliance : la motivation du respect de la norme pénale d'un côté, le sentiment de culpabilité de l'autre, et la véridiction à leur croisement.

i. L'optimisation de la prévisibilité de la sanction

Une meilleure rationalité de la sanction. La compliance se doit d'être cette mathématisation, « rendre possible et effectif un pluralisme juridique ordonné », comme

[860] Colloque « conformité et souveraineté », Paris, 1er juin 2022
[861] WERL Alexis au sujet d'un client, groupe français accusé de corruption internationale, in LJA 2019, de la Responsabilité pénale des personnes morales à celle des dirigeants.

l'appelle de ses vœux Mireille Delmas-Marty à la phrase pénultième de son célèbre Flou du droit[862].

Le vice-président Sauvé ne pouvait être plus explicite en concluant le colloque commun à l'Ecole de guerre, l'ENA et HEC *: « doit être accordée une place prépondérance à la prévention des « risques normatifs », à ceux résultant de l'obscurité, des lacunes, de l'instabilité du droit applicable ou d'une pénalisation excessive de ce droit. Il appartient en effet au législateur et aux autorités réglementaires mais également aux juges d'élaborer et de préserver un environnement juridique favorable à la prise de risque au bénéfice de l'ensemble des acteurs économiques et sociaux. »*[863]

Cette rationalité commence donc par l'impératif de prévisibilité, pour établir une sécurité juridique nécessaire par principe mais aussi pour éviter la défiance croissante des opérateurs économiques envers des régulateurs diffus.

La barémisation. L'objectif est ensuite de limiter l'incertitude de la sanction, c'est-à-dire le danger qu'elle représente au sens de l'aléa plutôt qu'au sens de la certitude. C'est tout l'intérêt de la nouvelle barémisation proposée par les nouvelles lignes directrices de la CJIP.
Les amendes proportionnelles n'introduisent pas seulement la certitude de l'absence de profit délictueux, mais surtout une part d'incertitude définitionnelle quant aux assiettes retenues pour le calcul des amendes[864]. Toute la difficulté de la barémisation, c'est en effet l'enjeu des définitions qui l'accompagnent.

La proportionnalité inversée. Exemple du principe de proportionnalité des peines qui nous paraît désormais inversé. A l'origine tiré de l'article 8 de la DDHC comme une déclinaison de l'exigence de peines strictement et évidemment nécessaires, puis décliné sous la forme de trois principes : nécessité, subsidiarité et proportionnalité.
Or on retrouve proportionnalité dans le sens inverse d'une exigence de peine à la hauteur de l'infraction commise, par exemple sous la plume du projet de directive anticorruption 2023 se donnant pour objet « que ces infractions soient passibles de sanctions effectives, proportionnées et dissuasives ».[865]

[862] DELMAS-MARTY Mireille, *Le flou du droit*, PUF, 2004. p.388
[863] Conclusion du colloque « Osez le risque » École de guerre, ENA, HEC du 6 juin 2014
[864] « En l'absence de définitions claires, il est parfois impossible d'évaluer à l'avance la peine qu'encourt réellement tel ou tel prévenu », Christophe Ingrain et Rémi Lorrain, Dysfonctionnements majeurs de l'amende proportionnelle, Dalloz actualité
[865] Motifs du projet de directive anticorruption UE 2023 p.2, art 17

La gestion des illégalismes. Les violations de compliance sont consubstantielles à l'activité elle-même. On peut considérer que l'État entretient cette possibilité en maintenant délibérément faibles les budgets de la justice, pour que l'efficacité judiciaire ne nuise pas à l'efficacité économique (et pour permettre son orientation en fonction de la politique pénale). « dans des situations extrêmes où les moyens de l'État sont limités […] certaines entreprises pourraient arriver à la conclusion que le risque d'une stratégie de non-conformité est parfaitement maîtrisable »[866].

ii. L'éviction de la motivation

L'éviction de la motivation pénale par la compliance est sans doute le risque le plus souvent évoqué, parce que sa matérialité lui donne l'apparence de l'évidence et parce qu'il apparaît dès Michel Foucault sous l'expression de gestion des illégalismes[867].

L'exemple bien connu est celui des crèches new-yorkaises proposé par Uri Gneezy et Aldo Rustichini. De nombreux parents accusant régulièrement un retard substantiel pour venir chercher leur progéniture, les crèches mettent en place un système d'amende. Cependant, l'effet inverse se produit, et le paiement de cette amende devient considéré comme l'acquittement d'une taxe justifiant ces retards qui se sont donc systématisés, l'amende devenant un prix[868].

Un tel comportement est reproduit par des entreprises à l'instar d'Uber qui assimile les amendes à des frais de procédure et donc à des charges. En 2014 par exemple, elle paie 6000€ par dossier pour maintenir ses chauffeurs en Belgique malgré les sanctions.

Eviction de la motivation dans l'entreprise. A l'intérieur des entreprises, le raisonnement est sensiblement le même, de sorte qu'il apparaît qu'au sein d'une organisation, plus les mécanismes matériels (les déclarations, les procédures, les contrôles) sont prégnants, moins le fondement éthique, c'est-à-dire la motivation morale à agir en conformité avec la règle

[866] FASTERLING Bjorn, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Rev. Int. Droit Econ.*, t. XXX, De Boeck Supérieur, 2016. p.230
[867] FOUCAULT Michel, Surveiller et punir, Gallimard, p.91
[868] GNEEZY Uri et RUSTICHINI Aldo, A fine is a price, *Journal of Legal Studies*, University of Chicago Press, 1999

ultime, n'a de place pour jouer[869]. Du côté des régulateurs on peut observer une logique comparable puisque tous les documents, à l'instar de la circulaire 2020, évoquent les conséquences néfastes de la corruption sur les affaires. Pourquoi retire-t-on ainsi à l'infraction sa charge morale ? Est-ce pour en convaincre de la pertinence les agents économiques ? Ou bien est-ce à destination des politiques et de l'opinion, qui raisonnent en termes d'opportunités d'emploi et de préférence nationale ?

L'évidement de la culpabilité. Il semble qu'en introduisant les logiques de compliance dans la philosophie de la responsabilité pénale, le législateur en vienne à admettre que parler de culpabilité pour une personne morale ne serait pas si pertinent. Cela pourrait expliquer ce renoncement à la condamnation dans le cadre des CJIP, plus volontiers tournées vers la réparation, la prophylaxie du programme de conformité étant au fond la seule véritable part pénale de la convention. Ce faisant, le législateur donne en partie raison au grief le plus courant, le plus spontané, et le plus ancien en sociologie criminelle, celui d'une justice réservée aux riches. La différence de traitement ne s'applique évidemment pas entre personne des classes supérieures et personne des classes populaires, sans quoi elle serait bien sûr illégitime, mais entre personne morale et personne physique. La personne morale peut effectivement être considérée comme une personne riche, puisqu'elle n'est finalement que cela, au sens où son patrimoine la définit. Les tenants de cette conception utilitariste, ou réaliste, de l'entreprise se satisferont donc volontiers de l'absence de condamnation des personnes morales, celle-ci ne pouvant en supporter la part d'infamie qui fait toute la différence avec une réparation civile, faute de conscience. Pour notre part, et sans verser dans l'anthropomorphisme, nous défendons l'idée d'une culpabilité à demi-mots, reconnue dans le détail des faits commis, quoiqu'elle ne soit pas sanctionnée d'un jugement. Si la publicité remplit son office, c'est la réputation qui pourra tenir ce rôle.

Une remise en danger. On peut considérer, à la suite de certains auteurs comme Bruno Deffains[870], que le caractère particulièrement touffu, flexible voire incertain des normes de la compliance est en partie délibéré pour échapper à la logique d'efficience. Il permettrait en effet d'empêcher les agents économiques, par essence calculateurs comme les entreprises,

[869] FASTERLING Bjorn, Op. cit. p.227
[870] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les outils de la Compliance*, Dalloz JORC, 2021.

d'envisager la sanction comme un risque d'investissement, sur le modèle de la délinquance béckerienne[871].

2. Une sanction pénale plus effective par la logique d'information

La notion d'effectivité est au cœur de la lutte anticorruption comme le rappellent encore les motifs de la proposition de directive européenne anticorruption. Mais elle l'est plus encore au cœur de la compliance criminelle qui s'attache à la résorption de ces écarts entre l'énoncé de la règle et la réalité de ses effets, comme au sens médical de la compliance vu en introduction.

Si l'efficience détourne une part des caractères pénaux, l'effectivité tente de les rétablir. L'expressivité et la valeur préventive sont remises au centre de la démarche pénale[872]. Dès lors, et malgré de sérieuses limites, elles proposent une réponse étayée au principe de précaution.

a. Des indicateurs pour appréhender le risque de sanction

i. La compliance c'est l'entreprise qui donne à voir

La sanction n'est plus visée comme une fin en soi. On promet en théorie à l'entreprise délinquante le bannissement, mais on promeut dans les faits la « réinsertion » à tout prix dans le tissu socioéconomique. De sorte que l'engagement *de* la responsabilité pénale devient l'engagement *à* la responsabilité pénale : l'entreprise s'engage à rendre compte de sa probité, à sanctionner en son sein, à imposer des règles vers l'extérieur.

La mise en évidence d'un secret structurel. Diane Vaughan, la sociologue américaine spécialiste du crash de la navette Challenger en 1986 utilise une expression particulièrement éclairante, celle de « secret structurel »[873]. Elle expose dans sa fameuse étude comment une des organisations les plus expertes en gestion du risque, la Nasa, perd le sens d'une information qui

[871] BECKER Gary S. et LANDES William M., *Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research : distributed by Columbia University Press, 1974.
[872] « l'expressivité et la valeur préventive du droit pénal sont profondément renouvelées par les règles issues de la compliance dont l'avantage tient à une forme d'automaticité de la sanction » selon Marie-Emma BOURSIER
[873] VAUGHAN Diane, *The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA, Enlarged Edition*, University of Chicago Press, 2016.

« devenait toujours plus mince et réservée aux strates supérieures de la hiérarchie »[874], jusqu'à être confrontée au drame. Sa conclusion pose que l'accident, loin de résulter de toute « inconduite intentionnelle », repose plutôt sur une erreur structurelle de diffusion atténuée de l'information donnant l'impression faussée d'un risque résiduel.

La signature du dirigeant. Ultimement, c'est l'engagement *à* la responsabilité du dirigeant qui est visée. Nous voyons ultérieurement combien la compliance aspire à une incarnation de la responsabilité dans la personne du dirigeant. Mais au stade de l'étude du risque, nous pouvons d'ores et déjà constater combien est organisée par le top management la décorrélation entre le pouvoir et la responsabilité. En effet, pour espérer dissoudre leur risque, les dirigeants refusent de prendre des décisions qui relèvent pourtant de leur autorité, en leur préférant de simples préconisations. De sorte qu'*in fine* ce n'est bien souvent ni un dirigeant particulier ni même un organe collectif constitué mais bien une succession de dirigeants qui cosignent une décision[875]. Un des buts finaux de la compliance n'est donc pas tant d'engager la responsabilité que d'engager à la responsabilité, c'est-à-dire de réinstituer la signature du dirigeant comme l'information la plus importante, celle de l'autorité responsable de l'acte.

En-deçà de ses manquements, révéler son fonctionnement. La compliance est ainsi la fin d'une « ignorance organisée » selon Scott Frickel et Michelle Edwards[876]. C'est là qu'elle rejoint parfaitement l'ESG, en ce que l'une comme l'autre reposent sur la révélation des externalités cachées. Le FCPA ne s'y trompe pas en intégrant « une tenue méticuleuse des comptes » comme part intégrante de la lutte anti-corruption, bien au-delà d'un droit pénal français qui rechigne à se saisir de la production d'information financière. Si l'AFA en a fait un axe de son contrôle conformément à la loi Sapin 2, la France gagnerait à porter bien plus loin cette exigence, car non seulement « la comptabilité constitue le reflet et la preuve des actions [des entreprises] »[877], mais elle permet également par le jeu des consolidations d'exercer une forme d'extraterritorialité.

---

[874] « En théorie, tout est une question de timing. Entretien avec Diane Vaughan », *Zilsel*, 2, Éditions du Croquant, 2017.

[875] Lors de la fameuse affaire Alstom-Pierucci, la signature de Frédéric Pierucci figure parmi 13 (!) autres sur le document validant le recrutement du consultant litigieux sur le projet Indonésien de 2003. Le Piège Américain, F. Pierucci

[876] FRICKEL, Scott, EDWARDS, Michelle, « Untangling Ignorance in Environmental Risk Assessment » in Soraya Boudia et Nathalie Jas (dir.), Powerless Science? 2014

[877] BOHNERT Jean-François, Les différentes autorités de poursuites en matière d'infractions comptables, La Semaine juridique, Entreprise et Affaires, n°36, 8 septembre 2022

Cette compliance de la révélation est l'objet de l'article 40 du règlement européen DSA, qui impose aux algorithmes une obligation d'accès aux chercheurs.[878] On est encore loin de cette logique en France, avec certaines entreprises du CAC40 qui lui préfèrent une véritable pratique de la terre brûlée pour réduire leur risque de sanction par l'exposition : certaines imposent par exemple à leur collaborateurs une suppression des mails systématique au bout de 6 mois, quitte donc à y perdre des moyens de défense en cas de mise en cause !

ii. La compliance c'est l'État qui donne à voir

En imposant à chaque État-membre, la publication de fines statistiques sur sa politique criminelle anticorruption, la proposition de directive européenne met en œuvre par l'information la conformité de degré trois, c'est-à-dire, celle de l'État envers la norme supranationale.

A son tour, l'État intime aux tiers sur lesquels il a un pouvoir, de divulguer l'information dont ils disposent : les fonctionnaires en premier lieu (par l'article 40 du code de procédure pénale), les professions réglementées (notaires, banques, experts-comptables) en second. On a soulevé précédemment la double difficulté de cette révélation, côté public par la difficulté d'adopter un comportement discrétionnaire (quand la révélation est contraire à l'intérêt de la compliance, et ce malgré l'article 40[879]), côté privé par la difficulté d'adopter un comportement exemplaire (quand la coopération judiciaire de l'agent est difficile à imposer). Pour ceux sur lesquels il est démuni, l'État cherche à solliciter leur altruisme en facilitant les conditions de leur révélation : c'est tout l'enjeu du dispositif d'alerte.

On pourra toutefois considérer, que l'État omet délibérément de donner à voir une part importante de la responsabilité pénale, celle de la sanction. En effet, la délinquance économique et financière n'est pas seulement occulte dans sa commission, elle l'est également dans ses

[878] Rapport Arcom de juin 2023.

[879] Nous prenions supra l'exemple de la cartographie, du système d'alerte interne ou même des missions de conseil de l'AFA, qui amènent les fonctionnaires à découvrir des délits, dont l'article 40 alinéa 2 du CPP impose en principe la révélation au parquet. Une telle révélation est contreproductive en ce qu'elle trahit la confiance nécessaire à l'instauration d'un rapport de compliance, où l'entreprise met en œuvre des outils à la demande de l'État pour se révéler à elle-même ses propres risques. « Toute autorité constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit est tenu d'en donner avis sans délai au procureur de la République et de transmettre à ce magistrat tous les renseignements, procès-verbaux et actes qui y sont relatifs. »

répercussions. Les systèmes victimes de ces infractions, qu'il s'agisse de la foi publique, du fonctionnement des marchés ou même du Trésor, sont des victimes aussi structurelles qu'elles sont invisibles. Dès lors, il serait sain que si la CJIP ne renonce pas entièrement à sa nature pénale, elle cultive sa mission d'énonciation de l'interdit, d'une vérité judiciaire et donc de la valeur prônée, sans s'en tenir au rôle discret de purgation d'une situation.

Ultimement, on pourra considérer avec les sociologues Della Faille et Mincke, que l'État donne parfois exagérément à voir ce qu'il veut démontrer, à tel point qu'il puisse tomber une « caricature de la loi ». C'est le cas lorsque le but que lui donne le droit pénal, n'est « pas d'obtenir des effets concrets, mais plutôt d'atteindre une visibilité maximale »[880]. Ce risque est redoublé par le prisme de la compliance, ou chacun des quatre degrés de conformité cherche légitimement à produire des gages envers le degré supérieur.

b. Un dialogue pour répondre au risque de sanction

Afin à la fois de circonscrire le risque de sanction et les limites de simples affichages d'indicateurs, la compliance ménage aussi des espaces substantiels de dialogue.

i. Au niveau micro : l'affirmative defense de l'entreprise

L'affirmative defense de l'entreprise. Au niveau de l'entreprise, les plans de conformité établi par elle permettent d'entrer dans une « affirmative défense ». En effet, plutôt que d'en rester au stade de la dénégation, ou d'être pris par l'impossibilité de la preuve diabolique de n'avoir rien fait, l'entreprise peut désormais produire la documentation tangible de ses efforts pour faire cesser tant les poursuites que les rumeurs.

Devant l'inflation du concept de responsabilité, devant le principe de précaution, ce dispositif de conformité comme moyen de défense pénale est particulièrement précieux.

D'ailleurs, la proposition de directive européenne anticorruption impose aux États membres en son article 18.2 que les mesures de conformité soient, le cas échéant, considérées comme des circonstances atténuantes.

[880] FAILLE N. Della et MINCKE Christophe, « Les mutations du rapport à la loi en droit pénal », *Deviance Soc.*, Vol. 26, 2002. Nous ne suivons pas en revanche les conclusions de l'étude qui se focalise selon nous sur un traitement positiviste du droit, refusant toute notion d'efficience.

Le danger que l'on identifiera alors, c'est celui lié au « risk-shiftting », c'est-à-dire au transfert de responsabilité de la personne morale vers la personne physique salariée, celle-ci devenant fusible faute d'être pourvue des mêmes moyens *a priori* de prémunition positive. [881].

La part informelle du dispositif. Par l'hyper-processualisation qui lui est consubstantielle, la compliance court le risque d'une légitimation par la forme procédurale[882]. On peut y échapper en investissant la procédure d'une part substantielle d'informalisme délibéré. C'est sans doute même là, qu'étymologiquement réside l'*information*. Et c'est précisément cette forme de processualisation de l'informel que l'AFA tente de promouvoir dans ses recommandations sur la cartographie des risques, engageant à n'établir autant que possible aucune pré-catégorie avant les entretiens métiers[883].

Madame Hui Chen, la conseillère du DOJ en matière de compliance précise ainsi que : « While many firms continue to see ensuring compliance as a legal exercise, it is really much more a behavioral science. That assertion may make attorneys uncomfortable, but for compliance programs to have real impact, managers need to test what works and what doesn't. This will require firms to engage in some experimentation and innovation. »[884] Cette part d'informel semble provoquer une élévation du niveau de risque, mais c'est un effet trompeur. Elle évite au contraire de se conforter par un formalisme a priori, qui masquerait la véritable nature du risque. Elle permet *in fine* d'accéder avec plus d'efficience à un résultat qui sera formalisé *a posteriori*.

ii. Au niveau macro : les contextualisations par la Société

[881] LAUFER William S, « Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance », *Vanderbilt Law Rev.*, 1999.
[882] PIERRE Philippe, « Niklas Luhmann, La légitimation par la procédure », *Sociol. Trav.*, 45, Association pour le développement de la sociologie du travail, 2003.
[883] « Il s'agit de procéder à un état des lieux précis permettant d'identifier, de manière circonstanciée et documentée, les scénarios de risques propres à l'entreprise. Si une liste de risques pré établie peut constituer un des supports sur lesquels s'appuie la réflexion menée lors des échanges susmentionnés, elle ne saurait pré déterminer la nature, le nombre et la classification des scénarios de risque retenus à l'issue des échanges. Ces échanges permettent la libre expression des participants et font l'objet de synthèses écrites qui précisent notamment l'ensemble des scénarios et facteurs de risque identifiés. » Paragraphes 134 et 135 des Recommandations cartographie AFA. C'est d'ailleurs une démarche similaire qui a été suivie par Diane Vaughan lors de son étude sociologique de l'accident Challenger vue supra. De ses propres dires, cette méthode d'induction à partir de la « grounded theory » lui a été inspirée par son année de recherche au Center for Socio-legal studies d'Oxford en 1986, qui nous a également accueilli pour le dernier semestre de nos travaux.
[884] « Why Compliance Programs Fail—and How to Fix Them », *Harv. Bus. Rev.*, 1 mars 2018.

Au niveau de la société civile, le même dialogue peut s'organiser pour répondre au risque.

On l'a dit, la compliance n'a pas la verticalité de valeurs traditionnelles déterminées, et cela a pu légitimement être regretté en ce que les valeurs ultimement prônées ne sont pas clairement ni unilatéralement exposées comme dans le champ pénal classique[885]. Cependant, cette horizontalité et ce foisonnement peuvent être tenus comme l'occasion de réhabiliter la discussion. En effet, plus encore que dans d'autres champs, la morale y est provisoire et la vérité ne préexiste pas à sa mise en œuvre. [886] C'est dans ce contexte que nous pouvons travailler à la conformité au 4ème degré, celle à l'idéal de justice.

Le passage de l'utilitarisme anglais de Bentham et Mill au libéralisme français tocquevillien[887] est l'occasion de se focaliser sur une Société où sous la forme associative domine, permettant ainsi que le risque soit à la fois mieux compris et mieux géré.

Une rationalisation du risque dans l'opinion publique. En 2005, l'OCDE lançait une importante campagne de formation du grand public à la culture financière, consciente du « triple enjeu social, économique et démocratique »[888] que représente la « conscience financière »[889] au-delà des spécialistes, a fortiori dans un contexte d'économie globalisée et financiarisée à tous les niveaux. Celle-ci s'est notamment établie sur le relai des médias[890]. Nous sommes convaincus, à la suite d'autres auteurs[891], qu'une sensibilisation de l'opinion à l'approche du risque permettrait de limiter les effets pervers évoqués. Cependant, au-delà de politiques publiques encore peu convaincues de l'intérêt de cette acculturation, le relai médiatique lui-même n'aurait aucun intérêt à œuvrer à la diminution de l'aversion au risque du public européen. Dans un autre sens, les médias pourraient plutôt utilement collaborer à conjurer « la mort de l'indignation », ou plutôt coopérer à l'éducation à la nocivité des comportements délictueux en matière économique et financière.

---

[885] Effectivement, « on est privé de nos valeurs substantielles communes que le droit dit, mais surtout de la prétention à obtenir un consensus autour d'une vérité factuelle. Il n'y a plus de perspective de surplomb : l'instance de véridiction au-delà de l'efficacité. Il n'y a plus d'énonciation de la hiérarchie des valeurs ». (Garapon, le juge et la démocratie).

[886] PERELMAN Chaïm, *Droit, morale et philosophie*, LGDJ 1976

[887] CHANIAL Philippe, « Les libéralismes français anti-utilitaristes », in *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, La Découverte, 2001.

[888] Présentation de la stratégie française EDUCFI par la Banque de France

[889] OCDE, Atkinson et Messy, 2012

[890] « The preparation of dedicated financial education material and resources, including teaching and training material; and the delivery of training programmes, face-to-face or using a variety of media (television, radio, websites, etc.)" National Strategies for financial education, OCDE/INFE Policy Handbook

[891] Pour la dernière en date, Anne TRESCASES in RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.660

Conclusion de la section :

La compliance amène à la responsabilité pénale des dirigeants et des entreprises l'idée que le risque n'est pas un mal en soi. Bien au contraire, il va de leur responsabilité d'assumer une prise de risque, qui n'est pas seulement affairiste mais également pénal. L'over-compliance qui viserait un risque pénal nul serait elle-même une position irresponsable.

Elle permet en revanche de rationaliser ce risque juridique pour en assurer une meilleure lisibilité par les agents économiques. Finalement, elle permet à la fois à ces agents et aux autorités de piloter le degré de risque pénal voulu, pour permettre à la fois un bon développement économique, un bon ordre public, et une sanction de leurs transgressions qui ne dépasse pas inutilement la portée qu'on aura voulu lui donner.

Dans sa conception classique, le risque est un outil qu'on ne conserve que le temps d'une évaluation ou d'une modélisation. Il est un élément d'appréhension de la potentialité et du futur, pas un paradigme en soi. En droit systémique, la compliance le conserve jusqu'au bout, jusqu'à la conclusion du conflit par la CJIP. De sorte que l'enquête aussi raisonne en termes de risques, et finalement la CJIP elle-même. Ce faisant, cette dernière entérine une position provisoire. Dans ce cadre, la sanction s'abstient de trancher et de dire le droit, et préfère dire le lien.

Dans une formule un peu ramassée, on pourrait dire que la logique calculatoire trouve à s'imposer parce que les justiciables sont rationnels et que les justiciers sont rationnés. En matière de personnes morales, il conviendrait donc de se satisfaire d'une morale par provision, qui préfère les équilibres, même instables, à la recherche d'une vérité inatteignable.

L'importance prise par la notion de risque témoigne de la conscientisation réflexive de la personne morale. Mais là où beaucoup de commentateurs y ont vu la croissance de son versant « moral », nous y voyons plutôt au contraire la croissance de son versant « personne ».

Conclusion du chapitre :

La conjonction des paradigmes du système et du risque donne une orientation renouvelée à l'appréhension de la responsabilité pénale. En effet, comme explicité par la distinction des quatre degrés de conformité, le comportement de l'État et celui de l'entreprise

systémique se rapprochent fortement, l'un et l'autre assumant une part de transgression pour un bien supérieur.

A la suite de Mireille Delmas-Marty[892], nous relevons une ultime difficulté dans le paradigme « futuriste » ainsi établi : celle de ne pas réduire la jauge de notre action à la réparation. Si nous établissons une responsabilité pénale proactive, teintée du principe de précaution, son efficacité ne devrait pas être évaluée par rapport au passé mais par rapport au futur. Retenir des responsabilités financières et dissuader l'action de certains acteurs sont des signaux trompeurs. S'il faut renoncer à une certaine conception de la liberté au nom d'une certaine urgence d'efficacité, c'est à l'aune non de la réparation mais de la préservation. Non seulement donc le formalisme juridique devrait-il apporter à la compliance l'assurance de la légitimité des moyens, mais l'analyse politique devrait s'assurer de la bonne orientation des fins.

Conclusion de la partie I :

Non seulement la compliance pénale protège les systèmes, mais ceux-ci priment le droit pénal : un système bien organisé échappe à la règle pénale, non parce qu'il la contourne mais parce qu'il la dépasse.[893]
Le système échappe au pénal dans l'exacte mesure où il est organisé, car ce sont les systèmes que la compliance pénale protège, et c'est le désordre que la demande sociale voit et condamne. Donc plus le système est organisé, plus il échappe à l'administration de la règle de droit prévue.

La difficulté consubstantielle à la compliance reste, encore une fois, l'écart entre la prévention du risque d'infraction et la prévention du risque de sanction. L'entreprise comme l'État tentent de tirer profit de ce jeu dans l'articulation des niveaux de conformité. Finalement, l'autoréférence caractéristique de la compliance nous paraît moins dangereuse comme origine, sous le nom d'autonomie, que comme fondement, sous celui d'autotélie.

[892] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.189
[893] BLANCK Donald, *The behavior of law*, Emerald group publishing, 2010 : « Organization provides an immunity from law, and the more organized the offender, the more of this immunity he enjoys. In other words, an offense committed by an organization or its representative is less serious than an offense by an individual on his own, and the more organized the organization, the less serious it is ». pp. 93-94

Remonter *l'iter criminis*, élaborer un devoir de précaution, penser par les systèmes et le risque, diminuer la légalité des sources, constater les dommages plutôt que l'infraction, élaborer une matière pénale hors du strict code : c'est tout l'écart entre la fraude et la faute qui peu à peu semble consommé sous l'effet de la compliance.

Il nous faut désormais savoir, de quelle entreprise et de quel dirigeant nous parlons sous l'angle de la compliance, pour leur imputer une responsabilité pénale qui tienne compte des enjeux exposés.

II. Mutations de l'imputation de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance

Là où la cause de la responsabilité pénale des personnes physiques relève de la morale et de la loi naturelle, celle des personnes morales repose sur le marché, la seule loi qui lui soit véritablement naturelle. Le paradigme économique permet finalement au droit pénal d'investir les organisations, en redéfinissant les deux objets auxquels elle s'applique l'entreprise et le dirigeant, en refondant l'imputation de la responsabilité (chapitre 1) et en renforçant la pertinence de la sanction de cette responsabilité (chapitre 2).

Chapitre 1 : Mutation des responsables sous l'effet de la compliance

Si le droit a permis d'élaborer les entreprises et leurs dirigeants, les premières lui sont devenues imperméables et les seconds inaccessibles. La compliance cherche à atteindre la réalité au-delà des catégories juridiques, donc les contourne ou les transforme.

Destinée par construction aux personnes morales, la compliance permet au droit pénal de rompre avec le parallélisme de la personne physique ; l'absorption comme dépassement de la personnalité ou la CJIP comme traitement singulier marqueront cette prise de distance. Cependant, d'un côté la personne physique reste *la* responsable de la compliance, et de l'autre le danger d'un anthropomorphisme éthique des personnes morales demeure.

Côté responsabilité, la compliance permet à la fois la responsabilité des systèmes et le transfert de cette responsabilité de l'organisation vers l'individu. L'entreprise devient capable de prouver ou en tout cas d'organiser son innocence, alors que la création de la responsabilité pénale des personnes morales devait justement détourner la responsabilité, du dirigeant vers l'entreprise.

La responsabilité pénale de l'entreprise est rationalisée par la compliance (section 1), et son articulation à celle du dirigeant s'en trouve alors redéfinie (section 2).

Section 1. La responsabilité pénale de l'entreprise rationalisée par la compliance

La compliance aide un droit pénal d'essence formaliste à identifier par un raisonnement réaliste les pouvoirs par principe occultes : la responsabilité s'affranchit donc du voile juridique pour regarder l'organisation, à la fois entre sociétés et à l'intérieur des sociétés.

« Ce qui d'abord frappe le regard, c'est le contraste entre le recul au plan juridique de l'idée d'imputation sous la pression des concepts concurrents que l'on vient d'évoquer, et l'étonnante prolifération et dispersion des emplois du terme responsabilité au plan moral. Tout se passe comme si le rétrécissement du champ juridique était compensé par une extension du champ moral de la responsabilité » a pu déplorer Paul Ricoeur.

Si nous sommes conscients de ce que la responsabilité pénale des personnes morales est une question éminemment politique, en ce qu'elle répond à une demande sociologique[894], la compliance doit nous permettre de rationaliser cette responsabilité pénale et son imputation pour ne pas lui faire endosser des missions ou des objets qui ne sont pas les siens.

La définition des responsabilités de l'entreprise donne lieu à une spéculation assez vive de tous les champs académiques de la philosophie à la microéconomie, en passant par chacune des sciences de gestion et sciences sociales. Il ne s'agit pas ici d'aborder les conceptions, très riches et très nombreuses, que l'on peut avoir de l'entreprise, objet par essence multiforme et par construction politique, au point qu'on en parle comme d'un objet-frontière[895]. A notre sens, l'abondance de travaux des sciences sociales sur la nature et les missions de l'entreprise peut parfois offrir le témoignage d'une captation académique incantatoire, où chacun trouve intérêt à conforter une conception de l'entreprise qui se poserait au-delà du profit. D'autant que la

[894] « la responsabilité pénale des personnes morales ne fut pas qu'un débat d'ordre juridique, lié aux différentes thèses relatives à leur capacité à exprimer une volonté propre. Elle est également le reflet d'une importance sociologique, qui a favorablement pesé dans son adoption » MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.414

[895] Le « boundary object » de STAR Susan et GRIESEMER James dans leur article « Institutional Ecology, Translations and Boundary objects : amateurs and professionals in Berkeley's Museum of vertebrate zoology », *Social Studies of Science*. Où ils étudient cette tension entre l'hétérogénéité des études d'un même objet social complexe et la nécessité de s'accorder sur des résultats opératoires communs.

« polyvalence des discours » qui s'ensuit, comme le rappelle Mireille Delmas-Marty à la suite de Foucault, n'est pas exempte de toute dangerosité[896].

Le droit lui-même, alors qu'il constitue tout le support de l'entreprise, depuis les statuts jusqu'à la propriété intellectuelle en passant par les contrats de travail ou les contrats commerciaux, n'est pas épargné par cette difficulté définitionnelle, à telle enseigne que les meilleures recensions font de l'entreprise le « point aveugle du savoir »[897]. Lorsqu'une matière juridique parvient à saisir l'entreprise dans son entièreté, au-delà des composantes décrites, c'est par le prisme étroit qui est le sien, à l'instar du droit de la concurrence. Certains éminents juristes comme le Professeur Charley Hannoun ont souhaité renoncer à la définir : « au total, la réalité juridique de l'entreprise se révèle multiple, relative, décalée. Elle est le résultat bariolé d'une série d'objectifs gouvernementaux. Il paraît vain de rechercher son unité conceptuelle. Non pas que la complexité de sa réalité économique la rende insaisissable. C'est l'époque de la modernité qui semble bien désormais devoir transformer – sous le regard croisé d'une multiplicité d'objectifs – la manière de construire la règle de droit »[898].

Il nous apparaît que la compliance, sans doute parce qu'elle participe de cette modernité flexible que regrette à demi-mots l'auteur, permet une définition radicale de l'entreprise par le biais de la responsabilité. Nous avons d'ailleurs pu définir la compliance comme la manifestation des écarts entre la prescription et le réel, conformément à son étymologie médicale. Aussi serait-elle d'une aide précieuse pour appréhender la réalité économique au-delà de la personne morale. Si le droit répressif n'a pas le monopole du concept de responsabilité, il est sans doute le mieux placé pour lui donner toute sa vigueur, et la société civile qui le sollicite ne s'y trompe pas. Cette responsabilité de l'entreprise commence très en-deçà du droit pénal, et la compliance est la plus à même d'en appréhender la teneur.

Plutôt qu'une parmi les nombreuses approches proposées par les sciences sociales, cette redéfinition de l'objet « entreprise », s'envisage comme sa rationalisation par le prisme de la compliance, et singulièrement de la compliance criminelle. Gardons à l'esprit les partis-pris de cette analyse, à commencer par celui de la « grande entreprise ». Bien que toutes soient

[896] DELMAS-MARTY Mireille, *Résister, responsabiliser, anticiper*, Seuil, 2013. p.9
[897] SEGRESTIN Blanche, ROGER Baudoin et VERNAC Stéphane, « Introduction », in *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Éditions Sciences Humaines, 2014.
[898] HANNOUN Charley, La réalité juridique de l'entreprise, réflexions sur la perception par le droit de la réalité matérielle de l'entreprise, *Entreprises et Histoire*, 2009, n°57, pp. 184 et ss.

concernées par la lutte anticorruption comme le rappelle l'AFA avec son guide à destination des PME[899], nous nous concentrons ici sur les entreprises supérieures au seuils Sapin 2, et susceptibles d'un effet systémique. Pour autant, cette entreprise se veut saisie hors des nombreux attributs dont la politique et par suite tout un pan de la doctrine ont souhaité l'affubler, et qui échappent à notre sens à un définition forte de l'entreprise comme objet de la compliance criminelle. Il ne s'agit pas de s'arrêter au droit pénal positif et à l'aborder par le seul prisme des infractions dont l'entreprise est susceptible de se rendre coupable ou d'être victime, mais plutôt de voir comment le droit pénal, servi par la compliance, peut construire une responsabilité au-delà de lui-même, qui soit à la fois plus fiable juridiquement et plus viable politiquement. Aussi émettrons-nous quelques réserves à investir l'entreprise de buts positifs, comme y enjoint le récent courant des « buts monumentaux ». A notre sens, cette alliance que représente la compliance pénale permet de « lutter contre » (la corruption, le trafic d'influence, les atteintes aux droits humains et à l'environnement, les crises systémiques, etc.) par un investissement actif de l'entreprise, mais pas de lui confier des buts en soi comme « assurer l'égalité effective entre les êtres humains » ou « civiliser l'espace numérique »[900]. Ceux-ci acteraient une conception téléologique de l'entreprise qui nous semble contre-productive, dans tous les sens du terme[901].

Forte d'un objet rationalisé et d'une responsabilité recentrée, l'imputation à la personne morale se fera plus naturelle, en dégageant une véritable intention, une volonté propre de l'entreprise que permet d'élaborer ou de révéler (suivant qu'on l'envisage artefact ou naturelle) la compliance. Celle-ci nous permettra alors de conforter en partie la théorie de la réalité de la personne morale.

A. La tentation d'une redéfinition de l'entreprise qui confonde capable et coupable

Nous avons vu combien il était consubstantiel à l'entreprise de travailler son risque, qu'il soit purement commercial ou plus vertical, voire pénal. A ce titre, l'organisation des

[899] AFA, « Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI », 2021.
[900] FRISON-ROCHE Marie-Anne, Fonder la compliance, *Revue ACE* n°157, septembre 2022, p.25
[901] C'est-à-dire, une conception de l'entreprise qui nuirait à la seule finalité légitime de l'entreprise, la création de valeur, et ainsi porterait indirectement atteinte aux valeurs que l'on souhaitait improprement la voir défendre.

entreprises en personnes morales est précieuse, en permettant de contingenter, ou plutôt de distribuer, le risque. Le droit ne saurait donc s'en affranchir. Pour autant, le pouvoir organisationnel de l'entreprise semble parfois échapper au droit, d'autant qu'elle en est elle-même une source croissante comme vu précédemment. Si l'entreprise doit pouvoir opposer le droit au droit, elle ne saurait pour autant lui échapper et élaborer un formalisme qui rende vain tout engagement de sa responsabilité.

La nature de la responsabilité de l'entreprise découle directement de la définition qu'on en retient, puisqu'elle « postule une certaine vision de l'entreprise »[902]. Cette lutte définitionnelle est très politique, et par suite très construite, pour ne pas dire parfois artificielle. La définition la plus naturelle serait sans doute la plus juste, et la moins instrumentale. A la fois forte d'une mission et dépourvue de tout idéal qui la font parfois passer pour un droit servant, la compliance peut aider à appréhender la nature réelle de l'entreprise au-delà du voile de la personnalité morale.

La compliance investit la responsabilité pénale d'un devoir d'action. Mais cette responsabilité dynamique ne rend pas l'entreprise tributaire de buts au-delà d'elle-même, de sorte qu'une redéfinition téléologique pourtant répandue de l'entreprise nous paraît dommageable. C'est plutôt une redéfinition pragmatique de l'entreprise (au sens étymologique de l'action), au-delà du droit *stricto sensu* qui nous paraît profitable, et remplir plus sûrement la véritable mission de l'entreprise.

Si on a pu parler de l'entreprise comme d'un « point aveugle du droit » sous l'angle pénal, il semble qu'elle en devienne parfois un point aveuglant sous l'angle de la compliance. En effet, alors que d'un côté le droit peine à saisir une réalité économique masquée par des boîtes noires qui virent parfois à l'irresponsabilité organisée, de l'autre un discours social dominant veut tirer profit de cette réalité économique pour lui donner à remplir de nombreux objectifs. Qu'il soit aveugle par son incapacité à saisir la responsabilité des entreprises ou bien aveuglé par la multiplicité des responsabilités qui leur sont assignées, le droit pénal est mis en échec dans chacune de ces positions extrêmes.

[902] ABADIE Pauline, Le juge de la RSE, Dalloz 2018 p.303

1.Une redéfinition pragmatique de l'entreprise comme objet

Alors que le rapport Nottat cite une quarantaine de fois le terme « entreprise », la loi Pacte s'en tient strictement à celui de « société » : cet écart illustre certainement la distance entre l'ambition politique qui cherche à appréhender la réalité et la conception juridique qui est chargée de la concrétiser. Il revient alors encore une fois à la compliance de manifester cet écart. Les nouvelles lignes directrices de la CJIP par le PNF emploient elles quasi indifféremment la notion de société (une douzaine de fois), d'entreprise (une cinquantaine de fois) et de personne morale (soixante-dix fois)[903].

Or le droit pénal se trouve aussi impuissant qu'il est éclaté face à l'objet « entreprise »[904]. Celle-ci ne souffre pas de définition univoque, puisque chaque pan du droit la circonscrit selon son besoin. Elle ne souffre pas non plus de définition unitaire puisque le seul angle de la responsabilité choisi pour la définir est lui-même subdivisé. Elle ne souffre enfin pas de définition uniforme, puisque les objets qu'elle recouvre sont particulièrement divers. Cet éclatement signale une difficulté qu'une approche un peu rapide de la compliance a tendance à passer sous silence. Ainsi retrouve-t-on au gré des angles abordés par la matière, les GAFAM pour s'enquérir du gigantisme, les banques pour appréhender les systèmes, et les entreprises à capitaux publics pour envisager les missions. Chaque parangon d'un type précis d'entreprise est alors utilisé pour démontrer la pertinence d'une nouvelle responsabilité pour l'entreprise, en général. Dans cette perspective, bien qu'elle arrête son champ de compétence aux plus grandes, la compliance apparaît trop souplement saisir l'entreprise pour être d'une véritable aide à sa définition pénale.

Afin d'en rationaliser la circonscription, nous repartons de la définition étroite de l'entreprise par le prisme sociétaire. La responsabilité qui lui est attachée est alors strictement juridique. Le passage par l'anglais nous permet alors de distinguer au sein de la notion ambivalente de responsabilité le concept de « liability », traduisant conformément à son étymologie[905] le lien d'une obligation légale. Cependant, le droit achoppe à saisir l'entreprise

[903] Lignes directrices CJIP v2, 16 janvier 2023
[904] MATSOPOULOU Haritini « Il ne faut surtout pas oublier que notre arsenal répressif est destiné aux personnes morales, et non aux entreprises, comme c'est le cas du code pénal suisse », RDS 2021 p.115
[905] Du français « lier », lui-même de latin « *ligare* ».

qu'il a pourtant autorisée, étant confronté à l'inconsistance de véritables boîtes noires[906]. C'est alors le paradigme économique qui nous permet d'exhausser sa définition juridique pour en mieux saisir la réalité, notamment en convoquant la notion de Groupe, encore balbutiante en droit positif. Cette conception nous amène à développer une autre forme de responsabilité, moins strictement juridique, celle de l'« accountability », c'est-à-dire de la reddition de comptes. Toutefois, même complétée du paradigme économique cette définition de l'entreprise présente des carences ; une approche institutionnelle de l'entreprise peut alors permettre de les combler, en retenant la notion d'organisation. Cette conception répond au concept de « responsibility », qui vise la charge-même de la décision[907].

a. Le primat de la réalité juridique pour définir l'entreprise : liability (répondre juridiquement)

La définition première de l'entreprise par le prisme du droit est sociétaire. C'est cette définition qui permet de donner un support juridique à son activité et d'en faire l'organisation. La responsabilité qui en découle est strictement juridique (liability), laissant dans l'ombre une part substantielle de l'entreprise.

i. La personne morale stricte : la société[908]

La conception la plus strictement juridique de l'entreprise répond de la théorie de la fictivité de la personne morale[909]. C'est le droit seul qui confère une existence à ce groupement qui n'a ni consistance matérielle ni consistance intellectuelle.

---

[906] Cette « boîte noire » désigne l'opacité de l'entreprise comme objet ; il ne s'agit pas ici d'aborder l'activité interne à l'entreprise en tant qu'employeur par exemple.

[907] GREGORY Robert, "Accountability and Responsaibility" in Oxford Research Encyclopedia. "Accountability and responsibility are often used in common discourse as if there were synonyms, but they are not." Si le premier correspond à une "answerability », le second tient plutôt du « domain of individual moral choice, where often conflicting duties of obligation are experienced by those in official position".

[908] Le droit, support parfait mais régulateur imparfait de l'entreprise, selon l'expression d'Irina Parachkevova-Racine in RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.275

[909] Dans un tel contexte fictif veut dire artificiel, et non pas fictionnel (imaginaire) ; de même qu'un lac artificiel n'a rien de fictionnel, comme rappelé par HILDEBRANDT Mireille, « Criminal Liability and 'Smart' Environments », in *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p.510.

Le droit des sociétés propose de nombreux outils solides pour déterminer *a priori* les modalités souhaitées, selon que l'on veuille construire une organisation ou une autre, privilégier telle partie prenante ou telle autre et se développer suivant telle dynamique ou telle autre, quitte à faire évoluer le modèle juridique au gré du projet.

Face à l'effervescence des sciences sociales qui souhaitent s'affranchir de ce carcan, le Professeur Paillusseau dans ses « fondements du droit moderne des sociétés »[910] a souhaité revenir aux fondations juridiques de l'entreprise, définissant la société comme sa technique d'organisation. Quelques décennies plus tard, il nous paraît essentiel de s'inscrire dans une démarche similaire. En effet, entraînée par la souplesse vindicative de sa jeunesse, la compliance, portée par les sciences sociales qui l'abreuvent a tôt fait de passer outre l'habit juridique sociétaire. Mais en ce qu'elle cherche à déterminer la responsabilité de l'entreprise, cette enveloppe nous paraît indispensable, et ne pourra être ouverte que d'une main tremblante. Dans l'économie libérale, passer outre ce fondement de la personnalité morale viendrait mettre en péril l'ordre économique lui-même, et « l'ébranlement de l'écran conduirait d'ailleurs à des faillites en chaîne »[911].

La personne morale et la responsabilité qui en découle sont étroitement calquées sur celles de la personne physique. Ce parallélisme, confortable pour installer la fiction juridique, peut avoir des conséquences dommageables. Dès ce stade, notre conception de la personne morale court le risque de l'anthropomorphisme. Par exemple, la disparition de la personne morale par un simple transformation a longtemps permis d'éteindre frauduleusement des responsabilités. Elle se pare de droits fondamentaux, que nous jugeons utile de limiter au maximum, contrairement à l'approche maximaliste américaine[912] suivie d'ailleurs par la CEDH. Celle-ci contrairement au Pacte des droits civils et politiques reconnaît des droits fondamentaux aux personne morale. Ce qui augure d'une conception très originale de la personne morale par l'Europe.[913] Ainsi peut-on par exemple s'étonner d'un étrange arrêt de cour plénière Autronic vs Suisse où une entreprise distributrice de paraboles voit reconnaître sa propre liberté d'expression[914].

[910] PAILLUSSEAU, « Les fondements du droit moderne des sociétés », JCP E,. 1984
[911] CHAIEHLOUDJ Walid, *in* RACINE Jean-Baptiste (dir.), *op. cit.* p.572
[912] OLIVER Peter-John, Droits fondamentaux des entreprises, Revue RED n°4
[913] BERNS Thomas, DOCQUIR Pierre-François, FRYDMAN Benoît *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007. p.86
[914] AUTRONIC AG c. SUISSE (Requête no12726/87) Arrêt Strasbourg 22 mai 1990

La responsabilité pénale de la personne morale suit également celle de la personne physique, ou plutôt s'en rapproche progressivement comme en témoigne par exemple l'abrogation du principe de spécialité des infractions[915]. Conformément donc aux personnes physiques, une responsabilité-liability est appliquée aux personnes morales, pour qu'elles répondent devant un tribunal des conséquences de leurs actes.

On peut douter du caractère substantiel des rares excursions du droit au-delà de la société pour saisir la notion d'entreprise, comme dans le cadre du droit de la concurrence. Là, la doctrine se divise de la même façon que sur la compliance, entre les tenants d'un droit de la concurrence substantiel, apte à créer du droit, emmenés par Sophie Schiller dans « L'entreprise un nouveau sujet de droit ? »[916] et ceux qui le réduisent à une police administrative ou « à peu de chose près un manuel de microéconomie » comme un Antoine Lyon-Caen[917].

ii. L'inconsistance d'une boîte noire juridique

L'insuffisance d'une conception strictement sociétaire de l'entreprise ne tarde pas à se manifester. En effet, elle lui permet d'organiser son irresponsabilité. On pourrait prendre l'exemple de Metaleurop qui gagne en Cassation en 2005 pour n'être pas tenue responsable de sa filiale polluante.

Une telle boîte noire juridique peut également lui permettre de sacrifier des filiales, de pratiquer le law et tax shopping, via par exemple les prix de transferts. La CJIP McDonalds constitue à ce titre un bon exemple du rappel à l'ordre que les nombreux outils du droit étaient impuissants à réaliser.

Elle lui permet également de pratiquer des fusions-absorptions (jusqu'au revirement de l'arrêt de la chambre criminelle du 25 novembre 2020) pour échapper à la responsabilité pénale. Car même si en théorie la fraude à la loi[918] doit permettre de lutter contre cette impunité

[915] Par la loi du 9 mars 2004
[916] MAGNIER Véronique (dir.) *L'entreprise et le droit communautaire : quel bilan pour un cinquantenaire ?* Puf 2007
[917] LYON-CAEN Antoine, « La notion ainsi forgée est propre à la police de la concurrence, et n'a pas vocation à servir à d'autres fins », Le droit sans l'entreprise, in *L'Entreprise point aveugle du savoir*, 2014
[918] Développée en jurisprudence par l'arrêt criminel du 23 avril 1970

organisée, le caractère frauduleux de l'opération paraît n'être presque jamais poursuivi faute de pouvoir le prouver[919].

Elle lui permet aussi de réduire aux procédures son contrôle. La corporate governance qui en est l'incarnation pensait être arrivée à la « end of history of the corporate law »[920] en définissant l'entreprise comme un strict contrat entre des actionnaires ; la crise financière de 2008 aura cependant aussitôt résonné comme un cinglant démenti.

Cette boîte noire juridique permet enfin à l'entreprise d'utiliser voire de concevoir des outils de droit des sociétés à la seule fin de dissimuler ses agissements. C'est cette prise en compte du détournement du droit des sociétés qui a conduit le PNF à définir un critère de majoration de l'amende exprès : « l'utilisation des ressources de la personne morale pour dissimuler +20% » et « la création d'outils pour dissimuler +30% » peuvent désormais conduire à une majoration de 50% de l'amende[921].

On sent chez le législateur cet embarras à concilier la rigueur du concept de société, que le droit saisit facilement, à la nature variable des entreprises. Ainsi en est-il de l'article 17 de la loi Sapin 2 prévoyant les fameuses huit obligations de conformité, puisqu'il les met uniquement à la charge des sociétés (et des établissements publics à caractère industriel et commercial), pour s'épargner la convocation du terme, réellement visé, d'entreprise. Ce faisant, le législateur laisse à l'AFA le soin de préciser que, au-delà même de ce que prévoit le texte, toute entité exerçant une activité économique sera concernée, indépendamment de sa forme juridique, dès lors qu'elle atteint les seuils de chiffre d'affaires et de salariés fixés.

C'est donc le juge qui une fois encore s'en charge, comme avec l'arrêt du 25 novembre 2020 qui n'hésite pas à ratifier une approche économique perpendiculaire au droit des sociétés.

Bref, cette conception stricto-juridique de l'entreprise achoppe, sitôt considéré le nombre de sociétés *ad hoc* créées pour la corruption, les « trous-noirs de l'autonomie-écran »[922], et l'incompatibilité de ce voile social avec les buts de la compliance.

---

[919] Comment limiter le recours aux techniques d'évitement de la responsabilité pénale des personnes morales, Jean-Claude PLANQUE, *Droit Pénal* Nov. 2018

[920] HANSMAAN H. et KRAAKMAN R., the end of history for corporate law, *Georgetown law journal*, 2000-2001, p.439

[921] CJIP LD2 p.16

[922] MANACORDA Stefano, *in* GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, MANACORDA Stefano et EUROPÉENNES Association de recherches pénales, *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Société de législation comparée, 2013.

Commence alors par l'effet de la compliance l'émergence d'une théorie de la réalité de la personne morale, beaucoup plus complexe que son habit juridique.

b. Le primat de la réalité économique pour définir l'entreprise : accountability (rendre des comptes)

Une responsabilité fondée sur une approche strictement juridique apparaît insuffisante, et la convocation de la figure du juge pour étoffer le droit n'est qu'un premier pas. L'approche économique, c'est-à-dire guidée par l'activité-même de l'entreprise plutôt que par son artefact juridique, ajoute à la responsabilité-liability, une dimension d'accountability, c'est-à-dire au-delà de la mise en cause juridique passive une exigence de reddition de comptes active.

On pourra parler de la compliance comme d'une « reconcrétisation du droit des affaires »[923]. En effet, la compliance questionne les limites de l'appréhension purement juridique de la personne morale, en la distinguant substantiellement de la personne physique et en traçant des séparations nettes entre les personnes morales[924].

i. La réalité économique : le groupe et au-delà

C'est le juge de l'Union européenne qui dissocie l'entreprise de la société, en caractérisant l'autonomie de la décision.[925] Il dégage même de cette « unité économique » la possibilité d'un transfert de responsabilité chaque fois que la société-mère détient près de 100% de sa filiale en cause voire lorsque la filiale « applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont données par la société-mère », conformément au célèbre arrêt CJCE Akzo Nobel[926]. Il retient notamment que le principe de responsabilité personnelle s'applique à « l'entité

[923] l'expression est de Marie-Anne FRISON-ROCHE
[924] Cette distinction entre petites et grandes entreprises nous paraît d'autant plus légitime que nous voyons là encore une forme d'anthropomorphisme à vouloir leur appliquer un traitement égal. Toutefois, il ne faut pas être dupe de ce changement de nature en fonction de leur taille, et se convaincre que des raisonnements applicables à la culture de groupes internationaux peut peiner à s'appliquer à des ETI et PME françaises. Voir notamment : MANACORDA Stefano, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », in *In Actualité du droit de l'entreprise (dir. A SUPIOT)*, Dalloz, 2015.
[925] LYON-CAEN Antoine, Op. cit.
[926] CJCE 10 septembre 2009, AkzoNobel c. Commission paragraphe 58.

économique ayant commis l'infraction »[927], fusse-t-elle constituée de plusieurs personnes juridiques, qui peuvent alors être tenues solidairement responsables.

Et le parallèle avec la responsabilité des personnes physiques se poursuit à l'intérieur du groupe ainsi constitué. Ainsi la société-mère, du seul fait qu'elle est à la tête d'un ensemble de sociétés peut être tenue pénalement responsable d'actes commis par une filiale, comme le serait un dirigeant pour la faute de son employé. Il n'a pas été nécessaire d'attendre l'arrêt Crim du 16 juin 2021, la réalité du groupe rendant nécessaire la transmissibilité du risque pénal à l'encontre de la personnalité morale et de l'article 121-1 du Code pénal : « nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Or c'est justement ce principe fondamental du droit pénal qui était au fondement de la reconnaissance d'une responsabilité pénale des personnes morales ![928]

Ce faisant, le juge pénal détermine un régime de responsabilité hors de ce que prévoit la loi, à la fois pour répondre à la réalité des relations intra-groupes et pour constituer une contrepartie au pouvoir. C'est d'ores et déjà à ce niveau que joue le double-effet de la compliance, identifiant le fonctionnement du système et rapprochant. Pour F. Stasiak, dans cette jurisprudence séculaire mettant en cause la responsabilité du « chef d'entreprise » du fait de son subordonné, « le chef d'entreprise peut parfaitement être une personne juridique, à l'image de la société-mère qui détermine la politique économique et financière du groupe. »

A la suite de l'arrêt CEDH du 1er octobre 2019, l'arrêt du 25 novembre 2020 nie la qualité de personne, au profit du primat de la continuité économique. La jurisprudence européenne considère que l'entreprise est une « unité économique » et à ce titre opère le transfert de responsabilité lorsque la société-mère détient près de 100% de sa filiale.

La loi devoir de vigilance entérine cette approche en faisant fi des principes de responsabilité limitée et d'autonomie de la personne morale. C'est le niveau de risque causé, celui de sa « sphère d'influence », pour reprendre John Ruggie, qui établit le périmètre de l'entreprise, ou plutôt de sa responsabilité[929]. Mais là encore, le droit n'affranchit pas tout à fait

[927] Au point 77

[928] BADINTER Robert, projet de nouveau code pénal, Dalloz 1988, p.17, cité par MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, p.415

[929] Cf. les atténuations successives au principe d'autonomie de la personnalité juridique dans tous les champs spécifiques du droit : travail, commercial, concurrence, fiscalité (introduction du Devoir de vigilance, Dominique Potier, Assemblée Nationale). Judith ROCHFELD parle d'une « juridicité diffuse », qui ne s'en tient pas à la consécration nette du droit positif.

la définition de l'entreprise de son prisme sociétaire, au grand dam d'une partie de la doctrine et des praticiens qui déplorent que « la loi ait défini son champ d'application par référence au critère du siège social et non à celui du lieu d'exercice de l'activité économique »[930].

Dans le cadre de la CJIP, là où le texte de l'ordonnance prévoyait de retenir le chiffre d'affaire de la société, les lignes directrices de la CJIP préfèrent retenir le chiffre d'affaires consolidé. L'approche économiciste de la CJIP le justifie, et côté pénal on évite ainsi une filialisation opportune des risques.

La responsabilité déployée par ce prisme économique est une responsabilité de reddition de comptes (accountability). C'est celle développée par les rapports extra-financiers, les plans de vigilance de la loi devoir de vigilance, etc. Mais c'est aussi celle qui préside aux contrôles permettant de s'assurer que la logique pénale est entrée dans l'entreprise, notamment par le biais de l'article 17 de la loi Sapin 2. En effet, les dispositifs de conformité : édification de règles – procédure de contrôle – prononcé de sanctions, permettent de dépasser l'opacité que les personnes morales opposaient à la puissance publique. Ainsi, les organismes de contrôle, au premier rang desquels l'AFA, peuvent demander des comptes à l'entreprise sur ses rapports RSE, son organisation du service conformité, son régime disciplinaire et ses contrôles internes de deuxième et troisième niveaux[931].

Comme le relève Mohammed Mahmoud Salah[932], cette approche se fait en termes de contrôle, de pouvoir économique. C'est-à-dire que, conformément à ce que prévoit par exemple le droit de la concurrence, l'entreprise est saisie comme une unité chaque fois que la décision d'une société est inféodée à celle d'une autre. Cette « possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise » que prend en compte l'article L430-1 du Code de commerce pour définir la concentration offre un bon exemple de la responsabilité-accountability. Qu'il s'agisse du droit des sociétés, du droit de la consommation ou de la RSE, pour que la position de pouvoir ne soit pas abusive, il faut qu'elle soit compensée par une information éclairée des tiers.

[930] RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.587
[931] Points A8, B, J et K du questionnaire de contrôle AFA
[932] RACINE Jean-Baptiste, *op. cit.* p.577

Une autre distinction importante peut permettre d'illustrer le poids de la conception de l'entreprise sur le traitement qui lui est appliqué, par le droit des sociétés d'abord, par le droit pénal ensuite[933]. On peut considérer à la suite de Christine Pochet que la distinction entre les pays adoptant la théorie du siège réel comme l'Allemagne ou la France[934], et ceux qui s'en tiennent au siège statutaire comme le Royaume-Uni ou les Pays-Bas tient avant tout à la conception politique de l'entreprise. Pour les premiers c'est une organisation qui repose sur la contribution de nombreuses parties prenantes, là où pour les seconds la firme est une « fiction légale servant de réceptacle à un ensemble de relations contractuelles »[935].

ii. La résistance d'une boîte noire économique

Si le pouvoir économique auquel la compliance est confrontée au-delà de la structure sociétaire peut-être saisi par la notion de groupe, lorsqu'il est en-deçà c'est plus difficile. En effet, les sous-départements dans les grandes entreprises peuvent constituer de véritables baronnies. Les métiers traditionnels du groupe, fort de leur expérience, de leur expertise, et de leur part dans le chiffre d'affaires global, conservent *de facto* un pouvoir, pour la compliance et parfois même pour la gouvernance. C'est d'ailleurs une des explications avancées pour l'éviction du PDG de Danone Emmanuel Faber. La mutation qui l'a vu partir n'était pas d'ordre éthique (le « danone way » existe depuis sa création en 1972, tentant d'accorder le profit à la durabilité, et la raison d'être du groupe est inchangée depuis 2005), mais bien organisationnelle[936].

Cette résistance a pu également s'observer dans le groupe EDF, avec les départements producteurs d'énergie nucléaire (DIPNN), du fait de leur expertise singulière, et de leur écrasante participation au chiffre d'affaires.

Le paradigme économique de l'externalité, la redevabilité (accountability) de l'entreprise envers la société[937] est un angle intéressant mais finalement limité. En effet, l'idée

[933] Dans son fameux arrêt du 31 janvier 2007, la Cour de cassation retient que « le siège social réel d'Elf Gabon est situé en France et qu'elle doit être considérée comme de nationalité française », justifiant que lui soit appliqué le droit pénal français.
[934] A l'alinéa 2 de l'article 1837 du code civil
[935] POCHET Christine, RIDE 2006/3 p.285
[936] GOMEZ Pierre-Yves, Statut à mission : impossible ? Pourquoi Emmanuel Faber a sauté, Philonomist, 18 mars 2021
[937] Le terme est notamment popularisé, y compris dans la littérature française, par le biais de la théorie de l'agence, c'est-à-dire de la délégation de pouvoir de l'actionnaire au manager. C'est un phénomène très similaire qui joue

d'internaliser les externalités est fondamentale puisqu'elle radicalise la notion de responsabilité. Mais, conformément aux limites posées par le théorème de Coase, les droits de propriété ne sont pas clairement définis (personne n'est propriétaire de l'environnement) et les quantifications sont particulièrement complexes. On pourra d'ailleurs considérer que la compliance est un grand facteur d'internalisation des externalités, en mettant désormais à la charge de l'entreprise les coûts de mise en conformité qui étaient jusqu'alors assumés par l'État.

Le paradigme économique peut donc également agir comme une boîte noire, en ce qu'il a tendance à dissimuler derrière la règle apparemment naturelle du marché et le discours scientifique qui l'accompagne des options pourtant très politiques. La financiarisation des critères ESG qui repose directement sur l'accountability peut en être un exemple. Comme on l'a vu, Agathe Lepage met ainsi en garde contre la notion de risque, qui, si elle est particulièrement légitime en économie puisque support de la création et du profit, peut importée en droit servir à justifier les préjudices causés.

Pour Tatiana Sachs et Juliette Tricot cette responsabilité-accountability s'établit au prix d'une double dénaturation[938] : l'évitement administratif qu'est la mise en cause devant l'AFA plutôt que devant le juge pénal, et l'évitement procédural total qu'est la CJIP. Elles s'étonnent en effet qu'au moment où la procédure pénale a connu l'*aggiornamento* de la compliance, rien n'ait été fait pour adapter en parallèle la responsabilité pénale des personnes morales. Nous verrons que, depuis, le juge semble y remédier, et que l'évolution que la compliance a porté dans la responsabilité pénale n'a pas été contenue au champ procédural.

c. Le primat de la réalité politique pour définir l'entreprise : responsibility (diriger)

La compliance ne s'en tient pas au prisme économique, et invite à saisir les entreprises au niveau politique. « Certaines personnes morales de droit privé sont plus que des sujets de droit : elles sont de véritables institutions, à protéger et à respecter en tant que telles » expose

chaque fois qu'une mission autre que financière est confiée à l'entreprise. On peut voir notamment à ce sujet, sans en partager tous les résultats, la thèse de Michelle Van Weeren, « Production de la performance ESG et production identitiaire dans le champ de l'analyse extra-financière » sous la direction de Frédérique DEJEAN, 2021.

[938] SACHS Tatiana, TRICOT Juliette, La loi sur le devoir de vigilance, un modèle pour (re) penser la responsabilité des entreprises, *Droit et société,* Lextenso, 2020 p.683

Yves Mayaud[939]. Et au-delà d'une simple protection qui nous a appelé à moduler le « risque pénal » à son endroit, les grandes entreprises peuvent devenir de véritables « opérateurs du service public mondial », selon l'expression de Marie-Anne Frison-Roche. La responsabilité-responsability qui y est attachée renvoie alors à la prise de décision.

Il ne s'agit pas d'en rester à l'entreprise-institution au sens qu'un Hauriou pouvait déjà lui conférer en 1925[940], mais pas non plus de systématiser des entreprises-citoyennes marginales. Si l'entreprise est un objet éminemment politique, c'est justement en tant qu'objet et pas en tant qu'acteur-citoyen[941].

i. L'entreprise comme institution[942] ?

Une institution c'est par étymologie ce qui demeure. Or, l'entreprise apparaît le plus souvent traitée, y compris par elle-même, comme si elle n'existait qu'au présent. Sans doute doit-on y voir un biais financier, qui ne la considère que sur une année d'exercice comptable, et que pour elle-même.

Dans la continuité d'une appréhension économique de la réalité de l'entreprise, sa nature politique est cultivée par le développement de la notion de groupe, « aujourd'hui saisie par son unité de direction et de politique, attestant d'un intérêt collectif (dit intérêt supérieur du groupe) ainsi que par des liens marqués par une influence déterminante d'une ou plusieurs sociétés dites dominantes sur une ou plusieurs autres dites dominées »[943]

L'entreprise est indéniablement un système d'organisation sociale, et même « le système d'organisation sociale dominant aujourd'hui ».[944] Elle aurait en effet remplacé « les grands piliers sur lesquels les sociétés modernes avaient fondé leurs valeurs (famille, religion,

[939] MAYAUD Yves, *Droit pénal général,* PUF p.418 vise alors notamment les syndicats et partis politiques, mais il nous semble pertinent d'étendre son raisonnement en l'actualisant
[940] La théorie de l'institution et de la fondation, in La cité moderne et les transformations du droit, *Cahiers de la nouvelle journée* 1925 p.10
[941] Sauf cas relativement marginaux, relevant notamment de l'Économie sociale et solidaire, comme vu *infra*.
[942] CAPRON Michel et QUAIREL-LANOIZELEE Françoise L'entreprise dans la société, une question politique, , La Découverte 2015
[943] ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, p.106 citant A. LECOURT
[944] FARJAT G., les sujets de l'entreprise, *Mélanges Champaud*, Dalloz 97 p.317 cité par DE275

école, institution politique…) [qui] ont vacillé depuis des décennies »[945]. Si cela apparaît indéniable, est-ce pour autant souhaitable ? Certains auteurs ont pu prétendre : « la première raison qui motive cette attente est une question de dimension : l'entreprise est appelée à assumer une responsabilité politique compte tenu de la puissance que sa taille lui confère désormais »[946], nous sommes loin de rallier cette position.

Certes, il faut effectivement mettre « en lumière les transformations et les enjeux sociaux auxquels elle participe ».[947] En effet, au sens le plus radical, une institution c'est ce qui est institué : l'entreprise est-elle instituée librement, ou s'impose-t-elle ? L'institution étant « une forme d'organisation des collectivités humaines […] établie et durable de manière artificielle »[948], l'entreprise serait une institution, avec un statut de droit privé, comme le sont les partis politiques sous la forme associative.

La loi Pacte, en déterminant que l'intérêt des associés n'épuise pas l'intérêt social, entérine en droit la part institutionnelle de l'entreprise, qui a désormais une vocation supérieure aux intérêts individuels, c'est précisément là la définition de l'institution donnée par Hauriou.

Ce « devoir de vigilance », terme longtemps attaché uniquement à la responsabilité des États dans leurs obligations internationales, apparaît donc désormais attaché à l'entreprise, et paraît l'investir du même mouvement de ce que le terme porte de politique[949]. Cette conception éminemment politique de l'entreprise nous paraît être une clef pour comprendre les revirements incessants de la chambre criminelle quant à sa responsabilité pénale.

Une fois devenue entité politique, l'entreprise doit afficher un programme. Elle ne rend plus seulement compte du passé, mais aussi du futur. Et le juge judiciaire se charge ensuite de le lui faire respecter, comme a pu le montrer notamment l'arrêt Shell[950] : sa nature politique ne s'arrête pas à son propre champ, car sa responsabilité est éminemment juridique, et même pénale.

---

[945] L'entreprise dans la société : une question politique, M. Capron, F. Quairel-Lanoizeléz, 2015 La Découverte
[946] DEMURGER Pascal L'entreprise du XXIe siècle sera politique ou ne sera plus, L'aube, 2019
[947] GENDRON C., vers une approche politique de l'entreprise, VERNAC dir. *L'entreprise point aveugle du travail*
[948] LE DIVELLEC Armel, DE VILLIERS Michel, *Dictionnaire du droit constitutionnel* article Institution, 13e édition 2022
[949] DAMBROSIO Luca, Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures, Droit et Société 2020/3 p.633
[950] MOUGEOLLE Paul, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France », *Rev. Droits L'homme*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), 2021.

Nous ne sommes pas certains de l'origine de l'expression de « buts monumentaux » qu'assigne une part de la doctrine aux entreprises, à la suite d'un éminent auteur. Si nous l'étudions plus finement *infra*, nous proposons ici de reprendre l'expression au sens premier, au pied de sa lettre, celui de « monumentum » : faire se souvenir. N'est-ce pas justement pour Nietzsche la capacité de se souvenir qui distingue l'homme de l'animal et fonde ainsi une responsabilité ? « Elever un animal qui ait le droit de promettre, n'est-ce pas là la tâche paradoxale que la nature s'est assignée vis-à-vis de l'homme ? » [951]

Lisa Osofsky, cheffe du SFO britannique appelait les entreprises « to become better corporate citizen » dans son dernier DPA. Cette expression n'a finalement rien d'étonnant dans la bouche d'une citoyenne américaine. En effet, les États-Unis se sont intégralement construits sur leurs entreprises : pour leur installation au XVIIe, pour leur indépendance en 1789 et pour leur subsistance en 1945, c'est donc bien normal qu'ils leur reconnaissent un tel rôle politique, et ce, jusqu'à leur reconnaître des droits politiques[952]. Mais on peut douter qu'il doive en aller de même en France et en Europe.

Le code de conduite d'Unilever convoque aussi cette citoyenneté : « *Unilever s'efforce d'être une entreprise citoyenne*[953] *digne de confiance, et, en tant que partie intégrante de la société civile, de s'acquitter de ses responsabilités envers les sociétés et les populations auprès desquelles nous opérons* »[954]. Ce sens du terme citoyen est le sens premier de participant à la vie de la cité, mais pas de personne civique, douée de droits et devoirs politiques. L'Académie française dit d'ailleurs regretter ce glissement sémantique opportun pour donner « un effet de surenchère ou d'annonce » que l'adjectif « civique » au sens de la bonne qualité des rapports entretenus avec la société, devrait suffire à rendre[955].

Cette institutionnalisation de l'entreprise la rend intimement dépendante de la société civile, avec deux conséquences majeures : la place prégnante de ces nouvelles parties à l'audience, conséquence d'un modèle établi sur les « parties prenantes »[956], et l'émergence de la réputation

[951] NIETZSCHE, Friedrich, *Généalogie de la morale,* 2ème dissertation, p.803
[952] OLICER Peter-John, Revue RED n°4.
[953] En France, l'expression s'est répandue au début des années 1990.
[954] Unilever, Code de conduite des affaires et règles de conduite, 2021, p.7
[955] Dire, ne pas dire, article « Citoyen », academie-francaise.fr
[956] ABADIE Pauline, « la condition de l'intérêt à agir apparaît généreusement admise. Cela s'explique par le fait que de telles obligations n'ont généralement pas de créanciers déterminés », le juge et la RSE, Recueil Dalloz 2018 p.302

comme organe majeur de régulation. Ce qui peut aussi justifier qu'elle soit productrice de règles, voire définie comme un ordre juridique privé, parallèle à l'ordre juridique public qu'est l'État, comme nous l'avons vu.

Cette responsabilité au sens de diriger passe aussi par l'identification d'une tête dirigeante. C'est pour cela que Sapin 2 met en cause directement les dirigeants, et que tous les mécanismes de la compliance requièrent un *tone from the top*, un engagement de l'instance dirigeante. L'incarnation personnelle serait-il le stade ultime de la responsabilité pénale ? Sans doute, mais cette incarnation personnelle du dirigeant n'est pas nécessairement physique. Avec la loi Perben II et la fin de la spécialité de la responsabilité pénale des personnes morales, les entreprises peuvent être tenues responsables en tant qu'employeurs[957].

La responsabilité-responsability serait ainsi la charge de la décision, qui induit justement une prise de recul par rapport aux stricts protocoles[958]. Ainsi y aurait-il une véritable irresponsabilité à pratiquer l'« over-compliance »[959], c'est-à-dire le respect des règles au-delà de ce qui est strictement nécessaire, généralement par refus des coûts de l'étude du risque voire de la prise de risque elle-même. Cette pratique de l'over-compliance est désormais dénoncée par le rapport spécial de l'ONU sur les mesures coercitives, conscient que les entreprises préfèrent parfois éteindre tout danger et donc un pan de leur activité dans des États à risque, mettant ces derniers et les droits de leurs ressortissants en péril[960].

Aussi cette charge de la décision se fait notamment dans un environnement d'intérêts contraires, selon la définition que nous avons empruntée *supra* à l'Oxford Dictionnary. L'entreprise peut en effet être définie utilement et ultimement comme « un centre permanent d'arbitrage entre intérêts antagonistes »[961], et la loi Pacte ne fait que renforcer cette orientation, en accolant l'intérêt social aux enjeux sociaux et environnementaux. Mais au-delà de la théorie

[957] C'est le sens de la nouvelle rédaction du code du travail

[958] On pourrait poursuivre la métaphore médicale avec « La peur est au-dessus de nos moyens, pour en finir avec le principe de précaution » de Jean de KERVASDOUE, où les meilleurs diagnostics doivent parfois s'affranchir des protocoles, nécessitant une décision qui sera compromise si la responsabilité pénale guette.

[959] Généralement pour s'épargner les coûts afférents à une évaluation des risques. A ce sujet : Extraterritorial sanctions : overcompliance anf globalization, KOHL Tristan, 2022, Opinio Juris. Et BREEN Emmanuel, (Over)compliance processes with regard to sanctions, Conférence unilateral/extraterritorial sanctions, 12 et 13 décembre 2019, Paris Panthéon-Sorbonne.

[960] Special Rapporteur on unilateral coercive measures, Guidance Note on overcompliance with unilateral sanctions and its harmful effects on human rights, OHCHR.org

[961] FARJAT G. "entre les personnes et les choses, les centres d'intérêts », cité par Irina PARACHKEVOVA-RACINE dans RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020.

de l'agence qui prend note du conflit d'intérêts entre dirigeants et actionnaires, la théorie des stakeholders[962] permet de mettre en lumière tous les intérêts en présence.

ii. La persistance d'une boîte noire démocratique

La boîte noire de l'entreprise persiste, en son sein mais surtout à l'égard des tiers. Déjà au niveau du traitement juridique :

La compliance ratifie un traitement différencié entre les entreprises de grande taille et les entreprises de taille moyenne. La distinction entre elles était de degré, elle est devenue de nature. Les seuils qu'une loi Sapin 2 donne marquent ce passage du degré à la nature. Mais le droit de la concurrence va plus loin en investissant les entreprises dominantes d'une « responsabilité particulière », à l'instar de l'arrêt Michelin I, CJCE du 9 novembre 1983[963]. Pour Martina Galli, la CJIP est la « reconnaissance implicite de l'inutilité de saisir les objets collectifs dans une catégorie unitaire » puisqu'elle apparaît *de facto* réservée aux grandes entreprises, celle que la sauvegarde de l'intérêt public considère comme devant s'épargner une procédure pénale.[964]

Il y a la tentation de confondre ce corps collectif *de facto* politique, avec un corps démocratique *de jure* politique.

L'entreprise n'est pas démocratique, et l'on peut douter qu'elle ait à l'être hors de contextes particulièrement précis, ni stratégiques ni même organisationnels. On remarque par exemple la faiblesse de la mobilisation lors des élections syndicales, la France étant de loin le pays le moins syndiqué de l'Union Européenne, à peine au tiers de la moyenne[965]. Les outils régulièrement proposés pour faciliter cette démocratie sont d'ailleurs accusés de contourner les représentations syndicales voire le droit du travail lui-même[966]. Plus généralement, la direction de l'entreprise française est conçue sur le modèle du « despotisme éclairé », selon le mot-même

[962] Au-delà des seuls *shareholders*, théorie popularisée par FREEMAN Edward, dans *Strategic Management, a shareholder approach*
[963] CHAIEHLOUDJ Walid, dans l'Ordre public économique, RACINE Jean-Baptiste, *op. cit.* p.554
[964] GALLI Martina « La renonciation à la sanction n'est en réalité pas pensée pour une application généralisée (comme la lettre de la loi pourrait le faire croire) mais seulement pour les situations où l'application d'une sanction pénale entre en opposition avec un intérêt public plus important, et donc normalement à l'encontre des grandes entreprises (avec tous les problèmes que cela suppose en termes d'égalité) ».
[965] Worker-participation.eu
[966] OLIVESI Stéphane, De la démocratie en entreprise, revue *Politiques de communication*, 2014

d'Yvon Gattaz[967]. Friedman dans son fameux article du New-York Times fustigeait déjà ce mélange des genres, au nom de la démocratie : « if they are to be civil servants, then they must be selected through a political process. If they are to impose taxes and make expenditures to foster 'social' objectives, then political machinery must be set up to guide the assessment of taxes and to determine through a political process the objectives to be served".

Même la théorie des parties prenantes ne « recommande pas que ces groupes participent aux décisions prises au sein des entreprises », mais que « ces décisions les prennent en considération »[968]. Et les plateformes qui se développent par l'auto-entreprise ne sont pas beaucoup plus démocratiques, le marché remplaçant rarement le management dans un sens émancipatoire.

Ainsi aboutissons-nous certes à une définition politique de l'entreprise mais politique comme institution et non comme citoyenne, et ainsi douée d'une responsabilité organisationnelle et décisionnelle. C'est justement la première définition de la responsabilité, que d'être capable de prendre une décision dans un contexte de complexité et d'incertitude. Un expert (nous avons vu leur rôle prééminent au chapitre précédent) est compétent, mais il n'est pas responsable ; il maîtrise un ordre mais un ordre seulement[969]. Et capable ici veut dire en connaissance de cause, c'est-à-dire en assumant les conséquences de la décision.

2.Une redéfinition téléologique de l'entreprise comme sujet ?

Cette définition de l'entreprise par le prisme de sa responsabilité porte en germe la tentation téléologique : que fait-elle ? Que doit-elle faire ?

[967] Ancien chef du Conseil National du Patronat Français, expression reprise lors d'un discours à l'Académie des sciences morales et politiques le 8 février 2010, rapportée par Thibaud BRIERE et Thibault LE TEXIER en introduction de « Démocratiser l'entreprise », revue *Esprit* 2018 p.40
[968] *Ibid*.
[969] COMTE-SPONVILLE André, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel, 2004. p.121

A notre sens, n'est pas parce que la grande entreprise devient structurante de la société dans son ensemble, qu'elle peut être récipiendaire de buts au-delà d'elle-même. Ce sera plutôt à une responsabilité pénale forte de la prendre en charge.

a. Le risque de schizophrénie de l'intérêt social

i. La compliance au service de la RSE

Au-delà des considérations sociologiques et managériales, la responsabilité ultime de l'entreprise nous apparaît bien comme celle de son activité. C'est ce qui nous permet, à la suite de l'arrêt CEDH du 1er octobre 2019, de constater que la poursuite de l'activité de l'absorbée dans l'absorbante poursuit sa personnalité, cette activité économique étant « l'essence-même de son existence ». C'est cette validation de la condamnation de l'absorbante pour les faits de l'absorbée au regard du principe de personnalité des peines qui fonde l'arrêt du 25 novembre 2021. Et ce faisant, il ratifie la nature purement économique de la société, à laquelle l'entreprise survit.

Ainsi l'intérêt social de l'entreprise est sa fin propre, distincte de celle de toutes les parties prenantes, y compris actionnaires. Cependant la loi Pacte, en amendant l'article 1833 du code civil précise qu'une société doit être gérée dans son intérêt social, en prenant en compte les enjeux sociaux et environnementaux. S'il ne s'agit pas d'une intégration des externalités négatives de l'activité de l'entreprise, il s'agit en tout cas de leur prise en considération.Les occulter ou les omettre rendrait l'entreprise coupable d'une violation de l'article 1833 du Code civil, d'une violation de ses statuts et d'une faute de gestion.

Le risque d'une schizophrénie d'un côté, et d'un recul du contrôle des dirigeants et actionnaires sur leur société.

Nous avons pu définir *supra* l'entreprise comme un « centre permanent d'arbitrage entre intérêts antagonistes ». Cet arbitrage se rend au nom de l'intérêt social : le fait d'ajouter un conflit d'intérêt au cœur de l'arbitrage le compromet sur les autres. Il est peut-être sain que des

entreprises se vouent à des causes sociales, mais c'est à l'actionnaire de le faire délibérément, en connaissance de cause.

Le risque d'une multiplication des missions de l'entreprise n'est pas seulement celui d'une performance moindre, même s'il n'est pas anodin, il est surtout celui d'une atteinte à la liberté d'entreprendre, qui peut être aussi préjudiciable qu'il est invisible. Il est celui de donner un pouvoir sur des tiers à l'entreprise, de rendre la performance difficile à évaluer. Donc de la mettre en risque par rapport à des instrumentalisations. Au-delà du brouillage du signal envoyé aux investisseurs, il introduit une insécurité dans la gestion et une insécurité juridique.

La raison d'être renvoie au second plan l'enjeu financier, devenu un simple outil du service apporté à la société civile, véritable but de l'entreprise sous l'angle des parties prenantes. Cependant, ce service ne peut être anticipé, évalué et optimisé autrement que par le marché, et donc la recherche d'une maximisation de l'intérêt de ses actionnaires, celui-ci ne s'arrêtant pas au versement de dividendes.

On pourra toutefois considérer que l'entreprise n'appartient pas à ses actionnaires, ceux-ci n'étant propriétaires que d'actions. En tant que personne, en l'occurrence morale, elle ne saurait faire l'objet d'une propriété.

ii. La compliance au service du droit pénal

La multiplication des responsabilités sur l'entreprise disperse son action et la mettent en risque. Plus encore, la convocation du droit comme caution d'idéaux philosophiques crée un risque par le droit et un risque pour le droit.

Dans ce contexte, la compliance pourrait avoir pour objet de rationaliser les buts de l'entreprise, et pourrait le faire en conservant et renforçant avant toute chose l'observation de buts pénaux.

En effet, la responsabilité économique de l'entreprise est inextricablement liée à sa responsabilité juridique. Aussi ne sommes-nous pas convaincus de la pyramide RSE qu'un Carroll a pu proposer avec beaucoup de succès[970]. Cette modélisation qui a fait école distingue

[970] D'abord en 1979 « A three-dimensionnal model of corporate performance", Academy of management review n°4, puis en 1991 "The pyramid of corporate social responsibility: toward the moral management of organizational stakeholders", Business horizons n°34.

quatre étapes de responsabilité de la plus nécessaire à la plus contingente : la responsabilité économique : être profitable, la responsabilité juridique : être légal, la responsabilité éthique : être juste, la responsabilité philanthropique : être bon.

Or, la responsabilité juridique est une condition-même de la responsabilité économique, parce qu'elle en constitue le cadre matériel d'existence. L'éthique et la philanthropie ne sont pas plus distinctes du profit, soient qu'elles se trouvent lui être opposées dans de nombreuses situations, soit au contraire qu'elles l'alimentent par le prisme réputationnel et par celui du développement de long terme. De sorte que si l'apport d'une telle modélisation compartimentée est intéressant en théorie, il occulte précisément ce qui se joue, c'est-à-dire la mise en tension de responsabilités mixtes. La véritable responsabilité, au sens actif du terme, se trouve alors être celle de prendre la décision au sein de ces ordres concurrents.

La compliance devrait viser le déploiement de toute la portée du droit pénal, en limitant l'influence de systèmes ordonnateurs annexes tant que ce premier ordre n'est pas pleinement acquis. En effet, les nombreux buts conférés aux entreprises viennent parfois moins en soutien qu'en succédané du droit pénal. La stricte observance de celui-ci n'étant pas rémunératrice, on lui préfère d'autres initiatives individuelles associées à d'évidents intérêts marketing. Par suite, la compliance aurait tôt fait d'accuser ce travers si elle se faisait l'auxiliaire de l'éthique plutôt que du droit. Dès lors, si la compliance est convoquée au service de la RSE, ce doit être dans l'exacte mesure où celle-ci se juridicise.

Sans multiplier les exemples, nous pouvons prendre celui du fameux groupe d'Ehpad, maisons de retraites, cliniques et services d'aide à la personne Orpéa. Son dernier rapport d'activité (résultats semestriels septembre 2021[971]) est particulièrement laudatif, avec une surperformance pour tous les indices RSE des agences de notation, passant de la 34e à la 5e place sur la centaine d'acteurs du secteur chez Sustainalytics, et de la 14e à la 4e chez Vigeo Eiris[972], et le groupe était réputé « très appréciée des fonds ESG »[973]. Le livre-enquête du journaliste Victor Castanet[974] a révélé l'ampleur de l'hypocrisie, bientôt rejoint par les rapports de l'IGF et de l'IGAS, l'audition parlementaire accablante et les nombreux chefs d'enquête ouverts dans tous les champs du droit répressif, et notamment au Parquet national financier (fraude fiscale, blanchiment d'argent aggravé, délit d'initié).

[971] Voir notamment récapitulatif des scores ESG du groupe p.43 de la présentation.
[972] Agence de notation sociale et environnementale fondée par Nicole NOTAT en 2002, devenue une filiale de Moody's en 2019.
[973] DUFIEF Vincent in L'ESG entre dans une nouvelle ère, Les Echos, 29 septembre 2022.
[974] CASTANET Victor Les Fossoyeurs, Fayard, 2022

b. Jusqu'au modèle d'entreprise idéal

La France cherche traditionnellement un modèle d'entreprise **idéel**, du monde des idées, comme le constatait déjà Tocqueville, là où les Etats-Unis s'organisent honnêtement autour de « l'intérêt bien compris, morale pragmatique et médiocre »[975]. Cela nous amène notamment à courir le risque de consacrer des réalités marginales en guise de modèle généralisable.

i. La morale d'une personne morale

Porté par une tentation anthropomorphique que sa dénomination française n'aide pas à résoudre, il est souvent attendu de la personne morale qu'elle agisse moralement.

Or la compliance peut permettre de prévenir un glissement sémantique voire idéologique, en définissant la conformité comme une *objectivation de la règle*. En effet, pour reprendre une distinction chère à Kant dans les *Fondements de la métaphysique des mœurs*, la morale consisterait à agir par devoir, et justement pas par conformité à lui. Ainsi, si une entreprise doit agir moralement ce n'est pas par un hypothétique attachement à la morale (qui nous semble lui être étranger), mais seulement par *conformité* à la morale, et elle le fait alors parce que la satisfaction de son intérêt social l'exige.

Kant illustre justement cette précieuse distinction par la figure du « marchand avisé ». « Par exemple, il est sans doute conforme au devoir que le débitant n'aille pas surfaire le client inexpérimenté, et même c'est ce que ne fait jamais dans tout grand commerce le marchand avisé ; il établit au contraire un prix fixe, le même pour tout le monde, si bien qu'un enfant achète chez lui à tout aussi bon compte que n'importe qui. On est donc loyalement servi ; mais ce n'est pas par beaucoup près suffisant pour qu'on retire cette conviction que le marchand s'est ainsi conduit par devoir et par des principes de probité ; son intérêt l'exigeait »[976].

Il est recevable qu'une entreprise ne s'en tienne pas à la stricte lettre de la loi, et souhaite tenir compte de principes moraux, de l'équité voire de coutumes. Mais ces règles qu'elle se

[975] BERNS Thomas, DOCQUIR Pierre-François, FRYDMAN Benoît *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007. p.58
[976] KANT Emmanuel, *Fondements de la métaphysique des mœurs*, I, trad. Delbos, Delagrave, 1965, p.94

donne doivent être objectivées, par exemple explicitées dans une politique interne, qui n'a pas nécessairement à être rendue publique. Ainsi peut-elle agir *en conformité* avec ces règles, qui auront au préalable été adoptées, plutôt qu'au nom-même d'une conception morale qu'on peine à prêter aux entreprises.

Si l'entreprise est politique, c'est dans la mesure où elle est susceptible d'effets sur son environnement et ses parties prenantes, et non parce qu'elle serait investie d'une mission. C'est en ce sens que nous avons préféré une conception restrictive de sa définition comme institution. Nous ne sommes pas convaincus du parallèle exercé par certains auteurs sur la double nature pécuniaire et politique de l'actionnaire et celle qu'on en déduirait alors pour l'entreprise[977].

« L'entreprise du XXIe siècle sera politique ou ne sera plus »[978] prétend l'essai éponyme de Pascal Demurger, PDG des mutuelles MAIF. Ce livre nous permet d'illustrer les points d'achoppement en cause ici. Relevons à titre liminaire qu'en faisant référence à la citation apocryphe d'André Malraux, « le XXIème siècle sera religieux ou ne sera pas », l'essai assume un parallèle aux accents mystiques. Par ailleurs, l'auteur conclut sa première partie ainsi : « Ne nous y trompons pas : le mouvement auquel nous allons assister est celui d'une profonde mutation de l'entreprise, en même temps qu'une métamorphose de la répartition des rôles entre les sphères économiques et politiques ». Si nous avons tenté de mettre en évidence certaines de ces mutations, nous ne sommes pas convaincus que ce qui ressemble à une permutation des rôles entre économie et politique soit souhaitable.

De surcroît, le rôle éminemment sociétal, plutôt que politique, que des sociétés peuvent remplir nous paraît réduit à une poignée d'entre elles[979] à l'instar des sociétés à mission[980], dont, effectivement, une mutuelle initialement destinée aux instituteurs comme la MAIF[981] peut légitimement participer. Cependant, et quand bien même une mission serait statutairement reconnue à des entreprises à dimension, sinon à vocation, sociale, rien ne justifierait qu'un rôle proprement politique leur soit conféré. Ainsi, si les mutuelles ont largement pris une position favorable à l'euthanasie ces dernières années, est-ce par humanisme ou pour des considérations purement économiques liées au coût des derniers mois de vie ?[982] Aucune de ces deux positions

[977] FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Compliance et personnalité*, Recueil Dalloz 2019, p.604
[978] *L'entreprise du XXIe siècle sera politique ou ne sera plus*, Edition de l'Aube, 2019
[979] Elles concernent aujourd'hui, 3 ans après la loi Pacte, environ 500.000 salariés, soit autant qu'Auchan et Schneider Electric réunies.
[980] Introduites par l'article 176 de la loi n°2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises dite loi Pacte, leur régime est codifié à l'article L210-10 du code de commerce.
[981] Mutuelle Assurance des Instituteurs de France
[982] Le rôle controversé des mutuelles dans le débat sur l'euthanasie, Agnès Leclair, Le Figaro 24 septembre 2022

ne serait a priori illégitime, mais c'est en tant que telle que l'entreprise peut apporter une parole experte sur un sujet de société[983], pas à celui d'une mission morale.

Donc hormis quelques entreprises tributaires d'une mission sociale ou environnementale, la responsabilité des entreprises ne recouvre ni mission morale ni mission politique, au risque d'être contreproductif, au sens strict de nuire aux affaires, et au sens étendu de nuire à ces causes externes.

Il y a au niveau macroscopique une volonté de rendre l'entreprise tributaire d'une morale pour en décharger le politique comme nous avons pu le voir. Mais cette volonté existe aussi au niveau micro, celle des hommes et femmes qui la font, qu'ils soient actionnaires, employés, fournisseurs ou clients : en lui prêtant une morale propre à l'homme, on épargne à l'homme le besoin de l'être. On peut y voir une réciproque du conséquentialisme évoqué au stade du risque : les conséquences néfastes causées à l'environnement ou aux droits humains seraient nécessairement l'œuvre des entreprises, car ne seraient pas souhaitées délibérément par les personnes qui la composent prises individuellement, dans ses salariés comme dans ses consommateurs. Nous voyons bien toute la facilité qu'il y aurait à transférer sur cette « boîte noire du risque » une réalité qui n'est *in fine* que le résultat de l'agglomération de choix individuels. Pour reprendre l'expression d'André Comte-Sponville, c'est justement et précisément parce que l'entreprise ne saurait être morale qu'il faut, à ceux qui la font, l'être[984].

ii. La tentation d'un idéalisme pénal

Comme l'expose le professeur Michel Germain, « les entreprises doivent accepter un niveau de responsabilité à l'aune de leur pouvoir dans la société, et en phase avec l'acceptabilité sociale du moment. Si l'entreprise reprend une place plus modeste, l'évolution peut s'inverser ». Mais cette responsabilité nous paraît devoir être comprise au sens d'une obligation de répondre, et non pas au sens d'une mission qui leur serait reconnue. Leur appliquer la mesure d'une « acceptabilité sociale » est pertinent si elle est comprise au sens de la gestion du risque

[983] Avec toute l'ambiguïté d'une position d'expertise qui est directement intéressée par sa propre analyse, comme vu précédemment.
[984] COMTE-SPONVILLE, *Op. cit.*

que nous évoquions plus tôt. Autrement, il apparaîtrait utopique d'attendre, ou de souhaiter, une inversion de cette évolution puisque plus de responsabilité et donc plus de pouvoir leur seraient reconnus, dans une boucle désormais auto-entretenue.

Nous parlerions donc de puissance des entreprises plutôt que de pouvoir, selon une distinction chère à Hannah Arendt où celui-ci tient de la reconnaissance voire de la mission institutionnelle de jure, là où celle-là est établie *de facto*[985]. Cette puissance leur donne une mission passive, ou plutôt active-négative : il s'agit de ne pas nuire, et d'être proactif dans cette lutte contre les externalités. La chambre criminelle dans son fameux arrêt du 25 novembre 2020 actant la transmission d'une responsabilité pénale de l'absorbée à l'absorbante ne dit pas autre chose en avançant un argument détonnant en droit pénal classique : « rien n'empêche un audit détaillé ».

Mais plus avant dans cette conception de la responsabilité, la personne morale apparaît parfois conçue comme une fiction juridique déposée sur l'entreprise pour lui faire porter la charge de l'indemnisation des malheurs sociaux et la charge de la cristallisation des valeurs sociales. Cette fiction n'a rien d'illégitime en soi mais devrait être tenue pour telle. Encore une fois, l'entreprise a une responsabilité « passive » (ou plutôt, nous l'avons dit, active-négative), qui ne fait que répondre pour le reste (c'est-à-dire son impact social) à l'initiative des investisseurs, des consommateurs et du législateur.

Si le droit pénal constitue théoriquement le moyen de sanction et d'expression des valeurs sociales fondamentales le plus fort au sein d'une société, l'objet sur lequel il appuie son action apparaît souvent se dérober au moment de déployer ses effets, même lorsqu'il est clairement identifié et appréhendé. Ainsi en est-il des causes objectives d'irresponsabilité comme la légitime défense ou l'état de nécessité, des causes subjectives comme le défaut de discernement ou de libre arbitre, voire des multiples raisons de minoration ou de non-exécution des peines comme l'insolvabilité. Aussi, l'enveloppe de la personne morale, en recouvrant un capital et un nom plus fortement établis que ceux de la personne physique, apparaît comme un important stock de valeur économique et sociale, un socle à même de supporter l'expression d'une sanction pénale et des valeurs prônées devant la société. Le sens très durkheimien d'une peine qui « ne sert que très secondairement à corriger le coupable ou à intimider ses imitateurs possibles » mais plutôt à « maintenir intacte la cohésion sociale en maintenant toute sa vitalité à la conscience commune ».[986]

[985] ARENDT Hannah, *Du mensonge à la violence*, p.144, Calmann Lévy, 2014
[986] DURKHEIM Emile, *De la division du travail social,* PUF.

A un troisième et dernier niveau, le droit pénal apparaît, de manière très regrettable, plus directement convoqué par la compliance pour résorber non les manquements mais bien les manques, que le système économique capitalistique peut connaître. Une confusion est alors entretenue, par exemple dans les déclarations de la Commission européenne, entre la gestion des externalités et le partage des richesses. Or, comme le résume si bien le professeur Emmanuel Dreyer, « le droit pénal n'a pas à s'appliquer distributivement afin de compenser les inégalités sociales et économiques : la puissance des uns ne justifie pas qu'ils soient privés des garanties accordées aux autres. Considérer qu'ils doivent répondre de dommages potentiels au seul motif que leur activité constitue une menace pour la société relève du procès d'intention ».

Là réside à notre sens le danger d'un idéalisme pénal, que la compliance criminelle alimente à tort.

Les entreprises peuvent être tenues responsables non pas du futur mais pour le futur, d'où l'importance cruciale de la notion de risque pour appréhender la responsabilité pénale.

c. Qui a la charge d'un modèle de société

Au-delà de son objet naturel de création de valeur, nous avons souhaité concentrer l'entreprise sur un seul rôle, celui de l'observation active du droit, et plus particulièrement de la règle pénale. Peut alors se poser la question de faire de l'entreprise un vecteur de promotion des valeurs que protège le droit pénal, en elle, sur son territoire et au-delà. Cette proposition apparaîtrait d'autant plus pertinente qu'on a vu l'entreprise participer à l'élaboration de ces règles, que les moyens dont elle dispose peuvent primer ceux des États, et que le critère d'efficacité n'a jamais été aussi prégnant dans la définition de la légitimité.

Nous avons *supra* l'entreprise être tenue pour responsable au nom de notre refus commun d'admettre qu'un dommage puisse être imprévisible, irrésistible et extérieur. La capacité assurantielle de l'entreprise est alors moins convoquée pour sa capacité à prévenir le risque que pour l'abondance de ces capitaux qui permettent de restaurer une paix sociale.

i. La contestation du concept de buts monumentaux

Si la promotion de valeurs fondamentales est une tâche inhérente au politique, le critère d'efficacité a tendance à imposer la légitimité de l'entreprise. Les groupes structurés à l'international offrent un rayon d'action qui peut être supérieur à la territorialisation du pénal, accéder à des territoires rétifs à la diplomatie conventionnelle et atteindre directement les populations sans passer par les dirigeants politiques. C'est un des arguments avancés par le directeur juridique de Total pour maintenir l'activité du groupe en Russie pendant la crise ukrainienne. Pour étayer la légitimité de ce critère d'efficacité, certains auteurs y voient le fondement de l'attribution aux banques de la responsabilité de la lutte contre le blanchiment[987]. Mais à notre sens, c'est avant tout parce qu'elles tirent un profit substantiel de cette entrée d'argent, et que celle-ci génère de grandes externalités que les banques en reçoivent la responsabilité.

Nous avons vu combien le rôle de l'État dans la production normative était contesté. Il l'est également dans l'application de la norme. L'école des Choix publics souligne son court-termisme paradoxal, redevable d'un excès de précautions administratives et d'une fréquence élevée d'échéances électorales. On sait combien la RSE par le concept de durabilité a adoubé le long-terme comme conciliant les intérêts, puisque le monde économique protège finalement sa propre activité chaque fois qu'il préserve son environnement. Dans ce contexte, l'entreprise peut s'afficher comme ce stratège rationnel de long-terme, guidé par des investissements structurels, avide de technologie et plus largement d'innovation[988]. L'essor massif de la data dans les modélisations et l'anticipation renforcent encore cet avantage du tissu économique sur le monde politique.

Pour autant, nombreux sont les auteurs à revenir à une distinction des ordres au nom de principes fondamentaux. Ainsi Friedman dès son fameux article dans le NYT : « Comment peut-on préférer atteindre par des moyens antidémocratiques ce que des moyens démocratiques n'ont pas permis ? ». De la même façon hors du territoire de la maison-mère, le portage

[987] notamment FRISON-ROCHE Marie-Anne
[988] TRESCASES Anne, Le Risque, Op. Cit p.660

politique des valeurs de la démocratie libérale peut être reçu comme une forme de super-paternalisme proche du néocolonialisme[989], et partant, donner raison aux critiques élevées par l'école des Critical legal studies.

L'exemple des usines Lafarge à Ashaka au Nigeria qu'étudie Cécile Renouard au début des années 2000. Malgré des avancées concrètes directement imputable à l'influence de l'entreprise comme le relèvement de l'âge de mariage des femmes, la philosophe reste circonspecte, devant la divergence entre la libéralisation économique et l'absence de libéralisation politique. Deux décennies plus tard l'actualité de l'entreprise Lafarge en Syrie semble donner raison à ses prémonitions d'opportunisme local[990].

Des exemples marginaux. On ne saurait bâtir un raisonnement à partir d'exemples marginaux, comme le mécénat ou les entreprises sociétales. Bien que passionnant dans les perspectives qu'il tente d'ouvrir, l'ouvrage fondamental sur ce sujet *Les buts monumentaux de la compliance* nous paraît particulièrement restrictif dans son approche. Les cas pratiques abordés nous paraissent relever de trois catégories bien peu représentatives du capitalisme :

- les entreprises publiques, à l'instar d'Enedis, pages 77 à 84 ;
- les entreprises coopératives, à l'instar du Crédit mutuel Arkéa, pages 69 à 76 ;
- et, enfin, les entreprises capitalistes mais saisie par le prisme de considérations fort peu structurelles (quoiqu'importantes) comme la féminisation des postes à responsabilité, pages 109 à 124.

Les buts monumentaux. Plus spécifiquement, la notion de « buts monumentaux » nous paraît aussi périlleuse que contestable. Les premiers mots de notre travail empruntaient à Chesterton une saine méfiance envers les raisonnements métaphoriques. Très évocatrice, l'expression BM y puise sa portée mais y perd son sens, on ne trouve d'ailleurs nulle trace de sa conception[991]. Le terme de « monumental » n'a rien d'anodin, et l'on ne saurait se satisfaire

[989] « il ne revient pas aux entreprises si bienveillantes soient-elles de fixer l'avenir des peuples » FRISON-ROCHE Marie-Anne, La Compliance in RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020.

[990] Chapitre 8, Les responsabilités politique, extraordinaire et surérogatoire à l'égard des enjeux de gouvernance, RENOUARD Cécile in *La Responsabilité éthique des multinationales*, 2007, p.287

[991] Si l'ouvrage éponyme articule dans des développements parfois fort intéressant l'expression à différentes réalités juridiques ou pratiques, il n'aborde en revanche à aucun moment l'origine de l'expression elle-même, ni pour être franc sa stricte définition.

qu'il soit un succédané de « but global » ou « but important » ou « but imposant ». Nous avons plus haut soulevé l'hypothèse d'une référence au monumental du sénateur X. On pourrait également en trouver une origine dans « The concept of environmental sustainability » de Robert Goodland, qui en 1995 qualifie la préservation urgente du lien entre le développement économique et la protection de l'environnement de « monumental challenge »[992]. En français, le terme « monumental » convoque une forme de religiosité laïque, proche des monuments aux morts, ainsi qu'une connotation éminemment institutionnelle. Pris au sens strict, on peut même y déceler un sens proche du pur affichage : le « but monumental » d'une action est précisément sa vocation démonstrative, comme sous la plume du philosophe François Jullien.[993]

La notion de buts monumentaux convoque un monde aussi métaphorique qu'emphatique. Ces buts eux-mêmes seraient le « cœur battant de la compliance », « construit[s] sur une ambition nouvelle, elle-même fruit de l'Histoire »[994], « c'est davantage l'idée d'un avenir meilleur qui anime alors les règles »[995].

Alors même qu'il est le garant d'une interprétation stricte de la loi pénale, le président de la chambre criminelle reprendra volontiers à son compte dans une conférence au Conseil d'État l'expression de « buts monumentaux positifs mis à la charge des entreprises »[996].

ii. La contestation du modèle d'entreprises totalisantes

Contester une définition maximaliste de l'entreprise. Ultimement, ces définitions maximalistes de l'entreprise cultivent l'idée qu'elle serait l'alpha et l'oméga de toute vie sociale. C'est la fameuse thèse du philosophe allemand Herbert Marcuse, « l'homme unidimensionnel », à qui plusieurs auteurs à l'instar de Pierre-Yves Gomez redonnent une grande actualité. La compliance, en établissant l'entreprise comme un ordre normatif concurrent de l'ordre étatique, élabore une « responsabilité partagée avec l'État sur les grandes

[992] "without damaging the environment on which we all depend represents a monumental challenge".
[993] « Une peinture de fresques exécutée sur commande, dans un but monumental-ornemental » JULLIEN François, « II. Du fond(s) de la peinture », in *La grande image n'a pas de forme*, Le Seuil, 2003.
[994] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2023. p.21
[995] *Ibid*. p.29
[996] « Regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation : colloque : de la régulation à la compliance, quel rôle pour le juge ? », 2023.

causes sociétales »[997]. Mais cette responsabilité, on l'aura compris, nous la tenons pour active-vers-un-but pour le politique et active-vers-un-évitement pour l'entreprise[998].

Contester ses missions d'opportunité. Nous avons indiqué *supra* qu'un éminent auteur développait le concept de « buts monumentaux »[999] ; ceux-ci seraient établis par le politique en laissant aux entreprises le soin de les mettre en œuvre, ramenant à une simple « réjouissante coïncidence » l'adéquation éventuelle des buts du politique et de l'entreprise grâce à la raison d'être[1000]. Circonscrire la définition de ces buts dont le politique aurait l'apanage tandis que les entreprises bénéficieraient d'une liberté de moyens nous semble bien la moindre des choses. A notre sens, le risque totalisant de l'entreprise vient bien plus tôt.

Le professeur Marie-Anne Frison-Roche explique ainsi : « *Dans la crise actuelle, Facebook par exemple s'est engagé dans la lutte contre les fausses informations en renvoyant ses utilisateurs vers les informations officielles en supprimant des contenus faux ou encore en affichant les avertissements. Il l'a fait spontanément mais il aurait pu y être contraint par une autorité publique qui lui aurait demandé de poursuivre ce but monumental qu'est la préservation de la vérité. En l'espèce il en a la capacité technique si cette prétention politique converge avec un souci spontané de l'entreprise tant mieux. Mais en droit de la compliance l'accord de l'entreprise sur le but n'est pas requis. Pourtant l'action des opérateurs cruciaux est souvent un signe avant-coureur du droit de la compliance. Ainsi lorsque LVMH réoriente ses usines de parfums pour fabriquer du gel hydro-alcoolique et ses unités textiles pour produire des masques, il montre spontanément sa qualité d'opérateur crucial.* »[1001]

Nous ne sommes pas convaincus de cette analyse. Il nous apparaît au contraire que Facebook vise uniquement son profit, que l'exclusivité de ce but n'a rien d'illégitime, mais que les moyens mis en œuvre peuvent et doivent être discutés. Il en va de même pour le groupe de luxe LVMH dont la réputation est une part substantielle de l'actif[1002]. Affichant au sortir de la crise une insolente santé financière[1003], il lui fallait résolument la justifier par des actions aussi

[997] DELMAS-MARTY Mireille, Sens et non-sens de l'humanisme juridique, Cours au collège de France 2010-2011, cité par Irina PARECHKOVA-RACINE dans L'Entreprise, Op. cit. p.297
[998] Responsabilités que nous avons pu distinguer en « active-positive » et « active-négative ».
[999] FRISON-ROCHE Marie-Anne, Les buts monumentaux, cœur battant de la compliance, in *Les buts monumentaux de la compliance,* Dalloz 2022
[1000] FRISON-ROCHE Marie-Anne, La Compliance in RACINE Jean-Baptiste (dir.), *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, LGDJ, 2020. p.106
[1001] FRISON-ROCHE Marie-Anne, *LPA* 12 mai 2020
[1002] Et qui ne produit pas ces masques et gel au nom de « la responsabilité sociale et de l'éthique » comme affirmé plus loin
[1003] Entre la déclaration de l'état de pandémie mondiale en mars 2020 et l'été 2021, LVMH fait plus que doubler son cours de bourse

pertinentes que médiatiques, lui permettant de consolider son crédit moral. Plus radicalement, si tout le monde partage l'importance de la recherche de la vérité, il n'est pas clair que quiconque puisse être en rendu responsable de la préservation, les pouvoirs publics eux-mêmes n'en étant pas dépositaires. Pour poursuivre sur l'exemple de la crise structurelle du coronavirus, les postes Facebook envisageant son origine laborantine étaient systématiquement censurés par le réseau social, qui affichait alors le message : « *your post goes against our community standards on misinformation about Covid-19* ». Un an après pourtant l'Organisation Mondiale de la Santé est bien revenue sur l'exclusion *ab initio* de cette hypothèse d'une origine laborantine, considérant désormais qu'elle ne pouvait pas être raisonnablement exclue.[1004]

Cette conception d'une vérité préexistante à la discussion, d'une économie établie voire d'un ordre définitif trahit une conception de la compliance comme défendant une citadelle installée. Si la compliance a effectivement une origine régulatoire, aspirant à la stabilité des systèmes et à la rigueur des banques centrales, il est temps pour la compliance de s'en affranchir.

Contester l'étendue de la compliance dans l'entreprise. Il en va de même dans le cadre interne de l'entreprise : la compliance est responsable dans l'exacte mesure où elle cultive son autolimitation, évitant de faire de l'entreprise un système autoréférentiel totalisant. Les trois confiscations réalisées par France Télécom comme décrit précédemment et retenues par le tribunal pour caractériser le harcèlement institutionnel peuvent permettre de dessiner ces trois axes :

- Un référentiel supérieur : un « *tone from the top* » qui tempère par la description de principes moraux les objectifs techniques chiffrés ;
- Un référentiel intérieur : une solidarité professionnelle construite par un esprit d'équipe au-delà du travail lui-même, qui évite la rivalité cynique ;
- Un référentiel extérieur : un accès à des thérapeutes, un dispositif d'alerte, des associations, etc. pour prendre du recul sur l'univers professionnel.

Aussi pouvons-nous admettre que le couple compliance-entreprise doive trouver une limite à sa capacité d'ordonnancement, à la fois à l'externe et à l'intérieur de l'organisation, sous peine d'adopter un raisonnement totalisant et autotélique. Remarquons d'ailleurs

[1004] "Possibility of introduction of SARS-CoV-2 to the human population through a laboratory incident", Preliminary report of the SAGO, WHO, 9 juin 2022
Voir par exemple « Origines du Covid : pourquoi l'OMS n'exclut plus l'hypothèse d'une fuite de laboratoire ? », France Culture, 14 juin 2022.

qu'adouber sans réserve la conception de « *stakeholders* » comme le fait une part substantielle de la littérature sur la RSE entérine une conception de la société civile centrée sur l'entreprise. Cette « représentation firmo-centrée » qui laisse « dans l'ombre tout un ensemble de relations et d'interactions entre parties prenantes »[1005] relègue l'État au rang de partie-prenante, au même titre que toutes les autres.

Conclusion intermédiaire

En conclusion, nous pouvons reprendre la distinction proposée par Max Weber[1006] entre institution (« communalisation ») et association (« sociation »), selon que l'adhésion des membres du groupe à la règle est imposée, pour la première (à l'instar de l'État) ou volontaire, pour la seconde (à l'instar du parti politique)[1007]. L'entreprise est par essence un projet associatif : les parties prenantes y adhèrent avec un certain degré de volonté, depuis les actionnaires jusqu'aux consommateurs en passant par les salariés ou les fournisseurs. Cependant, en développant sa nature institutionnelle, l'entreprise vient légitimer une emprise plus vaste de ses règles qui dépasse le seul rang des volontaires. Ainsi en est-il de toutes les entreprises dont la politique n'est pas librement choisie, soit qu'elles soient en situation de monopole sur un segment de leur activité, soit qu'elles soient en mesure d'imposer leurs règles.

Quelles conséquences peut-on tirer en termes d'imputation pénale d'une définition économique et politique de l'entreprise, qui relativise le critère juridico-positiviste ? Deux axes de responsabilité ont en effet été développés : celui de la reddition de comptes, et celui de la prise de décision : on dépasse ainsi le voile de la société pour celui de l'organisation, intrasociétale et intersociétale.

B. L'imputation renforcée de la responsabilité pénale à la personne morale

[1005] CAPRON et QUAIREL-LANOIZELEE, *RSE*, Repères 2016
[1006] WEBER Max, *Economie et société*, 1922
[1007] *Dictionnaire de sciences politiques*, article Institution, 2010

Devant la nécessité politico-criminelle de dépasser la responsabilité purement individuelle, le recours à la compliance permet de viser une porosité, un assouplissement des principes du pénal au nom de l'efficacité, mais en même temps de consolider la légitimité de l'imputation. Cette imputation se fait plus rigoureuse, dans le sens de plus de sévérité par son extension, mais aussi plus rigoureuse dans le sens de plus de rectitude par sa légitimation.

La doctrine s'accorde volontiers sur le caractère éminemment politique de la responsabilité pénale des personnes morales [1008]. Mais n'est-elle que cela, conformément à une appréhension positiviste de la personne morale par la théorie de la fictivité, ou bien peut-on considérer que la politique *découvre* la personne morale, ratifiant la théorie de la réalité de la personne morale ? On a vu que, notamment pour réconcilier pouvoir et responsabilité, le droit n'hésitait pas à saisir l'entreprise au-delà de sa nature strictement juridique. Ce faisant, le juge étaye la théorie de la réalité de la personne morale, et sert son autonomisation. Une telle autonomisation détacherait la responsabilité pénale de la personne morale de son origine politique et d'un fondement anthropomorphe devenu contre-productif.

La compliance se donne pour objet la reconnexion du pouvoir à la responsabilité, et se fait ainsi l'auxiliaire de l'imputation pénale. Mais l'ambiguïté fondamentale de cette recherche du lieu du pouvoir est ce profond paradoxe entre une personne morale, seule puissante, et une personne physique, seule potente.

1. L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales par la compliance

Encore une fois la compliance, comprise comme la manifestation de l'écart entre la prescription et son application, propose une analyse substantielle pour dépasser les catégories formelles lorsqu'il est besoin. La responsabilité pénale des personnes morales est étendue par un pragmatisme à la fois procédural et substantiel (a), permis par l'affranchissement enfin possible de son modèle naturel de personne physique (b).

a. La systématisation pragmatique de la responsabilité pénale des personnes morales

[1008] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.414

Le régime de responsabilité pénale des personnes morales français répond d'un grand pragmatisme, faute de souffrir une véritable théorisation. Là où la plupart de ses voisins ont opté pour une responsabilité administrative répressive, le législateur français a préféré s'établir sur le régime pénal, quitte à recourir ensuite à des processus administratifs. Le recours à la compliance permet ainsi d'étendre l'imputation de la responsabilité pénale des personnes morales face à deux phénomènes : l'augmentation de leur pouvoir et l'occultation de leur pouvoir.

i. Le pragmatisme substantiel de l'extension de responsabilité des personnes morales

Les trente années d'existence de la responsabilité pénale des personnes morales témoignent d'une élaboration particulièrement pragmatique, autorisant d'autant mieux le pragmatisme de son extension.

« *Societas delinquere non potest* » proclamait l'adage, contredit par la nécessité qui, à la faveur du nouveau Code pénal de 1992 importe la responsabilité pénale des personnes morales[1009]. Outre que d'un côté elle répond à la délinquance d'entreprise, et de l'autre évite que des cols blancs servent de boucs-émissaires, elle constitue un équilibre avec l'ouverture du marché unique cette même année 1992 : « un marché unique et sans frontières au sein de l'Europe qui exigeait des contrepoids en termes de contrôle des acteurs économiques, et de sanction de leurs agissements illicites »[1010]. Ces acteurs économiques, nous l'avons vu, ont connu une extension de leurs pouvoirs et même une « systématisation » qui justifiait d'autant l'élaboration d'un contrepouvoir à l'économie par l'engagement d'une responsabilité pénale.

L'autre dimension du « bac-à-sable » de la compliance pénale. Par le jeu de la compliance, les responsabilités « molles » de l'entreprise c'est-à-dire hors du champ pénal traditionnel peuvent constituer un puissant vecteur d'évolution de la responsabilité lorsqu'elles sont « dures » dans l'opinion publique. Certaines grands groupes servent alors de véritables repoussoirs pour l'opinion et de véritables leviers pour le droit. Par exemple, c'est l'association du droit de l'environnement à l'entreprise Total dans l'affaire Erika qui permet d'ouvrir une brèche dans le principe d'autonomie des sociétés, sur laquelle le droit pénal classique pourra ensuite prospérer. Si on peut d'un côté s'inquiéter de ce qu'une poignée d'entreprises puisse

[1009] Nous disons volontiers « importe » puisqu'elle est très largement inspirée des anglo-saxons.
[1010] MANACORDA Stefano Op.cit. p.27

être la cible de la société civile et d'un traitement judiciaire novateur, on peut de l'autre admettre que le droit ne fait que rattraper son impuissance accumulée vis-à-vis de certains acteurs.

Un entre-deux français. L'option française apparaît singulière dans ce paysage européen puisque les Allemands ou les Italiens lui ont préféré une responsabilité administrative, mais suffisamment répressive pour être qualifiée de quasi-pénale. Il est vrai cependant que dans le champ de la compliance, la construction d'outils comme la CJIP qui permettent finalement d'éviter tous les aspects pénaux d'une sanction, à commencer par la condamnation elle-même, tend à rapprocher les régimes. Cette porosité croissante de l'administratif au pénal que nourrit la compliance peut aussi s'observer institutionnellement dans le développement de la relation de binôme entre l'AFA et le PNF par exemple.

On peut justement considérer que c'est le droit répressif administratif, né de la régulation et aujourd'hui largement repris à son compte par la compliance, qui a amené en droit pénal classique la responsabilité pénale des personnes morales[1011]. Comme le rappelle le professeur Mayaud, c'est d'ailleurs initialement le Conseil de la concurrence et le CSA qui prononcent contre des sociétés et des associations des sanctions contraignantes, aux conséquences analogues à des sanctions pénales, par exemple, 310 millions de francs pour trois ententes en 1988[1012].

Pour autant, ce qu'on pourrait qualifier d'« administrativisation » de la responsabilité pénale, ne va pas dans le sens d'un adoucissement. Au contraire, on aurait tendance à légitimer par la nature administrative de la sanction son application purement objective. Reste que cette responsabilité pénale est particulièrement pragmatique, et détonnante au sein de l'ordre civiliste, notamment par rapport aux Allemands théoriciens. En remettre la stratification progressive entre les mains des praticiens et notamment du juge ne peut qu'alimenter son approche pragmatique.

Ce pragmatisme à l'anglo-saxonne rejoint donc la philosophie de la compliance qui apparaît bien moins étrangère à la responsabilité pénale des personnes morales qu'attendu. En fait, la rigueur théorique des Allemands dans leur rejet de la responsabilité pénale des personnes morales, suivie par l'Italie, est largement compensée par l'infliction de « mesures de sûreté » particulièrement coercitives[1013]. A tel point que ce spectacle européen qui réfute la

[1011] MAYAUD Yves, *op. cit.*p.414
[1012] Rapport d'activité Conseil de la Concurrence, 1989
[1013] OWIG paragraphe 30

responsabilité pénale pour l'engager para-pénalement via un administratif particulièrement sévère, peut légitimement être tenu comme « à la limite de l'hypocrisie »[1014].

ii. Le pragmatisme procédural de l'extension de responsabilité des personnes morales

Des organisations de plus en plus complexes. L'extension de l'imputation est une réponse à la dissolution du pouvoir dans les entreprises. C'est en effet avant tout la difficulté de prouver qui a créé cette étrange imputation. Or la compliance résulte justement de cette nécessité probatoire, d'où son introduction d'un outil comme la CJIP. En effet, les réseaux intra-organisationnels se compliquent, leur taille augmente, et dans le même temps le pouvoir s'y déconcentre et les fonctions s'horizontalisent. C'est en ce sens que l'arrêt de la chambre criminelle du 16 juin 2021, que nous tenons pour un tournant fondateur, souligne l' « organisation matricielle » du groupe Alcatel.

La nature économique et politique de l'entreprise ne concurrence pas sa nature juridique mais la complète dans le cadre de la responsabilité pénale des personnes morales qui cherche le lieu du pouvoir. C'est tout l'objet de la loi devoir de vigilance que de commander la transformation de la chaîne de valeur en chaîne de responsabilité, plutôt que de s'arrêter à la responsabilité statutairement établie.

Le concept de complicité apparaît particulièrement pratique dans le contexte d'une compliance qui appelle à la vigilance. La complicité par abstention prospère malgré le Code pénal, en faisant de l'inaction un acte positif d'assistance[1015]. Comme le souligne le professeur Conte, « le pouvoir d'arrêter non appliqué constitue l'acte ». La notion est d'autant plus efficace en droit pénal des affaires que le dol spécial n'y est pas nécessaire. Nul besoin de partager l'intention criminelle, ni même d'avoir l'intention de le faciliter, la connaissance suffit ![1016]
C'est d'ailleurs la logique suivie dans la CJIP JP Morgan[1017] : pour l'élément matériel, la fourniture de moyens, et pour l'élément moral la simple « conscience de l'existence d'un risque

[1014] « On est à la limite de l'hypocrisie quand on nie cette responsabilité et quand, dans le même temps, on crée de tels palliatifs » PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.188
[1015] Avec toute l'ambivalence du mot assister ; est-il transitif ou intransitif ?
[1016] Cass Crim 9 nov. 1992
[1017] CJIP JP Morgan, 2 septembre 2021

de remise en cause par l'administration fiscale sur la base de l'abus de droit » a suffi : la logique de compliance paraît pleinement consacrée.

En devenant les « seuls et vrais interlocuteurs » selon l'expression du Professeur Mayaud[1018], les grands groupes sont rendus responsables par le seul fait de la nécessité. Cette expression rend parfaitement compte de ce que les épaules des personnes physiques ne peuvent plus supporter la charge des infractions qui doivent être mises au compte des personnes morales. Si c'est évidemment la taille des infractions qui provoque ce déplacement de responsabilités vers les personnes morales, permettant de leur attribuer une « imputation sans commission », c'est également leur importante part non-intentionnelle. Le dernier alinéa de l'article 121-2 du Code pénal, en renvoyant à la loi Fauchon qui exclut de son régime protecteur la personne morale en rend bien compte : « la responsabilité pénale des personnes morales n'exclut pas celle des personnes physiques auteurs ou complices des mêmes faits, sous réserve des dispositions du quatrième alinéa de l'article 121-3 ».

On retrouve ici le double sens premier de la responsabilité, *responsus*, celui du Ier siècle avant J-C : le rapport de proportion, ainsi que celui du VIème siècle : le rapport d'évaluation[1019]. On pourrait presque dire, à rebours d'un Professeur Lombois déclarant « il faut un coupable responsable, un responsable ne suffit pas », qu'« il faut un coupable responsable, un coupable ne suffit pas », signifiant par-là que sans s'arrêter à la seule culpabilité, l'ordre public requiert une reddition de comptes, une explication.

b. L'affranchissement d'une personnalité anthropocentrée et anthropomorphique

Le droit pénal des affaires cultive un tropisme anthropomorphe consubstantiel à sa création, directement calquée sur le régime de la personne physique. A son opposé, la compliance est d'extraction sociétaire et systémique, ne connaissant qu'une responsabilité administrative objective. Les difficultés posées par cette personnification de l'entreprise sont régulièrement rappelées par la doctrine comme par la jurisprudence, de sorte que se sédimente une évolution, qui nous semble justement guidée par l'adoption progressive des mécanismes de

[1018] MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, PUF, 2021. p.414
[1019] Dictionnaire Félix Gaffiot

la compliance. Comme nous l'avons vu précédemment, la compliance adopte un raisonnement de droit des sociétés où l'effectivité est un critère de pertinence, et le communique à son bras armé pénal.

i. La désolidarisation de la personne morale et de ses personnes physiques

L'article 121-2 du Code pénal dispose que « les personnes morales, à l'exclusion de l'État sont responsables pénalement […] des infractions commises, pour leur compte, par leurs organes ou représentants ». Cette responsabilité par représentation enfonce un coin dans le principe de responsabilité personnelle, objet de l'article précédent : « Nul n'est responsable pénalement que de son propre fait ». Cette « fracture », selon l'expression d'Yves Mayaud[1020], fait abondamment réagir la doctrine depuis trente ans, actant comme on l'a vu que cette simplicité conceptuelle pragmatique laisse l'approche dogmatique sur sa faim. Nous voyons dans la partie suivante les conséquences que la compliance peut en tirer quant à un dédoublement de personnalités susceptible de causer un dédoublement de responsabilités. A ce stade, nous notons seulement la schizophrénie d'une imputation qui recourt par ricochet au « susbtratum humain » selon le mot de Donnedieu de Vabres, pour établir une intentionnalité dont la construction fictive de la personne morale serait dépourvue.

La responsabilité pénale de la personne morale est d'ailleurs autonome de celle de la personne physique qui avait pu être retenue pour la caractériser, de sorte que la relaxe du représentant n'entraîne pas nécessairement celle de la personne morale[1021].

Or, **la philosophie au fondement de la compliance pénale repose précisément sur cette dissociation de la responsabilité entre la personne morale et ses organes.** Le modèle typique consiste en effet à associer à une transaction pénale soldant les faits passés, un dispositif de conformité pour l'avenir. Les entreprises se présentent à la justice sous la philosophie du repentir, acté par une participation à l'établissement exhaustif des faits. Elles manifestent ainsi leur détournement de pratiques anciennes dues à un monde ancien et mettent en place un mécanisme de conformité qui empêcherait structurellement toute récidive. C'est en effet l'idée des législations qui adoptent ces transactions pénales que de considérer qu'elles soldent un passif qui n'est plus amené à se reproduire. Ce faisant, elles évitent le risque que nous avons pu

[1020] MAYAUD Yves, Op. cit. p.414
[1021] Crim 24 septembre 2019, n°18-85.348

soulever d'une instrumentalisation par les agents économiques des procédures transactionnelles où le prix payé pour la fraude serait une simple dépense d'investissement[1022]. De la même façon, les entreprises revendiquent au niveau microéconomique ce que la politique pénale des États réalise au niveau macroéconomique : se détourner de leur développement sauvage comme relevant d'un monde ancien, et recueillir le sceau de la conformité bourgeoise une fois leur croissance de croisière atteinte.

Pour établir cette mue qui justifie un traitement hors des tribunaux correctionnels, il est demandé aux entreprises de se défaire de leur management ancien, dès lors tenu responsable des erreurs de jeunesse. Ainsi, le changement d'équipe managériale est explicitement avancé par les nouvelles lignes directrices de la CJIP comme un des « critères témoignant de sa bonne foi », cette dernière constituant l'unique condition déterminant aux yeux du parquet l'opportunité de recourir à la CJIP[1023]. Le rapport préparatoire à la loi du 23 octobre 2018 sur la lutte contre la fraude précise que la CJIP est utile « lorsque les équipes de direction ont changé »[1024]. Courante chez les entreprises américaines à forte croissance, cette méthode du « born-again » est par exemple appliquée par Uber qui reconnaît volontiers l'emploi de méthodes douteuses, mais les confine à l'ère du management de son fondateur Travis Kalanick[1025]. Ainsi, alors que nous évoquions précédemment la multiplicité de personnes morales au sein d'une même entreprise, nous voyons ici émerger l'idée de deux entreprises pour la même personne morale, comme si l'intentionnalité de l'entreprise était contenue dans ses organes et représentants, similairement au mécanisme d'imputation de la responsabilité pénale.

L'exemple le plus flagrant de ce dédoublement au sein de la personnalité est sans doute celui de la « *golden clause* » introduite par les nouvelles lignes directrices de la CJIP[1026]. Elle prévoit que « à titre très exceptionnel, dans les cas où les faits revêtent un caractère systémique et où l'entreprise a démontré une coopération exemplaire dans l'identification des manquements », la convention signée puisse « porter effet sur les faits de même nature commis

[1022] Le FCPA Blog décompte aujourd'hui « 15 repeat FCPA offenders » sur les 246 entreprises poursuivies de ce chef, permettant désormais de douter que cette logique puisse tenir le long terme.
[1023] « Si, au-delà des critères matériels légaux, le PNF ne souhaite pas imposer de conditions a priori pour accéder à la CJIP, une coopération de bonne foi de la personne morale est en revanche requise. […] Au nombre des critères témoignant de sa bonne foi figure […] la modification éventuelle de son équipe managériale ». LD2 p.9
[1024] Rapport préparatoire de la commission des finances, n°1212, 2018, p.252
[1025] L'enquête interne sur le management de l'entreprise, menée par l'ancien procureur général Eric Holder débouche en 2017 sur les démissions du CEO fondateur et de son équipe rapprochée.
[1026] Cette expression officieuse est celle utilisée par les praticiens de la CJIP.

sur un territoire et une période données découverts ultérieurement »[1027]. Avec l'introduction d'une telle disposition en contrepartie d'une majoration substantielle de l'amende, le parquet entend amnistier l'entreprise qui lui présente des preuves flagrantes de sa bonne foi, pour l'entièreté de son passé. Cette absolution quasi sacramentelle, mais passée sous les radars des observateurs, illustre, dans les cas exceptionnels auxquels elle est réservée, ce passage de l'ancienne entreprise à la nouvelle entreprise.

ii. L'imputation au-delà de la personnalité

Les premières brèches sectorielles apportées à l'autonomie de la personne morale sont le fait d'atteintes à la concurrence et à l'écologie, secteurs au fondement de la logique de compliance et de son développement. L'arrêt CJCE Akzo Nobel du 10 septembre 2009 ouvre une première brèche en retenant « l'entité économique ayant commis l'infraction » pour circonscrire la personne sur laquelle la responsabilité repose. La société-mère détenant 100% du capital de sa fille est alors considérée comme exerçant une influence déterminante sur elle, et est donc tenue solidairement responsable de l'amende infligée.

Épousant parfaitement la logique de la compliance, l'arrêt *Erika* retient un engagement volontaire de l'entreprise pour engager sa responsabilité en matière écologique. Cet arrêt du 25 septembre 2012 enfonce un nouveau coin dans l'affranchissement de la personnalité en retenant la société mère Total responsable du délit de pollution maritime commis par le navire-citerne. Bien que tierce-partie au contrat liant son transporteur TTC à la société de location, Total voit sa responsabilité pénale retenue faute d'avoir « accompli les diligences normales qui lui incombaient », du fait de son engagement volontaire à réaliser un contrôle spécifique des navires par le système de contrôle technique de *vetting*.

Au-delà de ces deux exemples, il faudra la loi du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre pour entériner textuellement ce décloisonnement des responsabilités sous l'égide de la compliance. Si les dispositions

[1027] Nouvelles lignes directrices CJIP, p.24, 16 janvier 2023

prévoyant une amende civile ont été censurées par le Conseil constitutionnel, le dispositif de sanction subsiste via une mise en demeure et la saisine du juge civil[1028].

Dans le champ strictement pénal, c'est l'arrêt criminel du 25 novembre 2020 qui, développant un pur raisonnement de compliance, paraît porter l'estocade à la responsabilité pénale personnelle. Dans un revirement de jurisprudence très commenté, le juge avait considéré que, dans le cadre d'une fusion-absorption, la société absorbante pouvait être condamnée pénalement pour des faits commis avant l'opération par la société absorbée. La chambre criminelle y dénonce « l'assimilation de la situation d'une personne morale dissoute à celle d'une personne physique décédée », ajoutant que « cette approche anthropomorphique de l'opération de fusion-absorption doit être remise en cause, car […] elle est sans rapport avec la réalité économique »[1029].

Cette distinction nous apparaît typique de la compliance qui n'intéresse que les entreprises, là où le droit pénal n'intéresse que les personnes (qu'elles soient morales ou physiques). Ce parti pris est expressément assumé par la chambre qui précise se référer au critère de « la continuité économique et fonctionnelle de la personne morale » que le code de commerce a repris à la suite de l'arrêt Akzo Nobel évoqué. La doctrine s'inquiète de ce que, ce faisant, elle remette « en cause le particularisme et l'autonomie du droit pénal par rapport au droit commercial, en obligeant désormais le juge répressif […] à emprunter au droit de l'entreprises ses critères »[1030]. Cette perméabilité du pénal aux enjeux de l'entreprise nous paraît d'autant plus guidée par la compliance que le raisonnement est initialement fondé sur la décision CEDH du 24 octobre 2019, réalisé « en matière d'infractions administratives, relevant de la seule matière para-pénale », comme s'en inquiétait le rapport de l'avocat général Renaud Salomon, et sur l'observation de « l'état actuel du droit interne » et « la réalité économique »[1031].

Par suite, le mécanisme d'imputation suivi par l'arrêt s'affranchit totalement des principes pénaux[1032] pour embrasser la logique de la compliance. Les personnes morales justiciables reçoivent un traitement opposé au seul motif qu'elles sont SAS ou SARL[1033],

[1028] Décision 2017-750 du 23 mars 2017
[1029] Points 20 et 21 de l'arrêt
[1030] MATSOPOULOU Haritini commentaire in *RDS* 2021, p.115
[1031] Point 34 de l'arrêt
[1032] Qui auraient pu être préservés en convoquant la fraude à la loi, le recel et la complicité selon le Professeur Matsopoulou.
[1033] Puisque ces dernières n'entrent pas dans le champ d'application de la directive 78/855/CEE de 1978 qui fonde le traitement déployé par l'arrêt (point 35 de l'arrêt), contrevenant frontalement au principe d'égalité tiré de l'article 6 de la DDHC.

l'identification de l'organe ou représentant est passée par pertes et au profits, revenant « à imputer directement et objectivement ces crimes ou délits à une personne morale »[1034], et les peines imputables aux personnes morales sont réduites de la liste de l'article 131-39 du Code pénal à la peine d'amende, sur le modèle de la CJIP[1035].

La logique de la compliance pénale apparaît finalement explicitement adoubée par l'arrêt en son point 33 : « En outre, rien n'empêche la société absorbante de faire effectuer avant la fusion un audit détaillé de la situation économique et juridique de la société à absorber, pour obtenir, en plus des documents et des informations disponibles en vertu des dispositions législatives, une vue plus complète des obligations de cette société ». Ce faisant, la Cour paraît adouber par le biais de l'imputation une responsabilité pour défaut de prévention.

Ainsi apparaît-il que juges comme législateur aient progressivement incorporé des raisonnements étrangers au droit pénal pour apporter la matière de la réalité économique à la construction théorique de la responsabilité pénale des personnes morales. Ce faisant, la personne morale s'affranchit de son aîné physique, elle y gagne en effectivité mais pourrait perdre les protections qui pouvaient lui être associées[1036], ne conservant que celles attachées au strict respect de son activité[1037].

2. La relégitimation de la responsabilité pénale des personnes morales par la compliance

[1034] SAINT-PAU JC, commentaire *JCP* 2021 p.51

[1035] Les lignes directrices en font d'ailleurs un argument d'attractivité pour inciter les entreprises à l'autorévélation : « les peines complémentaires suivantes encourues devant le tribunal correctionnel ne peuvent être prévues ».

[1036] Par exemple, quid du droit à ne pas s'auto-incriminer ? L'arrêt Hale vs Henkel 1906 le dédit aux US.
La compliance ne cherche pas une réponse substantielle, contrairement au pénal : elle cherche une peine juste et une réintégration. Le droit à ne pas s'auto-incriminer, régulièrement opposé par les avocats en CJIP ne paraît pas avenu. Aucun matériau probatoire peut-être tiré d'un refus de coopérer à la manifestation de la vérité. Si la transaction pénale devait se poursuivre malgré ce défaut de coopération, il serait tenu compte de cette position de la personne morale, l'amende et le dispositif de conformité seraient aggravés. Mais ce, au même titre que pour une personne physique dont le droit à ne pas s'auto-incriminer est protégé. Si aucune infraction ne peut émerger de ce silence, ni en propre ni par déduction, il en est légitimement tenu compte pour la fixation de la peine individualisée. La CJIP s'aligne donc sur cette conception.
Le véritable droit à préserver c'est plus radicalement celui de se défendre.
« La personne morale doit être mise dans la condition de pouvoir se défendre, en apportant la preuve qu'elle est étrangère à l'infraction de la personne physique qui en est membre » : Antonio Fiorella soutient la personne mroale tout en admettant qu'elle ait *in fine* la charge de la preuve.
La CJIP s'épargne cette question fondamentale en qualifiant sans juger, avec un flottement à la fois sur l'incrimination (l'existence de l'infraction au moment des faits) et le niveau de preuve.

[1037] Selon Yves Mazaud, la personne morale n'est pas une personne comme les autres

En affranchissant la personne morale de l'anthropomorphisme qui commande son régime de responsabilité pénale, la compliance ne fait pas qu'étendre la responsabilité pénale en écornant les-uns après les autres les principes pénaux au prétexte de saisir une réalité économique dont le droit répressif peinerait à rendre compte. Elle permet plutôt, conformément à son rôle de manifestation des écarts entre la prescription juridique et la mise en œuvre réelle, de combler un fossé grandissant en conférant un fondement autonome à la responsabilité pénale de la personne morale.

Paradoxalement, ça n'est que détachée du modèle de la personne physique que lui imposait le positivisme, que l'entreprise peut être saisie comme une véritable personne, qui plus est une personne morale, et pas seulement légale.

Ainsi pouvons-nous considérer que la compliance cristallise les écarts de traitement entre la personne morale et la personne physique, et ce faisant autonomise la première de la seconde. Elle permet alors d'étayer la théorie de la réalité de la personne morale, en identifiant deux piliers au soutien d'une responsabilité pénale ainsi re-légitimée : une faute autonome (a) et une intentionnalité propre (b).

a. Le renforcement de la faute autonome par la faute organisationnelle

Pour dépasser l'« hypocrisie » d'une pénalisation administrative, la France retient une responsabilité indirecte de la personne morale, tirée de la personne physique. Mais ce moteur à deux-temps perd toute portée à l'échelle d'une grande entreprise où la responsabilité des individus est éclatée voire occultée, rendant ce système, théoriquement pertinent, pratiquement inopérant.

Or c'est justement ce pouvoir d'organisation de la personne morale, que nous avons pu considérer *supra* comme définissant l'entreprise[1038], qui pourrait fonder une responsabilité propre. D'un côté, le rapprochement que la compliance réalise avec les responsabilité administrative et civile qui connaissent depuis longtemps l'imputation directe pourrait aider son admission dans le droit pénal. De l'autre, l'imputation n'est pas détachable des considérations probatoires. C'est le double effet de dilution de la faute et de diffusion de la faute qui témoigne d'une responsabilité directe de la personne morale.

[1038] Thèse de VERNAC Stéphane, Antoine Lyon-Caen (dir.), 12 décembre 2012

i. Défaut d'une organisation suffisante à prévenir l'infraction

Bien que le code pénal dispose depuis 1994 le principe d'une responsabilité pénale par représentation pour les personnes morales, et que la chambre criminelle ait été attentive à censurer toutes les tentatives de contournement, un arrêt nous apparaît exemplaire de la logique que la compliance introduit dans le droit pénal de l'entreprise, et ce faisant assiérait une responsabilité pénale directe.

L'arrêt de la chambre criminelle du 9 mars 2010 retient la responsabilité pénale d'un hôpital à la suite du décès d'une patiente mis au compte de la « défaillance manifeste du service de l'accueil de l'hôpital ». Or, « la cour d'appel ne fait aucune référence à un organe ou représentant, sans encourir pour autant les foudres de la Cour de cassation »[1039] comme l'a relevé la doctrine, parlant d'« un pas de plus vers la responsabilité pénale directe des personnes morales ». Contrairement à son habitude, la chambre criminelle ne vient pas compléter la motivation des juges du fond en précisant que l'infraction est *nécessairement* commise par un organe ou représentant de l'hôpital.

Mais si cette omission de l'implication de toute personne physique nous paraît si décisive c'est parce qu'elle est l'exacte illustration des dispositifs de compliance. En effet, si la Cour n'a pas pu préciser d'organe ou de représentant, c'est parce que seuls les membres de la direction administrative de l'établissement pouvaient être retenus comme tels alors même que leur action était particulièrement distante causalement de la victime, celle-ci étant prise en charge par un corps médical qu'on ne pouvait véritablement tenir pour organe ou représentant. Or, c'est précisément cet hiatus entre le management et les opérationnels qui est au cœur de notre problématique. Si celui-là est le véritable responsable en édictant les normes de comportement, seuls ceux-ci sont susceptibles d'agir, dans une schizophrénie caractéristique des entreprises, d'autant plus patente lorsque les opérationnels ont une technicité qui les affranchit en partie de leur hiérarchie managériale. C'est ce qui amène l'AFA à contrôler particulièrement étroitement la transmission du « *tone from the top* » aux salariés opérationnels

[1039] MARECHAL Jean-Yves, Un pas de plus vers la Responsabilité pénale directe des personnes morales, *Recueil Dalloz* 2010 p.2135

(notamment par des entretiens), ceux-ci étant rendus bien plus naturellement destinataires des incitations commerciales que de la politique éthique[1040].

Ainsi, si ce modèle d'imputation directe à la personne morale apparaît plus facile dans un milieu médical habitué à la responsabilité administrative pour défaillance de service et aux fautes civiles d'organisation dans les cliniques, il nous semble que la compliance peut en étendre la logique bien au-delà. De la même façon, si cette incrimination sur le modèle du *Corporate Manslaughter* adopté par le Royaume-Uni en 2007 n'intéresse que les homicides involontaires, le champ particulièrement actif de la santé-sécurité pourrait trouver à développer le modèle[1041].

Selon Jacques Henri Robert, ce « système un peu magique [de responsabilité fondée sur la représentation plutôt que l'organisation] est radicalement contredit par la loi du 9 décembre 2016 »[1042]. Nous pouvons en effet considérer à sa suite que la loi Sapin 2 donne toute sa place à la faute organisationnelle dans le champ pénal par ses deux dispositions principales. L'obligation de mise en conformité prévue par l'article 17 définit point par point toute l'organisation de prévention des infractions qu'une entreprise devient tenue de mettre en œuvre[1043] et en fait une peine prévue par le code pénal en son article 131-39-2[1044], même si on peut regretter dans cette perspective que les manquements à cet article 17 fassent l'objet d'une sanction par l'AFA plutôt qu'une sanction pénale.

De la même façon, la CJIP consacre une logique de répression établie sur une faute de l'organisation elle-même. Elle est expressément personnifiée dans les lignes directrices : le recours à une CJIP « permet à l'entreprise de montrer sa détermination à rompre avec des pratiques antérieures, son adhésion à une résolution judicaire pour solder le passé et son engagement dans une démarche préventive renforcée »[1045], à égalité avec les personnes physiques : « le procureur de la République et la personne morale disposent d'un délai de trois

[1040] Par exemple, dans le questionnaire de contrôle AFA, la demande F4.2 : « Présenter la méthodologie spécifique à l'identification des risques de corruption, notamment par l'analyse documentée de l'ensemble des processus et activités de l'entité et la réalisation d'entretiens avec les managers et les opérationnels »
[1041] Nous l'avons vu supra au sujet de la distension du lien entre les faits incriminés et les décès observés, dont le jugement France Telecom offre un exemple, et que la cause environnementale développera.
[1042] ROBERT JH. *Le risque de corruption*, Dalloz p.152
[1043] Code de conduite, dispositif d'alerte, cartographie des risques, procédures d'évaluation des tiers, contrôles comptables, dispositif de formation, régime disciplinaire.
[1044] BOURSIER Marie-Emma, « Se conformer : l'obligation de prévention et de détection des risques de corruption » in *Le risque de Corruption*, Dalloz p.34,
[1045] Nouvelles lignes directrices de la CJIP, p.5

mois pour trouver un accord »[1046]. Si elles rappellent que les dirigeants peuvent être parallèlement poursuivis, l'engagement de leurs responsabilités est indépendant.

Il semble que par la compliance le mécanisme français puisse se rapprocher du mécanisme suisse, seul droit continental à prévoir une véritable responsabilité directe des personnes morales[1047]. C'est très précisément sur le terrain matériel de la compliance pénale que le droit suisse prévoit en l'article 102 alinéa 2 de son Code pénal un régime de responsabilité directe de l'entreprise, « indépendamment de la punissabilité des personnes physiques, s'il doit lui être reproché de ne pas avoir pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher une telle infraction »[1048]. La radicalité de cette imputation est en effet aussitôt tempérée par le champ limité des infractions concernées : l'organisation criminelle, le financement du terrorisme, le blanchiment d'argent et la corruption d'agent public[1049].

Si la doctrine française pourrait s'émouvoir à la suite de la doctrine suisse de ce que ces « mesures d'organisation raisonnables et nécessaires » constituent un « concept juridique indéterminé par excellence »[1050], l'ensemble des dispositions décrites par les administrations au premier rang desquels l'AFA devrait utilement permettre d'établir le standard attendu[1051].

ii. Défaut d'une organisation suffisante à identifier le responsable

La faute organisationnelle nous permettant de dégager une faute autonome de l'entreprise peut aussi être caractérisée par l'incapacité de l'entreprise à identifier les responsables d'un manquement.

En l'absence de possibilité d'identification, la faute organisationnelle pourrait être envisagée *ipso facto*, conformément à la responsabilité subsidiaire prévue à l'article 102 du Code pénal Suisse. Cela inciterait les entreprises à dessiner l'organigramme de leurs pouvoirs, les rendant ainsi conscientes des centres de décisions, nouvelle déclinaison de la responsabilité.

[1046] Dans le cadre d'une information judiciaire, LD2 p.7

[1047] Selon PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.195, le droit belge qui l'envisage la tempère aussitôt dans l'exposé des motifs en demandant au juge de tenir compte du comportement des dirigeants pour la retenir (loi du 4 mai 1999).

[1048] La filiale suisse d'Alstom a été la première à en faire les frais.

[1049] Articles 260ter, 260^{quinquies}, 305bis, 322ter, 322^{quinquies}, 322^{septies}.

[1050] PERRIN Bertrand, la responsabilité pénale de l'entreprise en droit suisse, in *Corporate criminal liability*, Springer 2011, p.212

[1051] On pense notamment aux 87 pages de recommandations de l'AFA et à la douzaine de guides thématiques

L'arrêt de la chambre criminelle du 16 juin 2021 offre une très belle illustration de cette collégialité qui « n'avait d'autre but que de diluer les responsabilités »[1052], alors même selon les juges que cette collégialité affichait justement une prétention au gage de transparence ! Mais la Cour a utilement retenu que l'organisation matricielle comme superposition d'une hiérarchie de droit et de fait, « ignorait les structures juridiques ».

Ainsi, les 13 signatures des cadres d'Alstom qui paraphaient le fameux contrat indonésien ayant fait tomber Frédéric Pierucci ne seraient pas tant un signe de responsabilité des dirigeants concernés, que celui d'un défaut d'organisation, voire d'une organisation délibérée établie en vue de dissoudre la responsabilité.

Or, le récent jugement France Telecom témoigne de ce que le juge n'est pas rétif à établir une responsabilité sur le seul défaut d'organisation. « Le harcèlement moral peut avoir ses racines profondes dans l'organisation du travail et dans les formes de management »[1053], dira-t-il, avant de retenir un harcèlement institutionnel, que nous pourrions tenir comme l'émergence d'un délit organisationnel autonome.

Finalement, par l'effet de la compliance l'absence d'identification (délibérée ou non) d'un organe agissant ne causerait pas tant une dilution de la responsabilité pénale de l'entreprise, qu'une diffusion de la responsabilité pénale dans voire à l'entreprise, la rendant d'autant plus directement responsable. Toute la limite de ce renforcement de la faute organisationnelle réside dans le respect du pouvoir général d'organisation dont doit résolument disposer le dirigeant. C'est donc le recours à la notion de culture qui doit permettre de dépasser cette opposition.

b. Le renforcement d'une faute directe et subjective par la culture d'entreprise

L'ambiguïté au fondement des personnes morales est manifestée par l'écart entre la dénégation de toute intention personnelle et l'admission unanime d'une personnalité juridique, pourtant elle-même largement définie comme « une volonté propre »[1054].

[1052] Crim 16 juin 21, n°20-83.098, paragraphe 10
[1053] Jugement du 20 décembre 2019, la 31ème chambre, cité par Julien MUCCHIELLI, 20 décembre 2019, Dalloz actualités
[1054] COZIAN, DEBOISSY, VIANDIER, Droits des sociétés, 34ème edition, LexisNexis, 2021, p. 110

Il semble que la compliance nous permette désormais de répondre à la déclaration du pénaliste belge J.J Hauss en 1879 « Les personnes morales ne peuvent être coupable puisque leur volonté fait défaut »[1055]. Si nous avons vu combien la compliance poussait le rôle de l'organisation dans l'élaboration d'une faute autonome, les mécanismes de la compliance semblent également nourrir une intentionnalité permettant d'établir une faute directe voire subjective de la personne morale.

Cette volonté propre peut être approchée par la notion de culture, largement galvaudée pour des besoins marketing, que la compliance nous permet au contraire de rationnaliser pour la rendre opposable.

i. L'élément moral chez la personne morale

Y a-t-il jamais dans le droit pénal général une parfaite décision prise délibérément en pleine intentionnalité dans un monde parfaitement libre ? Le moindre délinquant n'est-il pas en immense part le produit d'un ensemble de facteurs dont le crime est finalement le résultat ? Dès lors pourquoi persister à distinguer essentiellement sur ce plan de la volonté délibérée, du libre-arbitre, la personne physique de la personne morale ?

Il nous semble qu'il soit possible de trouver un élément moral dans la personne morale-même, sans recourir au ricochet de la représentation.

On suit ainsi volontiers le professeur Emmanuel Dreyer dans son invitation à ne plus tenir la double-condition de l'article 121-2 du code pénal comme une imputation, mais comme une imputabilité[1056], c'est-à-dire non plus un critère objectif de causalité relié à l'auteur ou au complice, mais une aptitude subjective signe d'une volonté suffisante pour se voir imputer l'infraction. Dès lors, convoquer le critère de l'intervention d'un organe ne manifesterait pas une exécution matérielle, mais bien une « expression de la volonté propre du groupement », rendu capable d'une infraction personnelle, conformément à l'article 121-1. Ce renversement de la charge de la preuve auquel nous sommes invités, dans lequel il reviendrait à l'entreprise de prouver qu'aucun organe ne l'a représentée dans ce manquement et donc qu'il n'est pas imputable à sa volonté rationnelle, nous paraît appuyer la réalité de la personnalité morale. Il

[1055] Dans ses principes généraux de droit belge, cité par Jean PRADEL, Op. cit. p. 182
[1056] Responsabilité pénale des personnes morales : question d'imputation ou d'imputabilité ?, *Gazette du Palais*, 2015, n°305, p.24

ne s'agit plus d'attribuer à l'entreprise des infractions commises par un tiers chaque fois que les deux conditions d'imputation sont remplies, mais plutôt de considérer la réunion de ces deux conditions comme des preuves de son libre-arbitre, donc de sa responsabilité propre.

La charge reviendrait donc à la personne morale de prouver que l'acte est commis par un « *rogue employee* » qui n'a pas respecté la volonté de la personne morale, ou bien qu'il est commis contre son intérêt et ne saurait donc être rationnel de sa part. Or, les mécanismes de compliance servent cette logique. Côté critère de représentation, la compliance est focalisée sur l'expression d'un organigramme clair, qui permet de faire plus facilement la part des choses entre le délinquant autonome et le représentant. Côté critère d'intérêt, la compliance augmente l'exposition de l'entreprise donc diminue l'intérêt qu'elle peut trouver au manquement, tout en matérialisant des garde-fous qui devront être franchis par le *rogue employee*. Dès lors, s'il a dû violer un dispositif interne pour commettre son méfait, il fait de l'entreprise une victime de l'acte avant tout.

Le doyen des juges d'instruction financiers Serge Tournaire estime qu'« en France il n'y a pour ainsi dire pas de rétrocommission, les dirigeants revendiquent la corruption pour le compte de l'entreprise : et en effet, il n'y a pas d'enrichissement personnel à l'exclusion de quelques primes indirectes »[1057]. Dès lors, et du dire même du juge le plus au fait de ces sujets, les infractions commises par les dirigeants seraient quasi systématiquement perpétrées pour le compte de la personne morale.

La fin du ricochet par l'arrêt du 21 juin 2022. L'arrêt du 21 juin 2022[1058] nous semble ainsi marquer un cap dans la caractérisation d'une intentionnalité propre de la personne morale. En effet, c'est la nécessité de caractériser une volonté qui avait rendu nécessaire l'identification d'un organe ou représentant dans l'application de la responsabilité pénale aux personnes morales. Or dans cette affaire de blessures involontaires et d'infraction aux réglementations sur l'hygiène et la sécurité des travailleurs, la chambre criminelle valide l'interprétation de la Cour d'appel de Paris qui, ayant identifié la société mère comme présidente de la société fille, retient la responsabilité pénale de cette dernière, sans à aucun moment n'envisager de personne physique. Dès lors, en retenant comme organe nécessaire à l'application de l'article 121-1 la société-présidente, la chambre criminelle admet considérer que cette intentionnalité que le législateur avait souhaité y nicher peut être pleinement incarnée par une personne morale.

[1057] Formation ENM « Grande délinquance économique : techniques et stratégies d'enquête », novembre et décembre 2022, S. TOURNAIRE et S. de LA TOUANNE
[1058] Crim 21 juin 2022 n°20-86.857

On remarquera à ce titre que les CJIP (qui participent beaucoup à la personnification des entreprises comme nous le verrons) ne jugent jamais nécessaire d'évoquer une éventuelle faute de l'organe ou du représentant. Cela ne peut qu'appuyer l'effet de la compliance dans sa participation à l'autonomisation de la responsabilité pénale de la personne morale.

ii. La culture d'entreprise trahissant une intention propre

Loin d'être une notion évanescente réservée aux « chief happiness officers », la culture d'entreprise nous semble au fondement de la compliance pénale. Nous avons pu considérer l'entreprise comme une institution ; or Durkheim et ses héritiers ont précisément défini l'institution comme des manières de faire, de sentir et de penser « cristallisées », générant une véritable culture faite de règles intériorisées[1059].

Le livre 9-28 du DOJ Justice Manual fait systématiquement référence à la culture d'entreprise :

- Au sujet de l'efficacité de la simple mise en cause d'une entreprise sur son changement de conduite : *"indicting corporations for wrongdoing enables the government to be a force for positive change of corporate culture"* (9-28.200 A) *"A corporate indictement may result in specific deterrence by changing the culture of the indicted corporation*" (9-28.200 B);
- Au sujet des facteurs permettant au procureur de distinguer la responsabilité des personnes physiques de celle, directement liée, de la personne morale : *"Of these factors, the most important is the role and conduct of management. Although acts of even low-level employees may result in criminal liability, a corporation is directed by its management and management is responsible for a corporate culture in which criminal conduct is either discouraged or tacitly encouraged"*. (9-28.500 B)
- Au sujet enfin du « passif » de l'entreprise, pouvant trahir une persistance dans les violations, là où *"a corporation ; like a natural person, is expected to learn from its mistakes. A history of similar misconduct may be probative a corporate culture that encourages, or at least condone such misdeeds, regardless of any compliance program"* (9-28.600 B)[1060].

[1059] Dictionnaire de sciences politiques, article Institution, ALCAUD David et alii, 2e édition 2010, Sirey
[1060] Cette dernière référence entretient une certaine ambiguïté sur le point de savoir si « regardless » se rapporte à « encourages » ou à « probative », c'est-à-dire, si l'encouragement des méfaits se perpétue quel que soit le niveau

De la même façon, les lignes directrices de la CJIP tiennent grand compte de l'historique des condamnations de l'entreprise, même hors du champ pénal, comme témoignant d'une certaine attitude envers l'intérêt public tel que conçu par le droit, voire d'une pratique commerciale habituelle[1061] : cet historique peut causer une majoration de 20% du montant de l'amende[1062]. Les lignes directrices du DPA britanniques dont elles assument s'être inspirées tiennent aussi compte de celles concernant le top-management de l'entreprise et ses actionnaires majoritaires. Ainsi la notion de culture, plus souple que l'autonomie juridique, vient appréhender presque au sens bourdieusien de l'habitus un « système de dispositions réglées »[1063], éclairant sur la situation réelle de l'entreprise en cause.

L'arrêt du 16 juin 2021 : diffus certes (alors que la Cour de cassation refusait il y a peu) mais la régularité trahit une position de l'entreprise, quand bien même ça n'est pas en son nom : *« La multiplication de paiements illicites dans des zones géographiques différentes, ne saurait être uniquement le résultat de la collusion de deux salariés, mais constitue l'expression d'une politique du groupe, déterminée par la société par la mise en place d'une organisation complexe, laquelle, pour les contrats d'agents, sous couvert de transparence et de collégialité, en prévoyant une multitude de documents et une pluralité d'intervenants, n'avait d'autre but que de diluer les responsabilités ».* Le terme de « systématique » recoupe ainsi ses deux acceptions : la fréquence des occurrences trahit le poids du système dans les manquements.

L'ambition de la compliance pénale, apparaît ainsi de saisir le for interne de l'entreprise, qui ne se manifeste que lors de l'infraction, ou alors dans les mesures formelles. Pour ne pas en rester là, il nous faut donc, à la suite de David Hess[1064], rechercher des routines informelles et la perception des employés pour obtenir une idée du « climat éthique »[1065], que nous pourrions

de conformité affiché, ou si ces méfaits rendent caduque aux yeux de l'autorité tout argument quant au niveau de conformité.

[1061] *DPA Code of Practice UK,* paragraphe 2.8.1.i.

[1062] « historique judiciaire, fiscal ou régulatoire : facteur majorant de 20% » Lignes directrices CJIP v.2 p.16

[1063] BOURDIEU Pierre, *Le Sens pratique*, Les Editions de minuit, 1980, p. 88

[1064] HESS David, Ethical infrastructures and evidence-based corporate compliance and ethics programs : policy implications from the empirical evidence, NYU Journal of Law and business, déc. 2015

[1065] FASTERLING Bjorn, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Rev. Int. Droit Econ.*, t. XXX, De Boeck Supérieur, 2016. p.232

tenir comme le for interne ou la conscience de l'entreprise, voire comme nous verrons *infra*, comme la réputation interne de l'entreprise.

Nous pouvons considérer que la fraude est beaucoup moins un acte délibéré qu'un processus progressif : c'est la rencontre d'une éthique de travail (ou d'agressivité) et de circonstances de marché, comme exposé par D. Langevoort au sujet de Enron[1066], ou plus près de nous Sébastien Fiaux au sujet de Wirecard. Cela reflète clairement l'approche par « continuum de l'infraction » que nous évoquions au chapitre précédent.

D'où l'importance fondamentale de la formation dispensée aux salariés[1067], comme témoignage de l'énergie consacrée par l'entreprise à établir une intentionnalité partagée raisonnée. Si la position de l'entreprise est claire, impossible de s'en recommander pour perpétrer une infraction. C'est le sens du *rogue employee* que nous exposons *infra*. A ce titre, les commentateurs de l'affaire Volkswagen soulignent le « manque de transparence de la culture d'entreprise [qui] résulte à la fois de l'esprit de clan des familles Piech-Porsche et du style de management autoritaire des directeurs Nordhoff et Winterkorn », et soulignent « l'évidente complicité entre la direction de l'entreprise et des responsables syndicaux étroitement associés à la gestion de la société. »[1068] Le mandat du monitor américain Larry Thomson est ainsi certes d'encadrer les changements structurels de l'entreprise, mais aussi et surtout de « s'opposer au style autoritaire du management », donc de changer la culture de l'entreprise elle-même. L'ex-Secrétaire d'État à la recherche et ex-DRH de grands groupes allemands décrivait ainsi la culture d'entreprise de VW « les porteurs de mauvaises nouvelles sont guillotinés, même s'ils ne sont pas responsables »[1069]. Le choix des mots est éloquent, puisqu'il traduit justement une culture d'entreprise fondée sur l'irresponsabilité, au sens propre[1070].

La page 100 du jugement France Télécom rend bien compte de l'écart entre la liberté organisationnelle dont doit résolument disposer le dirigeant, et une culture d'entreprise qu'on ne saurait mettre sur ce compte : « S'il peut exister des souffrances liées à des déséquilibres ou désajustements de l'organisation, doivent être réprimées les politiques pathogènes se

[1066] LANGEVOORT Donald C., « Opening the Black Box of "Corporate Culture" in Law and Economics », *J. Institutional Theor. Econ. JITE Z. Für Gesamte Staatswiss.*, 162, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2006.
[1067] Point 6 de l'article 17 de la loi Sapin 2, auquel l'AFA accorde une vigilance toute particulière comme vu précédemment.
[1068] SCHUMACHER Aloïs, Le Dieselgate, une histoire sans fin ? dans Allemagne d'aujourd'hui, 2019/1 p.81, rapportant notamment les propos de l'émission Thema sur Arte, 18 septembre 2018, « Volkswagen, heurs et malheurs d'un géant de l'automobile ».
[1069] Berliner Morgenpost, 21 septembre 2015, rapporté par Thomas REVERDY in *Antimanuel de management de projet* p.120
[1070] Autre choix des mots opportun trahissant une irresponsabilité, celui de « Dieselgate » en lieu et place de « Volkswagate », comme nous l'analysons infra en 4.1.B.2.b.3.

caractérisant par une forme de déconsidération systématique d'un ou des membres de la collectivité des salariés »[1071].

A plusieurs occasions la chambre criminelle s'est laissée aller à considérer la politique commerciale ou la stratégie commerciale comme suffisantes à rendre compte d'une volonté propre de l'entreprise, qui dispensait le juge d'identifier les organes ou représentants, comme dans l'arrêt du 25 juin 2008 : « s'inscrivent dans le cadre de la politique commerciale des sociétés en cause et ne peuvent, dès lors, avoir été commises, pour le compte des sociétés, que par leurs organes ou représentants »[1072]. Si elle est heureusement revenue à une conception plus stricte, nous suivons son intuition première qui nous paraît être servie par la notion de culture d'entreprise. La difficulté reste bien sûr de l'objectiver, mais c'est tout l'intérêt des outils de la conformité que d'y contribuer.

Conclusion de la section :

On aura compris notre scepticisme à voir l'entreprise reposer sur des valeurs (éthiques) plutôt que sur la valeur (économique). Qui nierait que l'honneur ne fasse partie des valeurs les plus importantes ? C'est pourtant celle au fondement-même de l'organisation mafieuse, ce qui la disqualifie comme fondement d'une organisation saine. Nous lui préférons donc, voire lui opposons, le concept de responsabilité.

L'émergence de cette volonté propre de la personne morale nous paraît également décisive en ce qu'elle établit une différence de nature avec une intelligence artificielle qui commençait à revendiquer la personnalité des robots par mimétisme avec la personne morale.

Faire émerger une intentionnalité propre à l'entreprise c'est l'autonomiser de celle des personnes physiques, permettant donc de diminuer d'autant la responsabilité de personnes physiques prises passivement dans une action dont la personne morale serait redevable en propre. C'est la position retenue par l'arrêt de cour d'appel dans l'affaire Alcatel-Lucent évoquée qui s'achève par ces mots relaxant les prévenus personnes physiques : « Au regard de l'organisation complexe mise en place par la société ALCATEL SA […] ainsi qu'en témoigne l'attitude purement passive dans l'exercice de leurs missions […] les affirmations selon

[1071] Jugement FT p.100 cité par Rachel SAADA in Du service public au harcèlement moral, comment une politique d'entreprise peut devenir un délit, revue *Travailler*, 2021 p.75.
[1072] Cour de cassation, Chambre criminelle, 25 juin 2008, 07-80.261

lesquelles tout le monde savait et que les deux prévenus ne pouvaient pas ignorer que les sommes versées sous couvert de contrat de consultant étaient destinées à des paiements illicites, ne sauraient être suffisantes ».

L'anthropomorphisme de la responsabilité pénale de la personne morale a vécu, à en juger par sa prise de distance envers les personnes physiques qui fondent sa faute selon l'article 121-2 et par la transmission de la responsabilité lors de fusions-absorptions. Déceler une faute directe et son intentionnalité propre dans la personne morale ne nous paraît nullement relever de l'anthropomorphisme dénoncé[1073] mais plutôt d'une personnification, qui n'a rien de plus naturel en matière de personnalité juridique. Les lignes directrices de la CJIP ne font pas autre chose en proposant de nombreux critères pour évaluer la bonne foi de la personne morale. Il ne s'agit pas seulement d'individualiser la peine conformément au principe général, mais bien de personnaliser, au sens plein du mot.

[1073] WESTER-OUISSE Véronique, Dérives anthropomorphiques de la personnalité morale : ascendances et influences », JCP 2009, n°16, p.12

Section 2. L'articulation de la responsabilité pénale de la personne morale à celle du dirigeant

Les mots de la Deputy attorney general Lisa Monaco dressent le décor : "let me start with our top priority for corporate criminal enforcement : going after individuals who commit and profit for corporate crime"[1074].

Nous avons pu établir combien la compliance permettait d'étayer la théorie de la réalité de la personne morale, désormais tenue de répondre directement de fautes personnelles manifestées à la fois par son organisation et par sa culture. Une double prise de distance envers les personnes physiques y préside, celle d'une rupture avec l'anthropomorphisme originel de son régime de responsabilité pénale (perpétué par sa définition sociale comme entreprise citoyenne), et celle de l'altération de l'identification des dirigeants dans le cadre du régime de l'article 121-2. Pour autant, comme en témoigne les formulations de la loi Sapin 2, les dirigeants sont loin d'être exclus de ces infractions et outils systémiques : ils « demeurent responsables en tant que personnes physiques »[1075].

Ce faisant, il nous faut résolument considérer le sort réservé aux dirigeants par le prisme de la compliance pénale. Sont-ils les « bénéficiaires ultimes » de la mutation de la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance, ou au contraire les boucs émissaires d'un paradigme pensé pour et par les grandes entreprises ? Dans un cas comme dans l'autre, le droit pénal, nourrissant une méfiance traditionnelle à l'endroit du management qu'il conçoit comme un mode organisationnel concurrent, pourra apporter son tempérament.

A. L'extension de la responsabilité pénale du dirigeant par la compliance

Il est intéressant de constater une certaine réticence voire une véritable méfiance traditionnelle du droit à l'égard du management, mode organisationnel concurrent de l'ordre juridique[1076].

[1074] MONACO Lisa, Deputy Attorney General, Remarks on corporate criminal enforcement, 15 septembre 2022, www.justice.gov
[1075] Formulation telle que retenue par le dernier alinéa du I de l'article 41-1-2 du code de procédure pénale, disposant le régime de la CJIP, et telle qu'étudiée infra.
[1076] SUPIOT Alain, Chapitre 2, *L'entreprise dans un monde sans frontières*

C'est à un double titre que la compliance renforce la responsabilité pénale des dirigeants. D'abord comme organe ou représentant de la personne morale dont la responsabilité pénale a été étendue (1). Mais également en propre par l'extension de sa responsabilité personnelle (2). On peut alors s'interroger sur la véritable pertinence de ce distinguo, et s'enquérir de ce que la responsabilité de la personne morale établie par représentation ne retienne par construction systématiquement la faute du dirigeant : « qu'on le veuille ou non, les personnes physiques ont vocation à être toujours responsables, et les personnes morales à l'être au gré d'appréciations difficilement vérifiables »[1077].

Cette extension est d'autant plus décisive que l'articulation de la responsabilité pénale de la personne morale à celle de son dirigeant organe ou représentant n'est que très imparfaitement établie par la théorie, de sorte que l'engagement de la responsabilité du second lorsqu'est engagée celle de la première répond essentiellement du principe d'opportunité des poursuites à la main du ministère public. Cela fait dire assez justement au professeur Michel Germain : « les dirigeants apprennent ce qu'il ne faut pas faire dans les décisions des juges »[1078].

Pour autant, et contrairement à une conception purement régulatoire aujourd'hui dépassée, la compliance repose sur l'identification des individualités, celle de la nature des clients et de l'identité des bénéficiaires ultimes bien sûr, mais avant tout celle du dirigeant[1079].

1. Extension de la définition du dirigeant pour atteindre la responsabilité de la personne morale

Son identification est d'importance puisqu'il incarne au sens propre le pouvoir, permettant d'analyser la notion de responsabilité.

C'est en la matière que le rôle de l'autorité de poursuite est le plus fort tant le législateur a laissé entre les mains des juridictions le soin de définir et d'articuler les responsabilités. Si cela peut apparaître opportun pour piloter une politique criminelle attentive au sort des grandes

[1077] MAYAUD Yves, L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personne physique, une logique d'artifices, AJ Pénal 2018, p.546
[1078] DEXANT DE BAILLIENCOURT O. et LAPEROU B., avant-propos à *Les responsabilités du dirigeant de société*, mars 2018, Dalloz
[1079] FRISON-ROCHE Marie-Anne, Compliance et personnalité, Recueil Dalloz 2019, p.604

entreprises comme des dirigeants, notamment dans un contexte de guerre économique, les hésitations du juge sur l'identification du dirigeant rendent bien compte de la nécessité d'une solution issue du législateur.

Un responsable qui répond, c'est précisément ce que demande chaque règlement européen en demandant la nomination d'un point de contact unique, à l'instar du DPO. Il semblerait donc que la compliance veuille identifier des responsables thématiques dans l'entreprise.

a. Du dirigeant de droit au dirigeant de fait

Ne retenir que le dirigeant de droit pour établir la responsabilité pénale de la personne morale aurait l'avantage de la simplicité, mais éloignerait du réel et permettrait de s'exonérer facilement de toute responsabilité en construisant une hiérarchie officieuse parallèle. La compliance tente d'organiser ce dépassement.

i. L'élargissement du critère « organe ou représentant »

A la suite de Gabriel Roujou de Boubée, on peut rappeler que « les organes sont de manière générale les personnes chargées par la loi et les statuts d'administrer et de gérer la personne morale, c'est-à-dire de participer au processus d'élaboration de la volonté de la personne morale, et ensuite de présider à l'exécution de la décision ainsi prise ; quant aux représentants ce sont plutôt des personnes chargées des rapports de la personne morale avec les tiers »[1080].

L'expression de l'article 121-2 « organe ou représentant » nous semblait permettre une alternative claire entre l'organe qui certes recouvre un groupe mais qui est déterminé statutairement, et le représentant qui peut être défini sur une simple constatation de fait mais qui reste incarné individuellement ; donc le texte introduit déjà lui-même un constat factuel au lieu de s'en tenir au seul droit positif. Toutefois, si cet équilibre a pu initialement guider la rédaction de l'article, le juge a eu tôt fait d'étendre largement le double concept.

[1080] ROUJOU DE BOUBEE Gabriel, La responsabilité pénale des personnes morales, Une certaine idée du droit, Litec 2004, p.539

On a vu progressivement être reconnus comme organe ou représentant, un organe collectif non prévu par le code de commerce comme le Comex[1081], le représentant de fait[1082], le salarié titulaire d'une délégation[1083] (puis d'une subdélégation) de pouvoirs en matière d'hygiène et de sécurité, puis quel que soit l'objet de la délégation, et désormais des délégataires de fait[1084]. On remarque dans ce dernier arrêt qui s'affranchit de l'impossibilité de caractériser une délégation implicite que les faits relèvent du champ de la compliance, s'agissant de salariés chargés de la détection d'opérations bancaires suspectes.

Ainsi pouvons-nous constater, et au-delà même de ce dernier cas d'absence de délégation expresse, combien est grande la place que tient l'organisation dans la caractérisation de la responsabilité pénale, permettant de retenir le « fait » plutôt que le « droit » pour chacun des organes, représentant et délégataire, dans une casuistique opportune que regrette régulièrement la doctrine[1085]. C'est le cas notamment de ce fameux arrêt Alcatel-Lucent du 16 juin 2021 où les juges retiennent la faute de trois salariés de filiales pour caractériser l'infraction de la société-mère, en arguant à la fois d'une organisation transversale et des missions qui leur étaient confiées. De la sorte, les juges justifient en même temps l'imputation par ricochet et l'absence de lien juridique et de délégations de pouvoirs avec la société-mère[1086].

On peut, comme évoqué supra quant aux présomptions, regretter le temps où les juges pouvaient se contenter de présumer la commission par un organe ou représentant, avant que la chambre criminelle ne fasse volte-face pour revenir à une identification stricte[1087]. Désormais, et par une fidélité qui nous semble excessive à la lettre de l'article 121-2, le juge doit trouver une autre façon de donner toute sa portée à la responsabilité des personnes morales. Il le fait, comme illustré encore par l'arrêt Alcatel-Lucent, en recherchant à tout prix des organes et représentants, fussent-ils loin de l'être en droit. Dès lors de simples salariés se retrouvent investis par le juge de la qualité de représentant de fait, afin d'engager la responsabilité pénale

[1081] Crim 14 mars 2018, n°16-82.117
[1082] Crim 11 juillet 2017, n°16-86.092
[1083] Crim 25 mars 2014, n°13-80.376
[1084] Crim 13 octobre 2021, n°19-87.424
[1085] J. LASSERRE CAPDEVILLE : « On regrettera le fait que la jurisprudence demeure ambiguë sur cette recherche d'une délégation de fait, puisque la Cour de cassation semble la déduire à son gré des pouvoirs et des moyens de la personne qui a agi pour le compte de la société », la notion d'organe ou de représentant de la personne morale, AJ Pénal 2018, p.550
[1086] CONTE Philippe, Commentaires, DP n°9, Septembre 2021, Lexis
[1087] On pense aux arrêts de 2006 et 2007 (Crim 20 juin 2006, n° 05-85.255), avant que ceux de 2011 et 2012 (Crim 11 octobre 2011, n°10-87.212 et Crim 11 avril 2012, n°10-86.974) reviennent à une lecture stricte, qui nous paraît préjudiciable.

de la personne morale, charge dont ils ne se trouvent titulaires qu'en vertu de la rencontre entre une organisation complexe et une inexistence de la responsabilité directe des personnes morales[1088].

ii. La définition du dirigeant

« S'il peut parfois être affirmé que le droit pénal anime l'ensemble du droit des sociétés, il s'en départit pourtant lorsque vient le temps de l'identification du dirigeant », constate déjà Ludivine Grégoire.[1089]

La terminologie employée par le droit pour désigner le dirigeant est particulièrement fournie entre les employeurs, les directeurs, les membres du directoire, les chefs d'établissement ou d'entreprise, les gérants, les présidents, ou plus radicalement « les représentants légaux de la personne morale ».

La dénomination-même de « dirigeant » peut solliciter le passage du dirigeant de droit au dirigeant de fait, puisqu'en participe substantivé il repose sur la description d'une action observée. L'expression « dirigeant de droit ou de fait » est d'ailleurs présente à plusieurs reprises dans le code pénal[1090].

L'AFA fait reposer l'entièreté de la charge du dispositif de conformité sur les « instances dirigeantes », dont l'expression est reprise pas moins de quinze fois dans ses recommandations publiées au Journal officiel[1091].

Il faudra pourtant attendre la loi du 24 décembre 2021 « visant à accélérer l'égalité économique et professionnelle »[1092], pour que soit enfin définie la notion d'instance dirigeante, codifiée à l'article L23-12-1 du Code de commerce : « est considérée comme instance dirigeante toute instance mise en place au sein de la société, par tout acte ou toute pratique

[1088] Comment engager la responsabilité pénale d'une personne morale pour corruption active d'agents publics étrangers ?, *La semaine juridique*, juillet 2021, Lexis
[1089] DEXANT DE BAILLIENCOURT O. et LAPEROU B. L'identification du dirigeant, in *Les responsabilités du dirigeant de société,* Dalloz 2018
[1090] Entre autres, article 314-2 sur l'abus de confiance, 314-7 sur l'organisation frauduleuse d'insolvabilité, article 433-18 sur l'usage irrégulier de qualité.
[1091] Avis relatif aux recommandations de l'AFA destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme, JORF du 22 décembre 2017
[1092] Loi n°2021-1774, en son article 14 (V).

sociétaire, aux fins d'assister régulièrement les organes chargés de la direction générale dans l'exercice de leurs missions ».

Enfin, le dirigeant peut être une personne morale, et cela est précieux à notre analyse, comme vu *supra* avec l'arrêt du 24 juin 2022.

b. L'équivocité opportune des termes sous l'angle de la compliance

Les éclaire-t-elle ou les entremêle-t-elle ? En dédoublant la responsabilité pénale, la compliance manifeste l'équivocité des termes. Comme le relève Pauline Le Monnier de Gouville, « l'imprécision des notions, la diversité des incriminations et l'usage qui en fait creusent l'écart entre justice et justiciables »[1093]

i. L'ambiguïté de la notion de contrôle

Étymologiquement, le contrôle est le contre-rôle[1094], c'est-à-dire le contre-registre où sont dédoublés les mouvements : son intérêt réside donc dans son indépendance totale de la direction qui tient le rôle. Pour que le sens dérive ainsi de la vérification à la direction, il aura fallu, selon le dictionnaire de l'Académie française, passer par une identification du contrôleur au contrôlé dans le cadre de la maîtrise de soi, puis par une analogie au pilotage de certains appareils comme les automobiles, avant par extension d'aboutir à la détention d'une société puis à sa direction[1095].

Puisque la responsabilité est nécessairement « activée » par la compliance, le contrôle prend un sens plus radical de direction, et plus seulement de vérification. Cela rejoint l'enrichissement de la définition de la personne morale par la compliance vue *supra*. Et réciproquement, pèse sur le dirigeant chef d'entreprise parallèlement à sa responsabilité de direction, une responsabilité de contrôle de l'application des normes. Le lien entre la maîtrise des activités et celui de leur contrôle devient alors immédiat.

[1093] LE MONNIER DE GOUVILLE Pauline, *La responsabilité pénale du dirigeant de la société in bonis*, p.81
[1094] ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, Presses Universitaires de France, 2023.
[1095] Dictionnaire de l'Académie française, article Contrôle, 9ème édition

Par construction, la compliance a donné une portée particulièrement grande à la notion de contrôle lié à la responsabilité. Pourtant, une figure du contrôle reste étonnamment en marge de la compliance, et sans doute à tort, celle des actionnaires. Ils disposent en effet d'un vrai pouvoir d'information, qui amène justement certaines ONG à en tirer profit avec la propriété d'une simple action. Ils sont aussi par construction particulièrement attentifs à la notion de risque, qu'ils manient volontiers, et nous avons vu combien cela pouvait être précieux pour une entreprise. Pour autant, leur rôle n'est convoqué qu'*a posteriori* et de manière passive. Dès lors, ils se désintéressent de la compliance de l'entreprise, laissent le dirigeant soumis à des injonctions contraires qui tuent dans l'œuf ses initiatives éventuelles et font reposer sur lui l'entièreté du risque. L'enquête dans le cadre de la CJIP Carmignac révèle par exemple que des actionnaires n'ont pas même connaissance de l'existence de certaines sociétés luxembourgeoises du groupe. [1096]

Cécile Granier évoque la primauté de ressorts culturels pour expliquer leur absence de mobilisation, le capitalisme français étant structurée de manière plus familiale et moins institutionnelle que l'anglosaxon[1097]. Pour autant, là ne serait pas la première acculturation que l'efficacité de la régulation commanderait. D'autant que nous avons pu voir *supra* le rôle central que l'activisme actionnarial pouvait jouer sur la gouvernance de la société et l'intégrité de ses reportings, rôle qui pourrait être prochainement amené à croître[1098].

On retrouve cette portée hyperextensive à l'article 16 de la proposition de directive européenne anticorruption :

- « un pouvoir de représentation de la personne morale » : c'est bien le rôle attendu en droit ;
- « qualité pour prendre des décisions au nom de la personne morale » : c'est le rôle explicité en fait ;
- « qualité pour exercer un contrôle au sein de la personne morale » : là le rôle apparaît clairement étendu. Remarquons l'ambiguïté du terme « contrôle », que la directive dit s'appliquer « au sein de » et non pas « sur ». Faut-il comprendre que le moindre employé en situation de management serait concerné ?

[1096] CJIP Carmignac, 28 juin 2019
[1097] GRANIER Cécile, Dirigeants, associés et compliance, in *Compliance, Entreprise, régulateur et juge*, Dalloz 2018, p.232
[1098] La loi devoir de vigilance prévoit déjà que le plan de vigilance et son compte rendu soient « inclus dans le rapport de gestion », présenté aux actionnaires. Art. L225-102-4 du code de commerce

Pour le professeur Yves Mayaud[1099], tout pouvoir de direction, toute incarnation d'autorité, toute délégation, et finalement tout contrôleur, donc tous ceux qui auraient pu s'opposer peuvent se trouver visés comme dirigeants. On serait donc passé de celui qui a le contrôle de la personne morale, à celui qui contrôle une action de la personne morale, comme a pu l'illustrer l'arrêt commenté précédemment du 16 juin 2021. Le professeur Marie-Anne Frison-Roche s'interroge ainsi : « non plus l'être humain qui a voulu, mais tout membre, et ainsi toute personne qui compose l'organe visé. Est-ce encore du pénal ? Plutôt une technique de répression efficace au nom d'une fin louable »[1100].

La notion d'« auteur intellectuel » existait dans l'avant-projet de 1983 à l'article 25: « celui qui laisse commettre par une personne placée sous son autorité l'acte incriminé, lorsque cet acte consiste en la violation de prescriptions qu'il avait directement ou par délégation l'obligation de faire respecter »[1101].

Le contrôleur comme celui qui restaure. La compliance ajoute une strate à la notion de responsable, lui intimant d'être à même de régler le problème structurel qui est apparu. Dans le cadre de l'affaire Volkswagen, le groupe est informé dès mai 2014, rappelle quelques véhicules et réalise quelques licenciements, rien de plus. L'imputation de la responsabilité devient quasiment objective lorsqu'on constate le développement des mesures de remise en l'état, de cessation de l'illicite, que porte par principe la compliance, et qui vise le responsable moins pour sa culpabilité que pour « son aptitude à corriger l'illicite ». La CJIP qui donne une place centrale aux avantages tirés des manquements et au plan de mise en conformité, et plus encore la CJIP environnementale qui prononce des amendes faibles et des remises en l'état élevées appuie cette direction que semble désormais prendre la responsabilité pénale sous l'effet de la compliance. La responsabilité du dirigeant serait alors moins une responsabilité en tant qu'auteur de l'acte, ni même en tant qu'opposant possible à sa perpétration, mais bien en tant que celui le mieux à même de restaurer l'ordre troublé.

ii. L'ambivalence de la notion de responsable

[1099] MAYAUD Jean, *Droit pénal général*, PUF, p.427
[1100] FRISON-ROCHE Marie-Anne, LJA, 2019.
[1101] TRICOT Juliette, RSC 2012 p.41

Nous avons vu, notamment à l'aide de l'anglais, combien la notion de responsabilité pouvait être polysémique lorsqu'elle est appliquée aux entreprises. Il ne s'agit pas ici de reproduire une telle étude pour le compte des personnes physiques. C'est pour éviter l'éclatement de la notion de responsabilité que le droit provoque l'éclatement de la notion de responsable. Le droit de la compliance préfère l'éclatement de la notion de responsable, qu'il attrape ainsi très largement dans ses filets, plutôt que l'éclatement de la responsabilité-même entre la kyrielle d'acteurs propre à l'entreprise. C'est là ce que Hannah Arendt dénonçait sous la forme de démissions individuelles, d'inconscience organisée pour ne pas tenir compte du système dans laquelle les actions, nécessairement individuelles, s'inscrivent[1102].

Redéfinition discrète du terme de responsable. Le terme de responsable est discrètement redéfini par la compliance. A l'articulation de la compliance et du droit pénal, l'article 41-1-2 du code de procédure pénale dispose que « les représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques ». C'est ici la seule occurrence des codes pénal et de procédure pénale où le terme est utilisé *a priori*, c'est-à-dire avant une décision de culpabilité, la seule où il est utilisé absolument, c'est-à-dire sans complément et la seule où il l'est positivement, les autres occurrences étant quasiment toutes négatives. Remarquons également que les autres occurrences du terme « responsable » sont toutes substantivées, il s'agit des responsables de traitement, des responsables associatifs, des responsables parentaux.

Difficulté diachronique du terme de responsable. Il nous faudra également relever une difficulté diachronique, notamment dans le cadre d'une CJIP qui ne fixe pas le temps, entre les dirigeants passés et les dirigeants actuels, puisque les premiers la représentent au moment de la commission des faits, les seconds au moment de leur sanction ; contrairement au texte qui prévoit seulement le maintien du dirigeant, le parquet préconise en effet que les dirigeants ne soient pas les mêmes dans les cas les plus importants. Cette situation est paradoxale, et emporte le risque d'une surcharge des dirigeants passés. Le texte introduit un parallélisme pas très heureux entre en répétant l'expression « l'accord à la proposition de convention » entre le dirigeant et la personne morale.

[1102] ARENDT Hannah, *Eichmann à Jérusalem*, Gallimard, 1966, p.303

Responsable de toute la compliance. Enfin, notons à la suite du professeur Mireille Delmas-Marty que dans le contexte de la compliance, le dirigeant ne tient pas seulement le rôle de chef d'entreprise et son corollaire celui de justiciable, mais bien de toute l'organisation de la conformité, de son édiction, de son application et de sa sanction. Dès lors, « on transforme le chef d'entreprise, directement concerné comme justiciable potentiel en législateur, policier et juge, au mépris de la séparation des pouvoirs »[1103]. Il convient alors d'avoir toutes ces fonctions et leurs conflits à l'esprit lorsque l'on traite de la responsabilité du dirigeant sous le prisme de la compliance.

2.Extension de sa responsabilité propre

Bien que la compliance soit *par nature* focalisée sur la responsabilité de la structure, la responsabilité des dirigeants n'est pas seulement recherchée pour engager celle de la personne morale. Pour échapper à la dilution des responsabilités dans l'entreprise et dépasser la logique systémique, la compliance organise une focalisation des responsabilités sur la personne du dirigeant (a), quitte à exagérer la reconnexion entre pouvoir et responsabilité qui était initialement visée (b).

a. Un engagement personnel requis par la compliance

Au-delà de la responsabilité de la marche des affaires c'est-à-dire du risque stratégique, le dirigeant porte la responsabilité juridique, et singulièrement le risque pénal. Ce dédoublement de responsabilité est amplifié par la compliance qui exige une forte incarnation de la lutte contre les infractions commises par les entreprises, allant à l'encontre du désengagement pénal longtemps promis au dirigeant.

i. Une incarnation imposée

Les Recommandations de l'AFA débutent sur ces mots : « L'engagement de l'instance dirigeante sur une politique de tolérance zéro envers tout comportement contraire à l'éthique,

[1103] DELMAS-MARTY Mireille, Trois défis pour un droit mondial, Seuil, 1998, p. 72

en général, et tout risque de corruption, en particulier, constitue un élément fondateur de la démarche de prévention et de détection de la corruption », avant de poursuivre ainsi : « Cet engagement manifeste la volonté de l'instance dirigeante de l'organisation d'assurer et d'encourager des comportements et une éthique des affaires répondant à des règles strictes en matière d'intégrité, quand bien même la démarche de prévention et de détection de la corruption mise en œuvre nécessiterait la mobilisation de moyens spécifiques et serait susceptible d'affecter le fonctionnement de l'organisation »[1104].

Ainsi, alors que ces « recommandations [sont] destinées à aider les personnes morales », c'est le dirigeant qui apparaît d'emblée tenu pour responsable, puisque non seulement le système de prévention doit reposer sur lui mais il doit être explicité par un engagement personnel. Cette responsabilité ne s'arrête pas à la promotion du droit, mais comprend aussi l'éthique des affaires, et ce dans une « tolérance zéro » qui introduit déjà l'idée d'une obligation de résultat. Son rôle de chef d'entreprise est aussi pris à partie, quant à la dévolution de « moyens spécifiques » mais également structurellement quant au « fonctionnement de l'organisation ».

Ce « *tone from the top* » cher aux anglo-saxons deviendra explicitement l'alpha et l'oméga du dispositif de conformité dans ses recommandations publiées au JORF du 12 janvier 2021. Celles-ci rationnalisent en effet les recommandations sur trois piliers : en premier lieu l'engagement de l'instance dirigeante, puis la cartographie et enfin la gestion des risques. Tout repose donc dans les faits sur le dirigeant puisque les deux piliers auxiliaires ne sont en fait que des moyens d'éclairer la décision du premier, et de remonter ainsi à lui. Là encore lui sont intimés « mise en œuvre et efficacité », renouvelant une obligation de moyens voire de résultat, ainsi qu'une « communication personnelle et régulière » appelant à l'incarnation ; ce faisant le dirigeant y est cité pas moins de 138 fois.

Nous pouvons ici voir une conséquence de l'institutionnalisation de l'entreprise vue supra, qui appelait la désignation d'un décideur. Celui-ci incarnant par principe la stratégie de l'entreprise, c'est au même niveau qu'il a fallu placer les impératifs de conformité pour qu'aucun ne puisse être violé au nom d'une norme supérieure, celle de l'activité économique.

[1104] AFA, « Recommandations destinées à aider les personnes morales de droit public et de droit privé à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds public et de favoritisme », version 12/2017

En France plus encore qu'ailleurs le dirigeant est particulièrement incarné, notamment dans la figure cumulative du P-DG, et dans la place importante donnée aux relations interpersonnelles (avec les autres dirigeants, les responsables politiques, les passages médias, la figure de l'entrepreneur, etc.). C'est d'ailleurs le précurseur du management Henri Fayol qui préconise, dans un parallélisme entre nation et entreprise, qu'un homme fort soit à mis à la tête des organisations, justement pour que la responsabilité soit ainsi facilement identifiée lorsqu'il s'agit de demander des comptes[1105].

L'expression « *tone from the top* » met l'accent sur un dernier élément d'incarnation, celui du discours. Ce n'est pas la fonction du dirigeant qui est convoquée, mais la personne elle-même[1106]. Ainsi non seulement le dirigeant signe les documents actant la position éthique de l'entreprise aux yeux des employés comme à ceux des tiers, mais il l'incarne d'une prise de parole personnelle, d'une photo, voire régulièrement d'une vidéo. Cette prise de parole incarne la position de l'entreprise au-delà de l'organisationnel et de l'algébrique, et permet de révéler une intention partagée.

Réciproquement, c'est ce même discours qui peut trahir l'entreprise, comme l'a montré lors du procès France télécom le rapport des propos tenus par son PDG Didier Lombart au cours d'une réunion de ses cadres supérieurs dans le contexte du plan NExT : « les départs, je les ferai, par la porte ou par la fenêtre », puis à l'issue d'une réunion avec le ministre du travail, annonçant « mettre un point d'arrêt à *cette mode* du suicide ».

ii. Un coup d'arrêt à la politique de protection du dirigeant

On assiste donc à un étonnant renversement de perspective, puisque là où le droit pénal, par nature incarné, recherchait le report de la responsabilité des personnes physiques sur la personne morale, la compliance, par nature systémique, prône une incarnation forte.

C'était effectivement tout le sens du droit pénal des affaires depuis la création de la responsabilité pénale des personnes morales que de transférer sur l'entreprise les mises en cause

[1105] GERMAIN Michel, Observations conclusives à Les responsabilités du dirigeant de société, O. Dexant, mars 2018, Dalloz p.196
[1106] Au sens étymologique de per-sona, porte-voix.

des personnes physiques parfois disproportionnées, les travaux préparatoires du code pénal[1107] comme le régime mis en place par les lois Fauchon ne proposent pas autre chose. La loi Perben II sert aussi ce mouvement en abolissant le principe de spécialité, à l'exception notable des délits de presse dont une part substantielle de la doctrine considère que « l'instauration en la matière d'une possibilité de condamner l'entreprise de presse présenterait alors un risque de déresponsabilisation de ses dirigeants »[1108].

Selon Robert Badinter, cette responsabilité pénale des personnes morales devait permettre que disparaisse « la présomption de responsabilité pénale qui pèse en fait aujourd'hui sur des dirigeants à propos d'infractions dont ils ignorent parfois l'existence »[1109]. Désormais pourtant, sous l'égide de la compliance, l'argument se retrouve inversé. Elle impose en effet au dirigeant de tout savoir, par l'intermédiaire d'une cartographie des risques, qui, comme vu supra, doit permettre aux dirigeants d'identifier les difficultés, d'y remédier, et plus fondamentalement d'agir en connaissance de cause.

Dès lors, paraît progressivement adoptée la doctrine américaine du *Respondeat superior*, en vigueur depuis la décision de 1909 *NY Central et Hudson River Railroad contre US*.

Outre les lois spéciales liées au code du travail, au code du commerce et au code monétaire et financier, se développe le champ des délits non-intentionnels comme nous l'avons vu supra. On peut également concevoir que les engagements unilatéraux des engendreront les mêmes responsabilités. En effet, si dans le cas d'école du naufrage Erika, la responsabilité du dirigeant n'a finalement pas été retenue, les engagements unilatéraux répondent désormais beaucoup plus souvent d'un engagement direct voire personnel du dirigeant.

Les atteintes à la santé et à la sécurité ont fait depuis longtemps reposer la responsabilité du dirigeant sur « l'idée qu'il lui appartient de veiller personnellement à la stricte et constante exécution des dispositions en jeu »[1110], comme l'indiquait déjà très clairement cet arrêt de 1839 : « dans les industries soumises à des règlements édictés dans un intérêt de salubrité ou de

[1107] ROUSSEAU F. souligne cet écart entre l'ambition initiale des parlementaires de décharger le chef d'entreprise sur la personne morale, et le texte final choisi par le législateur au nom de l'égalité des citoyens et du risque de déresponsabilisation des dirigeants qui retient le cumul des responsabilités. In La répartition des responsabilités dans l'entreprise, RSC octobre 2010 p.812
[1108] MARECHAL Jean-Yves, JCl Sociétés, 7 avril 2021, Fasc.28-70
[1109] BADINTER Robert, Projet de nouveau code pénal, Dalloz, p.17, rapporté par Jean MAYAUD Op. cit. p. 415
[1110] LE MONNIER DE GOUVILLE Pauline, La responsabilité pénale du dirigeant de la société in bonis, p.75

sécurité publiques, la responsabilité pénale remonte aux chefs d'entreprise, à qui sont personnellement imposés les conditions et le mode d'exploitation de leur industrie »[1111]. Or, le développement des enjeux environnementaux emboîtera assurément ce pas, au nom des enjeux sanitaires, tant le chemin tracé permet de caractériser efficacement la faute du dirigeant, fusse par la faute de son préposé.

Le dirigeant doit désormais porter la compliance. « Parce qu'il est susceptible d'influer sur chaque décision, parce qu'il a le pouvoir de faire respecter la loi pénale, toute violation de la norme doit conduire à engager des poursuites à son encontre »[1112]. On retrouve étendu à tout le champ infractionnel de la compliance la responsabilité en miroir qui est appliquée aux accidents du travail. Le dirigeant étant tenu responsable de la formation de ses employés, le fait que le salarié soit l'auteur du comportement fautif dont il est victime n'exonère par le dirigeant de sa responsabilité mais au contraire la convoque : c'était à lui qu'il revenait de former suffisamment ses salariés[1113].

b. Le risque d'une focalisation exagérée

Cette implication du dirigeant semble souvent se faire au prix d'un véritable simplisme, qui voit le dirigeant comme individuel, comme omnipotent, voire parfois comme propriétaire de l'entreprise. Si le dirigeant ne doit pas seulement porter la compliance mais véritablement l'incarner, la rigueur méthodique du droit pénal doit permettre d'éclairer toutes les responsabilités.

i. Atteindre la figure du dirigeant

Une étude menée par le cabinet d'avocats Joly pour les assurances AIG indique que les noms des personnes physiques à la tête d'entreprises mises en cause en tant que personnes

[1111] Crim 27 septembre 1839, cité par JM Brigant in Responsabilité pénale du chef d'entreprise, laisser faire et être présumé coupable, La gazette du Palais, 4 février 2020, p.79
[1112] LE MONNIER DE GOUVILLE Pauline, Op. cit. p.81
[1113] « Il en est ainsi lorsque la victime a neutralisé le système de sécurité d'un appareil de levage, suivant une pratique habituelle dans l'entreprise et utilisée par l'ensembel du personnel », [1113] BRIGANT Jean-Marie, *Gazette du Palais* 4 février 2020, p.79, au sujet de Crim 1er décembre 1998, n°97-86.669

morales sont presque systématiquement cités par la presse (à environ 90%).[1114] Et en effet, l'opinion publique, très légitimement sans doute, ne conçoit pas qu'une responsabilité pénale puisse être portée par l'entreprise sans que la personne physique à sa tête ne subisse le même sort, et ce, indépendamment de la demande sociale de pénale évoquée *supra*.

Dans un véritable retournement de perspective, particulièrement en matière économique et financière, c'est la personne physique qui devient mise en cause pour le compte d'un système organisé. Non seulement son cas individuel est plus facile à traiter par le droit, mais il évite d'interroger plus largement les responsabilités, et notamment de remettre en question un système organisé.

A notre sens, le traitement de l'affaire Madoff a été emblématique de cette mise en cause disproportionnée d'un seul pour s'épargner enquête et réforme de fond[1115]. En effet, il a fallu l'effondrement généralisé de la crise de 2008 pour révéler ce système de Ponzi dont la rentabilité attirait plutôt qu'elle n'interrogeait. Alertée dès 1992, la SEC elle-même n'avait donné que des quitus à l'issue de ses contrôles de surface, renforçant donc même la crédibilité du système. Il aura fallu un rapport d'inspection pour relever de nombreux conflits d'intérêts entre le gendarme boursier et l'escroc, sans pour autant qu'en soient tirées de véritables conséquences. La figure du bouc émissaire apparaît alors poussée à son paroxysme puisque non seulement la faute de plusieurs est reportée sur un seul, mais surtout parce que c'est sa mort-même qui est considérée comme à la fois nécessaire et suffisante à purger les vices de la communauté. En effet, au stade terminal d'une maladie et après dix ans derrière les barreaux, pouvoir finir ses tous derniers jours à son domicile lui était refusé.

Bien qu'elle-même sollicite une incarnation[1116], la compliance peut apporter à la répression pénale un point d'équilibre au penchant naturel, voire culturel, de nos sociétés pour le rite expiatoire du bouc émissaire[1117]. En droit des systèmes, elle sait les déconstruire et doit

---

[1114] www.aigassurance.fr/content/dam/aig/emea/france/documents/publications/guides-rapports/la-reputation-penale-des-dirigeants-et-des-entreprises-livre-blanc-2016.pdf (Joly & DFSIP, 2016). La presse est soulignée comme caisse de résonnance par Caroline Joly, qui rappelle que dans quasiment toutes les affaires où l'entreprise personne morale est condamnée, son dirigeant même non poursuivi est mentionné par les médias.

[1115] CHUILON-CROLL Jean, « Affaire Madoff », *Le Monde.fr*, 22 avril 2021.

[1116] Comme vu supra, c'est un droit de la personnalité selon FRISON-ROCHE Marie-Anne, puisqu'il exige l'identification des bénéficiaires finaux, la connaissance fine des clients et fournisseurs, l'incarnation de la fonction conformité, etc. FRISON-ROCHE Marie-Anne, Compliance et personnalité, Recueil Dalloz 2019, p.604

[1117] « Aaron posera les deux mains sur la tête du bouc vivant, il confessera sur lui toutes les fautes des enfants d'Israël, et toutes leurs transgressions, et tous leurs péchés, il les mettra sur la tête du bouc et il l'enverra ensuite au désert par un homme tout prêt. Le bouc emportera sur lui toutes leurs fautes dans une terre inhabitée, et on lâchera le bouc dans le désert ». Lévitique, 16, 20:25.

permettre, par son articulation au droit répressif, de réaliser le travail de répartition cumulative des responsabilités.

Sans doute dans ce contexte la presse, à l'encontre de tout sensationnalisme, pourrait-elle contribuer à cette acculturation, encore que le penchant soit grand de reprendre pour de la délinquance en col blanc des slogans sur « le boucher de Wall Street » ou « le tueur en série de la finance », comme a pu le faire avec un sens très relatif de la mesure et donc de l'analyse un fameux quotidien français.[1118]

ii. Atteindre la conscience du dirigeant

Faute de rendre l'entreprise tributaire d'une responsabilité active, c'est le dirigeant qui est convoqué.

Un contrepoint à la logique systémique. On peut voir dans la focalisation sur le dirigeant une conséquence de la moralisation des sources de la responsabilité pénale qui est à l'œuvre, la morale étant par essence rattachée à l'individu. La complexité des choix n'étant pas résumable à des procédures, ni même à des modélisations, c'est l'engagement personnel du dirigeant en milieu incertain qui serait la plus grande incarnation de sa responsabilité. Plus encore, cette incarnation permet finalement de détacher le raisonnement du système qui court, comme nous l'avons vu, toujours le risque d'être auto-entretenu, et de le rattacher à un esprit critique, une conscience. C'est parce que l'entreprise ne relève pas de la morale qu'on attend de ses employés au premier rang desquels son dirigeant qu'ils en relèvent.

Une conscience politique. A terme, la volonté de s'adresser au dirigeant ne vise peut-être pas seulement l'engagement de sa responsabilité, mais aussi sa conscience, pour générer des entrepreneurs porteurs d'un sens politique[1119]. Au même titre qu'on élit non pas des programmes mais des personnes, ce ne sont pas des programmes si précis et pertinent soient-ils mais des personnes qui dirigent les entreprises, avec les partis-pris qui les animent. D'aucuns considèrent que cette incarnation sociétale engagée serait opportuniste de la part de mauvais

[1118] Bernard Madoff, l'homme qui volait des milliards, Philippe Coste, *Libération*, 14 avril 2021
[1119] À terme, les dirigeants d'entreprises ont désormais les capitaux et les ressources juridiques nécessaires pour devenir de véritables « entrepreneurs politiques » en dehors de toutes délibérations et mandats démocratiques (Robé 2020)

dirigeants, permettant de venir au secours de mauvaises performances, pour donner le change auprès des parties prenantes. Ainsi en est-il des 6 ans et demi du mandat d'Emmanuel Faber, durant lesquels le cours de l'action Danone est resté stable, tandis qu'il prenait 50% chez son concurrent Nestlé comme pour l'ensemble du CAC40[1120]. De sorte que, pour suivre le philosophe Comte-Sponville, mieux vaudrait à la tête d'une entreprise « un sale-type bon gestionnaire », que l'inverse[1121].

Il y a là effectivement un paradoxe à voir des entrepreneurs ou des dirigeants d'entreprises privées se préoccuper de sujets d'ordre public[1122], à plus forte raison encore quand ça n'est pas l'objet de leur mandat comme le formulait l'article fondateur de Milton Friedman en 1970.[1123]

B. La relativisation des paravents à la responsabilité pénale par la compliance

1. Le compliance officer comme fusible ?

Les débats parlementaires de la loi Sapin 2 témoignent de la difficulté à situer la figure du « compliance officer », entre le statut de salarié protégé sur le modèle du délégué syndical, en en faisant une sorte de lanceur d'alerte institutionnel, ou au contraire un fusible, dont la responsabilité serait engagée radicalement par l'article 17. Finalement, c'est une position intermédiaire qui a prévalu, celle d'un salarié normal dont la responsabilité ne peut être engagée que pour insuffisance professionnelle. Mais ce statut ordinaire cache en fait un équilibre précaire.

S'il pouvait apparaître sur le papier comme le cheval de trait, cultivant délibérément le sillon de la compliance au sein du développement commercial (a), il pourrait devenir un cheval de Troie, aidant bon gré mal gré à l'imputation de la responsabilité pénale dans l'entreprise.

[1120] EDMANS Alex, Le pouvoir de la raison d'être, RED4 p.10, sans que l'auteur reprenne à son compte cette interprétation.
[1121] COMTE-SPONVILLE André, *Le capitalisme est-il moral ?*, Albin Michel, 2004.
[1122] ROBE Jean-Philippe, LYON-CAEN Antoine et VERNAC Stéphane, Multinationals and the Constitutionalization of the World Power System, London, Routledge, 2017.
[1123] Cette critique fonde l'essentiel du fameux article de Milton FRIEDMAN « The social responsibility of business is to increase its profits », paru au NYT le 13 septembre 1970.

a. Le compliance officer comme adjuvant : un cheval de trait ?

Le responsable de la conformité peut apparaître comme le cheval de trait, capable de tracer celui qui sépare les projets et relations d'affaires acceptables de ceux qui vont à l'encontre de l'éthique et du droit. Cependant, s'il est *de facto* un responsable opérationnel de premier plan, il semble que *de jure* la responsabilité juridique reste placée sur la tête du dirigeant.

i. Un disjoncteur impossible

Le compliance officer apparaît à la tête de nombreuses responsabilités, nénamoins, et comme le rappelle l'AFA, seul le dirigeant de l'entreprise engage sa responsabilité devant l'AFA sur le fondement de l'article 17 en cas de manquement.

Bien entendu, il ne bénéficie d'aucune exonération de responsabilité. Comme pour tout salarié, non seulement sa responsabilité peut être engagée pour insuffisance professionnelle comme l'a rappelé l'arrêt du 20 février 2020 de la Cour d'appel de Paris[1124], mais elle peut être engagée pour toute infraction même commise pour le compte de l'employeur.

Pour autant, le juge vérifie à chaque fois si les objectifs manqués étaient réalistes, et surtout si la politique de l'entreprise ne mettait pas le responsable de conformité en porte à faux. Le fait que ni la loi Sapin 2 ni la loi Devoir de vigilance ne prévoient la figure du compliance officer est assez symptomatique. D'autant que le RGPD[1125] qui, lui, le prévoit avec la figure du DPO, ne rend pas ce responsable de la conformité des données juridiquement responsable de la conformité, puisqu'elle est dévolue au « responsable du traitement », c'est-à-dire à « celui qui détermine les finalités et les moyens d'un traitement de données ». Le parallèle peut sans doute être fait avec les compliance officers, qui ne seraient ainsi responsables qu'à titre opérationnel, c'est-à-dire devant le dirigeant, lui seul devant répondre des manquements à la compliance devant l'extérieur.

ii. Un complice improbable

[1124] CA Paris, pôle 6, ch. 7, n°18/00140, 20 février 2020
[1125] Règlement UE 2016/679

C'est sur les fronts de la complicité et de l'entrave que la responsabilité du compliance officer semble pouvoir être retenue.

La complicité par abstention est normalement impossible, et l'AFA dit en convenir, mais plusieurs jurisprudences ont pu y ouvrir la porte : le « prévenu pouvait apporter sciemment son concours à l'auteur principal en s'abstenant de vérifier les factures en cause, en ne signalant pas les anomalies y figurant à son employeur et en les transmettant aux fins de paiement » comme a pu le juger la Cour d'Appel de Paris[1126]. Par exemple l'expert-comptable qui s'est abstenu de respecter son obligation professionnelle de vérifier et redresser la comptabilité de son client a pu se rendre complice, par abstention, de la fraude fiscale de ce dernier[1127], de même pour l'administrateur provisoire[1128].

Ainsi se trouvent expressément attraites des personnes dont c'était effectivement la mission de détecter, empêcher, remédier à un manquement, missions précisément dévolues au comme compliance officer.

Au-delà de la complicité, certains auteurs envisagent le développement du concept de collusion pour attraire la responsabilité du compliance officer, à l'instar de Thibault Guillemin. [1129]

La procédure intentée par le DOJ et le FinCEN contre l'ancien directeur de la conformité de MoneyGram, Thomas Haider, s'est soldée en 2017 par une amende de 250.000$ et trois ans d'interdiction d'exercice. Si elle reposait sur les règles anti-blanchiment dont on a vu le caractère spécifique, il n'est pas à exclure que d'autres matières voisines lui emboîtent le pas. Pour autant, il nous semble que de manière générale, il ne soit pas dans l'intérêt d'une bonne justice de condamner les compliance officers eux-mêmes.

C'est sur le fondement des entraves à la saisine de la justice (articles 434-1 et 434-3) et sur celui de l'entrave aux mesures d'assistance (article 223-6) que le Code pénal sanctionne les obligations de dénonciation des crimes ou des délits contre l'intégrité corporelle. Si cette nature d'incriminations pouvait paraître éloignée du champ de la compliance, l'affaire Lafarge et plus largement la loi Devoir de vigilance peuvent témoigner d'une mise en cause possible des compliance officers.

[1126] CA Paris 3-12-2008 no 08/05401
[1127] Crim 15 janvier 1979.
[1128] Crim 22 septembre 2010
[1129] GUILLEMIN Thibault, Criminal liability for compliance officers : the French perspective, *RICEA* n°4, octobre 2018

b. Le compliance officer comme dirigeant : un cheval de Troie ?

i. L'ambiguïté de son statut

La variabilité des noms portés par les compliance officers dans les organisations témoigne de l'absence de véritable régime légal, et semble même tenter d'y remédier, soit en calquant le terme anglo-saxon de compliance officer[1130], soit en optant pour sa déclinaison française de « responsable »[1131], soit à l'inverse, pour limiter cette responsabilité, avec une kyrielle d'autres noms comme « ambassadors »[1132].

Cette ambiguïté du nom reflète l'écart entre la responsabilité opérationnelle et la responsabilité juridique. L'AFA tente de la lever en pressant instamment d'intégrer le compliance officer au comité de direction. Cette préconisation n'est pas anodine. D'un côté elle permet qu'il soit investi de plus de pouvoirs et de plus d'autorité pour mettre son veto sur les projets à risques éthiques et juridiques. Il deviendrait ainsi un véritable alerteur institutionnel en interne, au risque d'être perçu comme nuisant à la bonne marche des affaires : « are managers and compliance officers providing ethical advice to walespeople even though such advice may mean loss of business ?"[1133].

De l'autre côté, le compliance officer incarne désormais lui-même un dirigeant, avec les responsabilités pénales associées. C'est le sens que semble vouloir lui donner la nouvelle « certification policy » qu'a annoncée le DOJ. Sur le modèle du CFO, le CCO serait ainsi invité à certifier la fiabilité et la robustesse du dispositif, afin d'en être tenu personnellement responsable.

Le risque d'exposer encore plus son statut alimente la critique que nous avons pu exposer *supra*, quant à la confusion entre la responsabilité et la méta-responsabilité. Si le compliance officer est tenu responsable de manquements commis par d'autres, son rôle ne sera plus celui d'un éveilleur de conscience systémique. Il sera au contraire confiné aux affaires « propres », aux formations, aux certifications, à la communication extra-financière ; il reviendra alors au seul directeur juridique d'avoir une plus-value sur les affaires véritablement stratégiques, rendant quasi inopérant le programme de conformité.

[1130] Sans « chief » chez EDF par exemple, sans doute pour alléger son statut
[1131] Les REC, responsables éthique et conformité du Groupe EDF par exemple
[1132] Chez Dassault Systems par exemple
[1133] POLITE Kenneth US DOJ speech, NYC, 31 mars 2022

ii. L'ubiquité de son statut

Au-delà de l'ambiguïté, c'est l'ubiquité de sa fonction qui fait du compliance officer un vecteur de responsabilité.

En effet, non seulement sa fonction est par essence éminemment transversale, mais elle cumule aussi le plus souvent une double casquette de responsable de conformité et de fonction opérationnelle, qui lui permet fort légitimement d'être à la fois le délégué du chief compliance officer dans son unité et en même temps de connaître les spécificités du métier, cela se faisant le plus souvent à un niveau de dirigeant pour avoir accès aux comités de pilotage[1134].

On comprendra dès lors que le système de compliance soit un catalyseur des organisations sous forme matricielle.[1135] Or l'arrêt du 16 juin 2021 a offert une illustration flagrante de la problématique, en retenant la responsabilité de la personne morale *via* le « Risk Assessment Comitee », les analystes du risque ayant par nature accès aux dossiers sensibles des dirigeants[1136].

L'arrêt Turkiye Garanti Bankasi AS du 13 octobre 2021 en offre un nouvel exemple flagrant : *« En prononçant ainsi, la cour d'appel, qui a pu considérer, en vertu de son pouvoir souverain d'appréciation, que les personnes ainsi identifiées et nominativement désignées, membres des services participant à la détection des actions suspectes, investies des pouvoirs et des moyens nécessaires, ce dont il se déduit une délégation de pouvoirs de fait, ont agi pour le compte de la banque, et ont ainsi engagé la responsabilité pénale de la personne morale au sens de l'article 121-2 du code pénal, a fait l'exacte application de ce texte. »*[1137]

2. La délégation de pouvoirs comme dérivatif ?

« Hors de la délégation de ses pouvoirs, point de salut pour l'employeur »[1138] pourrait-on résumer à la suite d'Emmanuel Dreyer. Quant à la personne morale, un système de délégation de pouvoirs bien défini ne peut que témoigner d'une saine organisation en vue de la prévention des infractions, dont nous avons vu l'importance. Pourtant, en matière de

[1134] C'est l'organisation choisie dans le Groupe EDF
[1135] CORDIER-PALASSE Blandine, *le compliance officer, chef d'orchestre du culture change management*
[1136] C'est le cas dans de nombreux grands groupes où les compliance officers, sans avoir d'autres pouvoirs que celui de diligenter des enquêtes supplémentaires, sont associés aux comités des investissements, voire cosignent tous les grands projets d'investissement.
[1137] Cour de cassation, 13 octobre 2021, n° 19-87.424, [consulté le 26 août 2023].
[1138] DREYER Emmanuel, Droit pénal spécial, 2019, Lexis, p.820

conformité, la délégation de pouvoirs apparaît non seulement indésirable mais inefficace voire contreproductive.

a. Une soupape de responsabilité pénale bienvenue

Cette soupape de responsabilité pénale n'est pas seulement bienvenue, mais également obligatoire. Si nous avons vu précédemment l'importance fondamentale de l'organisation, c'est notamment via les délégations de responsabilité qu'elle est appelée à jouer.

i. Le régime prétorien de la délégation de pouvoir

Pour échapper à la responsabilité des infractions qu'il ne commet pas lui-même, le dirigeant a recours à un mécanisme de gestion que la jurisprudence a adopté, celui de la délégation de pouvoirs. Celle-ci rappelle de manière constante que le délégataire sur qui est transférée la responsabilité doit disposer de la compétence, de l'autorité et des moyens que la tâche déléguée rend nécessaires.

A ces conditions, dès lors que le « dirigeant a réellement transféré ses pouvoirs, le maintien de sa responsabilité [devient] excessif dans une logique de prévention des infractions au sein de l'entreprise »[1139]. Ainsi constate-t-on que la logique de suivre le pouvoir pour appliquer la responsabilité fonctionne à charge mais aussi à décharge.

Si des « limites à l'effet exonératoire de la délégation de pouvoir tiennent d'une certaine manière aux pouvoirs irréductibles du chef d'entreprise »[1140], il reste difficile de faire la part des choses faute de texte.

On s'étonnera ainsi qu'un régime aussi important ne ressorte que de la jurisprudence, alors même qu'il a été codifié dans plusieurs pays comme l'Italie en 2008. Il semble que le législateur s'en soit délibérément abstenu pour conserver au juge toute sa souplesse. Encore une fois, la nature pragmatique et changeante de l'entreprise prend le pas sur la prévisibilité de la légalité que devrait requérir la matière pénale.

ii. Le cas particulier de la délégation au compliance officer

[1139] LACROIX Caroline, Délégation de pouvoirs et assurance, quelle échappatoire pour le dirigeant ? in Les responsabilités du dirigeant de société, O. DEXANT DE BAILLENCOURT, mars 2018, Dalloz
[1140] ROUSSEAU F., La répartition des responsabilités dans l'entreprise, RSC octobre 2010 p.812

La mission du compliance officer peut apparaître dans ce contexte comme une délégation du pouvoir de gérer le risque pénal. Les recommandations lui intiment en effet de remplir toutes les caractéristiques requises à l'accomplissement du pouvoir délégué, depuis la formation professionnelle jusqu'aux moyens matériels, en passant par l'autorité incarnée dans un pouvoir disciplinaire.

Le titre premier du guide AFA correspondant est éloquent : « La fonction conformité anticorruption : une mission transverse relevant de la responsabilité des instances dirigeantes »[1141].

Dans le cas du compliance officer, la délégation de pouvoir est douteuse sur le programme compliance, car il s'agit là de matière administrative et non pénale, et que la loi Sapin 2 vise le dirigeant. En revanche, elle serait possible sur le pénal (corruption comme violation de données) si le compliance officer délégataire avait effectivement les pouvoirs et qu'il n'était pas victime d'une désorganisation empêchant l'effectivité (Crim 7 déc 2004 03-87.015).

Selon l'AFA, « En pratique, les instances dirigeantes délèguent au responsable de la fonction conformité les missions opérationnelles d'élaboration, de déploiement, de mise en œuvre, d'évaluation et d'actualisation du dispositif anticorruption. Cette délégation opérationnelle ne doit pas remettre en cause le rôle des instances dirigeantes dans le suivi du dispositif anticorruption »[1142]. L'agence insiste sur le fait que cette délégation est *opérationnelle*. Aussi semble-t-il que rôle du compliance officer ne soit pas tant tributaire d'un pouvoir délégué que d'un pouvoir décalqué.

b. Une extension de la responsabilité de la personne morale en contrepartie

L'effet adjuvant de la délégation de pouvoir était assez circonscrit sur la personne physique. En matière de personne morale, il agit comme un véritable vecteur d'imputation de la responsabilité sur la personne morale.

i. L'extension éprouvée de la responsabilité via le délégataire

[1141] Guide AFA, p.4
[1142] Paragraphe 2.1, Guide pratique fonction conformité

Cette délégation de pouvoir étend d'autant celle de la responsabilité pénale de la personne morale. En effet, la jurisprudence considère régulièrement délégué et subdélégués comme représentants de l'entreprise[1143], même si une part de la doctrine à l'instar de J.-H. Robert s'en inquiètent : « la condamnation qui sanctionne une société pour la faute d'un délégué n'a aucune fonction didactique à l'égard de ce groupement, puisque cette décision ne contient aucune critique de son organisation ou de sa politique générale »[1144].

Nous avons en effet vu *supra* la place déterminante de l'organisation dans l'attribution des responsabilités, comme indice d'une défaille structurelle de la personne morale. Dès lors, le fait que « l'effort d'organisation de celle-ci par le recours à la délégation de pouvoir » ne soit pas récompensé d'un transfert de responsabilité étonne à juste titre la doctrine[1145]. Cependant, l'idée de faire passer la charge d'une responsabilité de la personne morale à une personne physique peut légitimement rebuter philosophiquement. Reste qu'elle serait sans doute une incitation efficace à s'organiser au mieux en vue de prévenir les infractions.

Les arrêts de la chambre criminelle du 27 février 2018 et du 7 janvier 2020[1146] qui introduisent des délégations de pouvoir de fait dans le seul but de retenir la responsabilité de la personne morale, alimentent ce biais. S'affranchissant de toute caractérisation de délégation de pouvoirs comme l'invoquaient les avocats de l'entreprise en cassation, l'arrêt Alcatel-Lucent du 16 juin 2021 a retenu l'organisation du groupe et le contenu de leurs missions pour considérer que les salariés des filiales avaient agi comme représentants de la holding : « Trois salariés des filiales de la société, représentants de fait de cette dernière en raison de l'existence de l'organisation transversale propre au groupe et des missions qui leur étaient confiées, peu important l'absence de lien juridique et de délégation de pouvoirs à leur profit ».

Les délégations de pouvoir représentent donc beaucoup moins d'intérêt pour les entreprises, ce qui apparaît d'autant plus dommageable qu'elles permettaient justement d'y organiser le pouvoir et les responsabilités.

ii. L'externalisation réprouvée de la responsabilité via le prestataire

[1143] Par exemple, Crim 9 nov 99 et 14 déc 99
[1144] ROBERT JH, in Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ?, Mélanges Couvrat, PUF, 2001, p. 383
[1145] ROBERT JH, dans son Droit pénal général ou F. Rousseau dans La répartition des responsabilités dans l'entreprise, *RSC* octobre 2010 p.816
[1146] n° 17-81.457 et 18.87-027

Si l'externalisation paraît efficace et reste particulièrement conseillée par les prestataires qui y trouvent par construction un intérêt direct, elle ne suscite pas d'enthousiasme chez les autorités de poursuite. Ils y voient en effet l'opposé diamétral de la responsabilisation de l'entreprise, en ce qu'elle lui est extérieure et qu'elle ne mobilise d'elle que des moyens financiers ! Des mots-mêmes du responsable de la criminal division du DOJ : « We prefer not to hear a check-the-box presentation from outside counsel. We like to see the Chief Compliance Officer leading the compliance presentation and demonstrating knowledge and ownership of compliance programs. Not for show, but because we want to empower these teams"[1147].

Cette externalisation devient sans doute beaucoup plus pertinente dans le cadre d'enquêtes internes. Elle devient alors une forme d'extériorisation à la façon d'une conscience ou d'une maïeutique. Tout l'enjeu est alors de contrôler la qualité de l'indépendance des conseils, et de réduire leur conflit d'intérêts à la seule prise en charge de leurs coûts par l'entreprise auditée. Une fois encore, la relation *intuitu personae* ou l'effet de marque de certains cabinets jouera à plein tant la confiance et la respectabilité renferment l'ensemble des enjeux, d'où l'une des dimensions de la réputation en matière de compliance, que nous abordons au prochain chapitre. Certains magistrats reconnaissent d'ailleurs volontiers avoir conditionné la possibilité d'un recours à la CJIP au changement d'avocat : s'ils n'en conseillent pas pour ne pas alimenter l'idée d'un « barreau du PNF », ils peuvent en revanche en déconseiller certains dont ils jugent la qualité de la coopération et de la confiance insuffisante.

3. Le « rogue-employee » comme excuse ?

Finalement, si la compliance constitue un outil essentiel pour disculper l'organisation, c'est semble-t-il surtout en chargeant l'un ou l'autre de ses membres personnes physiques. En anglais, le "rogue-employee" désigne certes l'employé malhonnête ou voyou, mais au sens de rebelle à la règle donnée, certes renégat mais surtout solitaire[1148]. Aussi pouvons-nous à la suite

[1147] Assistant Attorney General Kenneth A. POLITE, Remarks at NYU Law's Program on Corporate Compliance and Enforcement, 25 mars 2022
[1148] Entrée « *rogue* », Cambridge Dictionnary en ligne

de William S. Laufer nous poser la question de la nature de la compliance : intégrité, management du risque ou assurance ?[1149]

a. Le transfert de la faute sur les employés

Nous avons saisi la compliance comme un dispositif de prévention du risque pénal protégeant les systèmes sociaux, à commencer par l'entreprise. Mais il reste une ambiguïté à lever, celle de la mesure suivant laquelle la compliance, en fait de protection du système, semble opérer un transfert vers les personnes qui le composent. Cette logique de transfert qu'organiserait la compliance peut s'illustrer de deux façons complémentaires : l'individualisation de la culpabilité (i) et l'inculpation de l'individu (ii).

i. La compliance comme individualisation des fautes

Ne serait-ce pas finalement toute la mission de la compliance que de réaliser ce transfert de la responsabilité de l'entreprise vers le salarié ? C'est-à-dire de rendre l'acte individuel plutôt que collectif ? C'est la thèse de William Laufer dans son essai au titre évocateur : *The shift of risk from organization to individuals.*

Cela a pu être le cas de manière flagrante dans le cadre du procès de Morgan Stanley où « la divulgation spontanée de l'inconduite d'un ancien directeur […] a été récompensée par le non-engagement des poursuites »[1150]. Nous pourrions ainsi multiplier les exemples plus récents comme Goldman Sachs qui a plaidé les *rogue employee* dans l'affaire du pillage du fonds souverain malaisien 1MDB, sur un ancien dirigeant mais aussi sur un tiers, Jho Low, qui avait été banni des clients privés de la banque, mais pas de ses apporteurs d'affaires, ce qui a fait tourner court l'argument.

William Laufer expose combien la gestion du risque par l'entreprise qui aspire à une compliance dépourvue de démarche éthique n'a aucune raison d'être autre chose qu'une organisation du transfert de la responsabilité de la structure sur les employés. Cette organisation peut siloter suffisamment les échanges entre les strates hiérarchiques et entre les départements pour éviter tout esprit critique et maintenir les collaborateurs dans cette hésitation entre le

[1149] LAUFER William S, « Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance », *Vanderbilt Law Rev.*, 1999.
[1150] MIGNON COLOMBET Astrid, Deals de Justice p.1992

discours de conformité affiché, porté par un siège parisien qu'on considère alors détaché de la réalité du terrain, et l'incitation à la performance jusqu'au manquement, portée quotidiennement par le département opérationnel.

Nous suivons en cela l'économiste Daniel Cohen, qui constate un renversement de perspective puisque « ce sont désormais les salariés qui subissent les risques et les actionnaires qui s'en protègent ».[1151] En clair, les actionnaires perçoivent le bénéfice d'une stratégie agressive, mais la responsabilité proprement dite en incombe aux personnes physiques. Paradoxalement, c'est le dispositif de conformité qui permet cette dissociation.

D'éminents auteurs ont voulu nous rassurer en développant le parti-pris inverse : la compliance serait construite pour l'homme. L'exemple pris par le professeur Marie-Anne Frison Roche dans son article au titre évocateur *Compliance et Personnalité* est celui de la diligence « KYC » qu'elle établit comme « le cœur du droit de la compliance »[1152]. On s'accorde volontiers sur l'objet du KYC qui est de connaître les personnes, mais à notre sens c'est justement pour prémunir l'organisation contre elles. La seconde raison avancée est la nature éminemment informationnelle de la compliance. Là encore nous en convenons volontiers, mais n'est-ce pas précisément la nature du plus systémique des systèmes, le marché, que d'émettre, traiter et diffuser l'information, sans qu'il soit même besoin de personnes ?

ii. L'enquête interne comme inculpation des individus

Ce transfert de la faute s'opère également a posteriori, grâce au développement des enquêtes internes. Cette « inculpation » des individus est en effet rendue d'autant plus facile que c'est l'entreprise qui organise au nom de la compliance, le travail d'enquête en cas de manquements.

L'enquête interne relève d'un statut bâtard, qui suscite le désintérêt d'un côté des pénalistes qui méprisent cette matière parajudiciaire, et de l'autre des affairistes qui ne voient pas de salut en-dehors du contrat. De sorte qu'aucun véritable principe ne gouverne finalement cette pseudo-enquête ; et l'ensemble des parties prenantes depuis les entreprises jusqu'au parquet préfère que le législateur s'abstienne de s'en saisir pour conserver une souplesse

[1151] COHEN Daniel, Trois leçons sur la société post-industrielle, Seuil 2000, p.12
[1152] FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Compliance et personnalité*, in Recueil Dalloz, n°11/7812, avril 2019, pp. 604-606

indispensable. Mais donc quid de la personne physique ? Car au fond, tout les outils de la compliance sont pensés, légitimement, pour prendre en charge les organisations mais, nous l'avons vu, le transfert de responsabilité est l'option la plus efficace pour elles. Les rares pénalistes qui ont été confrontés à d'importantes enquêtes internes sans avoir le parti des grands cabinets d'affaires tirent le signal d'alarme, à l'instar du rapport dirigé par Dorothé Hever sur les droits des personnes physiques dans le cadre des enquêtes internes.

L'enquête interne a un statut bâtard, qui suscite le désintérêt d'un côté des pénalistes qui méprisent cette matière parajudiciaire, et de l'autre des avocats d'affaires qui ne voient pas de salut en-dehors du contrat. De sorte qu'aucun véritable principe ne gouverne cette enquête comme en témoigne le rapport dirigé par Dorothée Hever sur les droits des personnes physiques dans le cadre des enquêtes internes[1153].

A un premier niveau donc, peut se jouer le transfert de responsabilité de la personne morale, voire de celle de ses dirigeants, vers une personne physique. A un second qui lui est lié, l'enquête peut être totalement détournée voir initiée pour accabler l'un ou l'autre et s'en séparer. L'enquête interne devrait être l'occasion d'importer dans l'entreprise les principes généraux du procès : loyauté dans le recueil de la preuve, proportionnalité et confidentialité.

Mais la loyauté trouve difficilement à s'appliquer à des preuves qui sont recueillies par nature dans les outils d'une entreprise qui peut à discrétion récolter les courriels comme les fichiers de son salarié. Et c'est elle-même qui en pose les règles, en indiquant au besoin dans sa charte informatique que les fichiers identifiés comme privés peuvent être saisis lorsqu'ils sont suspects, ou encore que la personne visée n'est pas avertie pour ne pas nuire au but légitime de l'enquête. Il en va de même pour une confidentialité toute relative lorsque les droits de la défense de la personne morale ou les demandes du parquet sont en jeu. Reste alors comme principe celui de la proportionnalité, que l'ouvrage *Buts monumentaux de la compliance* tient à juste titre pour le principe majeur de la compliance, sous la plume des professeurs Lucien Rapp, Marc Segonds et Marie-Anne Frison-Roche[1154].

[1153] HEVER Dorothée (dir.) publié sur https://eflfr.s3.eu-west-1.amazonaws.com/pdf/Rapport%20VDef.pdf
[1154] FRISON ROCHE Marie-Anne, *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Dalloz, 2023. de la page 175 à la page 273.

b. La désignation de boucs émissaires

Qu'il s'agisse de l'intérêt de l'entreprise, de celui du parquet, ou de l'intérêt général au sens utilitariste, la philosophie de la compliance semble orienter vers la préférence d'une imputation à l'individu pour épargner le système.

i. La tentation du lampiste

Une confusion première nous paraît régner au sein des programmes de conformité, entre les infractions dont les entreprises sont victimes, par exemple lors de fraudes commises par ses employés, et les infractions dont elle pourrait être l'instigatrice, à l'instar d'actes de corruption. Si les seconds sont le but ultime des dispositifs de compliance demandés par le législateur, les premiers sont le cadre préexistant dans lequel ils viennent bien souvent s'insérer.

Déjà à un premier niveau, la tentation du bouc émissaire se met naturellement (et institutionnellement) en place par l'impossibilité que nous avons décrite *supra* d'identifier les personnes physiques organes ou représentants. Ainsi, plusieurs pays à l'instar des Pays-Bas s'épargnent cette identification impossible en retenant comme représentants au sens de l'article 121-2 certes tous ceux qui ont donné l'ordre de commettre l'infraction, mais surtout tous ceux qui l'ont effectivement dirigée[1155]. Dès lors, en descendant très bas dans l'organigramme, le risque est grand d'« atteindre le lampiste »[1156]. Comme le rappelle le doyen des juges d'instruction Serge Tournaire « on a du mal à identifier un acteur particulier puisque c'est une politique [du groupe] ; mais celui qui se fait prendre est aussitôt lâché »[1157], et donc accablé par ses pairs qui trouvent là l'occasion d'une sortie de crise.

On suit ainsi volontiers Laufer lorsqu'il distingue deux mondes au sein de l'entreprise, celui du top-management, et l'autre. Lorsque la personne morale est mise en cause, ce sont les dirigeants les plus haut-placés qui, légitimement, gèrent les enquêtes internes, le dialogue avec le parquet, et la stratégie judiciaire. Alors même que c'est là qu'une « corporate deviance is often tolerated if not tacitely encourage by an implicit agenda of top management, where compliance initiatives originate"[1158]. Au terme de son étude statistique des incriminations,

[1155] Article 51 du code pénal néerlandais, cité par Jean Pradel Op. cit. en p.201
[1156] PRADEL Jean, op.cit. p.201
[1157] TOURNAIRE Serge, colloque ENM mars 2022
[1158] LAUFER William S, « Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance », *Vanderbilt Law Rev.*, 1999. p.1406

Brandon Garrett expose quant à lui combien "most prosecuted individuals were not high-up officers of the companies, but rather middle managers"[1159]

Mais le manager de niveau intermédiaire n'est pas le seul à porter le chapeau pour le reste de l'organisation, le lampiste peut bien souvent aussi être le dirigeant d'avant, dont on comprendra aisément que le top-management qui mène la procédure ait tout intérêt à charger la barque.

ii. Vers un fusillé pour l'exemple ?

Les études statistiques comme celle de Brandon Garrett évoquée confirment que les dirigeants sont somme toute très peu poursuivis, et nous ne pouvons qu'y souscrire, comme le confirme le rapport OCDE de phase 4. Mais les développements antérieurs ont exposé combien il est difficile de ne pas s'adonner à la désignation d'un bouc émissaire, qui aura tôt fait d'arranger toutes les parties prenantes.

Le fameux « Yates Memo » de 2015, entendait mettre l'accent sur l' « individual accountability for corporate wrongdoing ».[1160] Le résultat de cette focalisation sur les dirigeants est toujours au point mort. Si le mandat de Donal Trump a pu ralentir sa mise en œuvre, il a été relancé par Lisa O. Monaco en 2022, avec jusqu'alors peu de résultats.

Le discours est le même en France, avec des prises de positions politiques et l'augmentation des peines théoriquement encourues, mais les condamnations sont à la fois rares et faibles comme le rappelle le rapport OCDE de phase 4[1161].

Cela pourrait procéder d'un écart entre la demande sociale, relayée par le politique, mais pas suivie par le parquet. Celui sait en effet combien « les rétrocommissions sont particulièrement rares » comme le rappelait le juge Tournaire à l'ENM. Les manquements des personnes physiques seraient donc avant tout la mise en œuvre d'actes au fond commandés par une organisation elle-même délinquante.

Cependant, l'écart entre l'affichage et la réalité commence à se tendre, et l'on peut légitimement s'attendre à l'imminence d'une condamnation particulièrement sévère qui donnerait le change. Dans cette perspective, on peut regretter que les CRPC « Bolloré » associées à la CJIP éponyme en 2021 n'aient pas abouti. Le refus d'homologation des 3 CRPC

[1159] GARRETT Brandon, « The Corporate Criminal as Scapegoat », *Va. Law Rev.*, 101, 2015. p.1791
[1160] YATES Sally Q., « Individual Accountability for Corporate Wrongdoing, Memorandum », 2015.
[1161] OCDE rapport de phase 4, p.51

en parallèle de la validation de la CJIP ont causé un déséquilibre où les personnes physiques se trouvent excluent d'un règlement systémique qui risque de se retourner contre elles, accentuant pour l'avenir le conflit des intérêts entre celui du dirigeant et celui de la personne morale.

Conclusion de la section

Les dispositions de la compliance pénale sont naturellement prises au regard de la personne morale. Les règlements sont systémiques, à l'instar de l'enquête interne et de la CJIP, de sorte que la personne physique risque de passer par pertes et profits. La question peut alors se poser de savoir si le système peut organiser sa propre limitation.

Soit la personne physique est pleinement intégrée à un raisonnement systémique, fût-il celui d'une CRPC qui lui donne des droits inférieurs à celui de la personne morale en CJIP, soit il faut sacraliser par de la procédure pénale sa spécificité. Mais le pragmatisme risque de conserver l'avance qu'il prend : comment en effet oublier une reconnaissance de culpabilité comme le demande le texte de la CRPC non-homologuée ? Là semble résider toute la difficulté de la compliance criminelle : le mélange des ordres entre droit pénal et compliance ne pose pas de problème tant qu'il affecte des personnes morales seulement.

Conclusion du chapitre :

La compliance nous paraît pouvoir asseoir une responsabilité personnelle directe de la personne morale. Lorsqu'elle est engagée par son organe ou représentant c'est en tant qu'il l'incarne au moment des faits.

La rédaction de l'article 121-2 du Code pénal apparaît caractéristique du droit pénal économique et financier, avec une formulation particulièrement large voire abstraite, notamment quant à la poursuite simultanée ou non de la personne morale et de son organe ou représentant, à charge pour le juge de lui donner de la chair, quitte à ce que ce soit de la chair à canon. L'articulation de la responsabilité pénale de la personne morale à celle des personnes

physiques nous semble se faire au détriment de ces dernières sous l'angle de la compliance, du moins tant qu'elles ne seront pas intégrées à un règlement d'ensemble qui tarde à s'établir.

Chapitre 2 : Mutation de la responsabilisation : la sanction par le marché

La sanction incarne sans doute l'essence de la responsabilité pénale. Ce faisant, elle soulève des questions fondamentales que la reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales a décuplées. La compliance nous paraît comme une opportunité de rationaliser les enjeux et de soulever les principales difficultés. Celle dont on a pu parler comme d'une « inconnue du droit »[1162], est inconnue à plus forte raison pour l'entreprise parce qu'on doute de la conscience de cette dernière, et donc de la prise de conscience qui justifie le principe-même de la sanction, mais aussi parce qu'elle paraît aléatoire, dans son prononcé parfois, dans ses conséquences souvent.

Philippe Jestaz a pu parler de la sanction comme d'une « porte mystérieuse par où le droit pénètre dans le réel »[1163]. Quoique lyrique, l'expression exprime précisément ce qui se joue ici. Si cette ouverture est mystérieuse, c'est certes parce qu'elle est empreinte d'un symbolisme important sur lequel nous reviendrons, mais c'est aussi parce qu'elle suspend voire surprend la théorie. Et si le droit pénètre le réel ça n'est pas seulement pour le remettre en ordre conjoncturellement, mais aussi pour le mettre en ordre structurellement.

La compliance pourrait paraître *en retrait* de cette dimension éminemment pénale de la responsabilité, au sens figuré comme au sens propre puisqu'elle vise avant tout la prévention du risque. Pourtant, au-delà des sanctions disciplinaires, administratives et civiles, l'alliance de la compliance au pénal a introduit deux nouvelles peines en droit français, la peine complémentaire de mise en conformité et la convention judiciaire d'intérêt public. La logique de marché au fondement de la compliance aurait donc quelque chose à apporter à la philosophie comme à la pratique de la peine ? Nous pourrions alors considérer que la régulation par le marché ne serait plus le rejeton d'une utopie libérale apôtre de la dérégulation totale, mais bien l'instrument d'une forme de droit naturel économique, qui s'épargne la confrontation au marché voire en introduit expressément les mécanismes à des fins régulatrices, comme dans le cadre du marché carbone[1164]. Il ne s'agira pas ici de la loi du marché, cette forme hasardeuse de l'autorégulation dont la crise de 2008 a fourni une énième illustration de l'échec patent, mais

[1162] JESTAZ Philippe, La sanction ou l'inconnue du droit, Droit et pouvoir, 1987, p.253
[1163] Ibid. p.256
[1164] CHEROT Jean-Louis et FRYDMAN Benoît, *Penser le droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.

bien de l'application de la loi par le marché, c'est-à-dire rendant au marché toute sa place mais sa place d'instrument.

La compliance a prouvé au long de nos développements que l'ère n'était plus à un État séparé de l'entreprise qui exerçait de manière unilatérale et passive son pouvoir sur elle, avec la loi pour seul vecteur, mais qu'un commerce fait de communication comme de pressions pouvait se faire jour par le moyen du marché.

Déploiement du concept de sanction. A la suite de Michel Ost et François van de Kerchove[1165], nous pouvons identifier six sens au terme polysémique de sanction, qui permettront d'éclairer ce qui se joue ici : la sanction-peine (la dimension afflictive), la sanction-conséquence négative (la dimension restitutive), la sanction-contrainte (a priori comme a posteriori), la sanction-conséquence positive (la récompense est une sanction), la sanction-reconnaissance (la reconnaissance officielle de l'acte commis) et la sanction-consécration (qui rejoint l'étymologie de sanction).

La problématique de l'aptitude de la personne morale à la sanction parcourt la doctrine depuis la reconnaissance de sa responsabilité pénale. Mais la question fondamentale nous paraît plutôt être celle de son aptitude à l'infraction. Or nous avons vu supra qu'il était légitime de la considérer directement responsable de la commission d'infractions. Pour le reste, « c'est à la discipline de s'ajuster au besoin, et non l'inverse », selon l'expression du professeur Mayaud.

En emmenant la sanction de l'infraction sur le terrain de l'entreprise, celui du marché, la compliance reconnaît la possibilité d'une responsabilité propre et la nécessité d'une sanction propre. Ce faisant, elle pousse à la fois le principe de personnalité de la peine et celui de personnalisation de la peine à leur plein accomplissement. Plus encore, si à la suite de Hegel on tient la personnalité comme à la fois la conscience qu'on a de soi et la conscience qu'en ont les autres[1166], la compliance renforce la personnification de l'entreprise puisqu'elle se focalise d'un côté sur l'autodiscipline et de l'autre sur la réputation.

Là où la sanction pénale marque étymologiquement une rupture, la compliance aspire au contraire à la coopération, afin de préserver le lien entre les entreprises, les pouvoirs publics

[1165] OST Michel et VAN DE KERCHOVE François, *De la pyramide au réseau, pour une théorie dialectique du droit*, chapitre IV : Les sanctions en droit : un réseau complexe aux frontières incertaines
[1166] HEGEL G.W., Phénoménologie de l'esprit, chapitre IV

et la société civile. En amont, tout le travail de révélation que construit la compliance sert à élaborer ce double engagement de la responsabilité, devant les autorités et devant le marché. En cours, il s'agit de profiter de ces mécanismes pour « traiter le contentieux vivant »[1167]. En aval, il s'agit de donner à la sanction son plein effet tout en en maîtrisant les conséquences.
« Non seulement la loi du marché et l'impartialité de l'auxiliaire de justice ne sont plus opposés dans ce modèle, mais au contraire ils sont devenus complémentaires ; la fonction tierce est le marché lui-même » disait déjà *Deals de Justice* à propos du DPA américain[1168].

On peut y voir une « stratégie de survivance de la justice pénale elle-même face au risque d'être complètement annulée par la puissance autonome, y compris en termes de sanctions, du marché »[1169].

Le marché, au niveau micro, est matérialisé par la convention, en l'occurrence la transaction pénale entre l'autorité judiciaire et l'entreprise mise en cause. Au niveau macro, le marché désigne l'institution sociale organisant les échanges commerciaux, en l'occurrence via le prisme de l'actif réputationnel.

Nous l'avons vu supra, parce qu'elle s'applique à des entreprises-institutions, la compliance pénale a en propre de tenir compte dans le même mouvement des conséquences de l'infraction et de celles de la sanction. Or la sanction pénale traditionnelle, par le délai de son prononcé et son incertitude provoque une instabilité là où la compliance cultive cette stabilité[1170].

La transaction CJIP comme la réputation portent ce double enjeu de préservation de l'ordre public et de l'entreprise. La compliance repose par essence sur la réputation.

Ce dépassement du règlement proprement judiciaire par la CJIP et proprement juridique par la réputation, s'il repose sur le marché, reste organisé par le droit pénal. C'est à notre sens toute la force de la compliance que de le permettre. Le classicisme pénal apparaît certes contesté, mais il nous semble surtout s'agir des conséquences d'une reconnaissance de la responsabilité pénale des personnes morales.

[1167] MIGNON COLOMBET Astrid, « Chapitre 3. La self-defense des entreprises », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. p.206
[1168] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020.
[1169] GALLI Martina, Réflexions sur la CJIP, Revue *SCDPC* 2018/2 Dalloz
[1170] « dans ce domaine, la longueur des procédures ainsi que l'incertitude quant à leur issue, sont *déstabilisantes* pour la société mise en cause. » Ordonnance 2018

Ainsi s'agira-t-il d'étudier le marché de l'autorité par la transaction avant d'aborder l'autorité du marché par la réputation.

A. Le marché de l'autorité : la transaction CJIP

Selon Mireille Delmas-Marty, « une brèche » avait été ouverte dans la responsabilité pénale par l'admission de celle des personnes morales.
De l'aveu même du législateur, la CJIP a notamment été conçue pour épargner à l'entreprise les conséquences, pourtant prévues par le droit, d'une condamnation pénale. Ce paradoxe suffit à soulever tous les enjeux de cet outil à l'exact croisement entre la compliance et le droit pénal.

Cet équilibre difficile entre les techniques de marché et les principes qui guident la procédure pénale est parfaitement résumé par Peter Alldridge :
« All criminal justice systems have ways of striking deals on charge or procedure or penalty to elicit confessions or guilty pleas with defendants to expedite or facilitate or render more certain the conclusion of cases. The more a criminal justice system forbids overt bargaining, the more the bargaining will be covert"[1171].
Mais en même temps : "there are obvious reasons why deal-making might not be appropriate in the case of bribery. […] One of the clearest indicators of a corrupt society is that it is possible to flex economic muscle so as to avoid the consequences of breaking the law".[1172]

Cette dualité se retrouve dans les deux objectifs qui ont prévalu à la réécriture des nouvelles lignes directrices. D'un côté ouvrir les opportunités transactionnelles pour susciter des autorévélations, de l'autre affermir les principes pénaux pour se garder de tout refus de validation, l'un comme l'autre conditionnant l'avenir de l'outil.

[1171] ALLDRIDGE Peter, The changing face of corporate criminal liability in England and Wales, Archives de politique criminelle, 2017, p.163
[1172] *Ibid*

En adoptant les mécanismes des « deals de justice »[1173] à l'anglo-saxonne, le droit français ne cherche pas tant à en épouser l'emprise redoutablement efficace qu'à y faire pièce et à en proposer une transposition qui offre de meilleures garanties procédurales.

Loin d'être un outil techniciste au service d'une responsabilité comptable voire marchande pour ne pas dire marchandée, la CJIP paraît même contribuer à la personnification de l'entreprise, en donnant une place centrale à la bonne foi[1174], l'amende honorable, la personnalité de la mise en cause, son comportement passé et ses engagements moraux.

Aussi ne s'agit-il pas ici de proposer une étude de l'outil CJIP, déjà largement commenté par la doctrine, mais plutôt de soulever les points problématiques au regard du droit pénal, jusqu'aux écarts par rapport à la loi, qui illustrent à ce stade de la sanction l'impact des apports de la compliance.

Nous avons pu envisager l'efficacité et ses différentes déclinaisons, en efficacité ou en effectivité. Mais à y bien regarder, le principe de réalité s'impose sans considération des degrés : il n'y a eu aucune condamnation définitive en matière de CAPE depuis sa création en 2000.

1. Une primauté du paradigme de marché sur le paradigme pénal : une transaction vénale ?

Conformément au paradigme du marché, la CJIP se donne la négociation comme principe, la prévisibilité comme règle, et l'intérêt comme objectif. Toute la problématique est alors de définir ces trois dimensions pour qu'elles satisfassent également le paradigme pénal. Or, non seulement l'outil est totalement importé, mais il est aux États-Unis-même un produit de la pratique des parquets et de l'administration plutôt qu'une élaboration théorique du législateur.

[1173] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre op. cit.
[1174] L'expression est structurante dans la démarche, puisqu'elle revient 5 fois dans les lignes directrices, tandis que l'expression « foi du palais » revient par 2 fois.

a. La négociation confirmée comme moyen[1175]

Le principe au fondement de la CJIP est celui de la négociation[1176]. Négociation du contenu de l'accord à commencer par l'amende mais aussi le récit des faits et les modalités. Mais, en amont, négociation aussi du principe-même de la CJIP, et, en surplomb, négociation de la souveraineté judiciaire.

Alors que les premières lignes directrices n'évoquaient la négociation qu'à trois discrètes reprises, la seconde version assume enfin le principe en totalisant une vingtaine d'occurrences.

« qui dit contractuel dit juste » selon la formule bien connue d'Alfred Fouillé[1177]. La loi de l'accord ne peut que rendre justice aux parties qui en ont convenu ? Sauf à ce qu'il y ait des tiers intéressés mais non partie : la victime (mais normalement invitée), la société civile (mais normalement représentée).

S'agit-il d'un contrat ? S'agit-il même seulement d'une convention, ou pratique-t-on une dénomination incantatoire ?

i. Une négociation du principe de la CJIP malgré les textes

La méta-négociation d'une transaction pénale se fait toujours sur la révélation des faits, qui est son fondement même selon J.-B. PERRIER, en amont de l'existence de la CJIP[1178].

Le principe-même d'une négociation (notamment quant aux conditions d'autorévélation[1179]) à l'ouverture de la CJIP pose déjà la pratique en contradiction avec les textes puisque les articles 41-1-2 et 180-2 du Code de procédure pénale disposent que l'initiative de la proposition appartient au parquet seul. Les lignes directrices assument

[1175] Rejetant en bloc cette dénomination J.-B. PERRIER a parlé d'un forçage de la catégorie contractuelle (p.549) au sujet du contrat pénal « l'adjonction doctrinale d'un adjectif ne semble pas suffisante pour dégager un concept » (p.538). Mais on était quelques années avant la *convention* judiciaire (2012).
[1176] Le consentement en matière pénale, thèse du Professeur Xavier PIN
[1177] Critique : https://lawjournal.mcgill.ca/wp-content/uploads/pdf/8928115-1224864948_Rolland.pdf
[1178] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, These de doctorat, Aix-Marseille, 2012. p.469
[1179] Qui a peu à voir avec l'auto-incrimination qui permet de protéger le mis en cause contre le parjure. A DEV et voir A DETHOMAS, l'auto-incrimination un régime à préciser. *JCPG 2020*, p.1784

explicitement en page 7 cette opposition entre la théorie des textes et la pratique réelle. On peut s'interroger sur l'origine de ces écarts qui se multiplient en matière transactionnelle et plus généralement dans le cadre de la compliance pénale. Est-ce consubstantiel à une matière difficilement prévisible ? ou est-ce redevable d'un affichage légal qui satisfait à bon compte les institutions et l'opinion pour permettre des innovations du droit en actes avant de les acter en droit ? D'autant qu'on a affaire ici à une option de procédure pénale laissée à la main du mis en cause, ce qui particulièrement rare !

La question de la gravité des faits est première, mais son traitement par la CJIP est paradoxal. Les praticiens, à la suite du législateur, la retiennent pour les faits les plus graves au sens où les montants sont élevés, les infractions potentielles lourdement condamnées et les faits systémiques. Tout le présent travail appuie le choix de cette perspective, dont on ne peut nier qu'elle pose question y compris pour certains parquets. La pratique de la CJIP environnementale apparaît d'ailleurs toute autre, avec des montants prononcés particulièrement faibles[1180]. Il est donc à espérer que lorsque le Parquet européen initiera sa pratique, il fera la part des choses entre des infractions graves parce que systémiques, qui justifient le recours à la CJIP, et les infractions graves parce que portant atteinte aux personnes, qui la rendent inopportune[1181].

Ainsi le PNF évacue-t-il la question de la gravité des infractions commises, se montrant ouvert à toute discussion, quitte à durcir proportionnellement les conditions de la négociation[1182]. Ce faisant, il acte le principe d'une ouverture systématique de la négociation pour ne pas nuire à l'autorévélation : « Au-delà des critères matériels légaux, le PNF ne souhaite pas imposer de condition a priori pour accéder à la CJIP »[1183]. La seule condition retenue pour entrer en négociation est celle au principe-même de la CJIP : « la coopération de bonne foi de la personne morale »[1184].

[1180] Par exemple, une amende de 40.000€ à l'encontre de Nestlé France prononcé par le tribunal de Charleville-Mézières le 13 septembre 2022.
[1181] Il pourrait être intéressant pour faire dialoguer les approches d'envisager une compétence du PNF pour les infractions environnementales d'ampleur tant elles sont liées aux infractions de probité et tant elles recèlent des enjeux systémiques comparables.
[1182] Il réserve toutefois « les cas incluant à titre connexe des atteintes graves aux personnes », Lignes directrices CJIP 2, p.7.
[1183] Ibid p.8
[1184] Ibid. p.9

Si la bonne foi est un ingrédient indispensable des conventions, il apparaît en revanche, par construction, à contre-emploi dans une relation judiciaire ![1185] Est-ce un marché de dupes ? Mais alors qui en ressort dupé ? La société ?

On remarque à ce titre que le flou est savamment entretenu entre ce temps de proposition du principe de la convention et le temps de la négociation de son contenu. Si désormais, « le parquet convient avec l'entreprise de la date à partir de laquelle un caractère formalisé est conféré à la proposition de CJIP »[1186], les textes encadrant la CJIP l'utilisent sans aucune harmonie, la loi elle-même se contredisant largement.

Nous avons vu combien les textes évitaient la notion de négociation, la circulaire du 31 janvier 2018 pour la mise en œuvre de la loi Sapin 2 ne fait pas autre chose en préférant à « la phase de négociation » la périphrase sibylline « la phase de proposition de la convention ».

Chacun des textes alimente ensuite la confusion, de sorte que tour-à-tour l'expression « proposition de convention » vise la proposition de procureur à la personne morale du principe de la transaction (le sens strict), la proposition du procureur à la personne morale du contenu de la transaction (le sens médian, mais finalement très théorique), voire la proposition commune du procureur et de la personne morale d'un document finalisé au juge (le sens extensif, mais le plus proche de la pratique).

L'article R15-33-60-2 débute par : « lorsqu'il souhaite proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public, le procureur de la République indique à la personne morale mise en cause la possibilité de se faire assister par un avocat » (sens 1), alors qu'il s'achève par « la proposition de convention précise » avant de détailler tout le contenu de la CJIP (sens 2).

L'article 41-1-2 du code de procédure pénale débute avec le sens 1 « le procureur de la République peut proposer à la personne morale mise en cause de conclure une CJIP », avant de terminer avec le sens 3 : « le président prend la décision de valider ou non la proposition de convention ».

L'article 180-2 est plus clair en distinguant la proposition de convention intervenant entre les parties : « si […] aucun accord sur la proposition de convention n'a été trouvé », de la convention qu'elles soumettent ensemble au juge : « si le président du tribunal judiciaire refuse

[1185] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, These de doctorat, Aix-Marseille, 2012.
[1186] Lignes directrices CJIP v.2 p.9, notamment pour permettre de préciser le statut des échanges en matière d'opposabilité et confidentialité

de valider la convention ». Ce faisant, il rejoint pertinemment la rédaction de l'article 41-2 qui évoque au début la « proposition de composition pénale émanant du procureur », avant de terminer sur la saisie par requête du « président du tribunal aux fins de validation de la composition ».

Cette terminologie est particulièrement importante pour établir le statut des échanges, et on ne peut que regretter qu'il ait fallu attendre les nouvelles lignes directrices pour éclairer ce point. L'article 41-1-2 du code de procédure pénale gagnerait sans doute à adopter la même formulation que les autres.

ii. Une négociation du contenu de la CJIP au-delà des textes

Le consensualisme jusque dans l'exécution. La négociation du contenu de la peine est particulièrement limitée par le principe de légalité et donc l'article 41-1-2 : il s'agit, en sus de l'indemnisation de la victime, de l'amende et du plan de mise en conformité limité. Pour ce dernier, il pourrait être utile pour des grands groupes, ou des entreprises très en retard, de le porter à 5 ans afin que l'exécution de la convention n'échoue pas de ce seul fait. Mais une telle extension n'est pas prévue par le droit. Les nouvelles lignes directrices introduisent tout de même la possibilité de lever une clause optionnelle permettant d'étendre à 3 ans les programmes de mise en conformité négociés sur une durée moindre. Si l'impact est relativement restreint, en-dehors de quelques entreprises qui pourraient regretter d'avoir négocié une période plus courte qui s'avère en fait insuffisante, il accentue nettement la philosophie contractuelle de la convention.

Des engagements unilatéraux. De la même façon, l'introduction d'engagements unilatéraux de l'entreprise appuie l'idée d'une véritable convention. C'est le cas de la CJIP Airbus 1 qui au point 53 « s'engage à maintenir cette coopération envers le PNF après la validation de la CJIP », ajoutant qu'« Airbus transmettra au PNF toute nouvelle information concernant les faits visés par la présente convention, ou concernant des faits dont elle pourrait avoir connaissance à compter de la validation »[1187]. On peut toutefois s'interroger sur la véritable opposabilité de telles clauses, qui participent certes de l'économie du contrat mais ne

[1187] CJIP Airbus p.9, 29 janvier 2020

pourraient guère en provoquer la résolution. Sauf bien entendu à conférer une conception dangereusement extensive à la notion de bonne foi, ou plus sagement à appuyer le développement de l'opposabilité des engagements unilatéraux des entreprises.

Une négociation jusque dans la reconnaissance des faits. Au-delà de l'amende et de quelques modalités, la négociation se fait, enfin et surtout, sur la rédaction des faits. A notre sens, le parquet devrait nettement accroître son exigence sur ce point, que nous tenons pour le cœur de l'acte, et dont on peut légitimement s'étonner qu'il soit disponible. C'est en effet dans cette description fine des faits que réside la véritable *amende*, au sens premier du mot, celui de l'extériorisation de la faute, que le verbe « amender » et l'expression « amende honorable » ont conservé[1188]. On retrouve justement un tel repentir qui repose exclusivement sur la description fine des faits, et non pas sur la sincérité du renoncement, dans le statut de repenti mafieux. En effet, le juge Falcone précise que le statut et les avantages associés (tels que la protection de la famille ou la réduction de peine) ne tiennent pas tant à la qualité du renoncement (que certains ex-membres de la mafia considérés comme repentis ont rejeté) mais bien à la précision des faits exposés (qui peut traduire une forme de repentir implicite mais qui permet surtout de traiter le mal systémique au-delà du cas personnel)[1189]. En ce sens, comme nous le voyons infra, nous préconisons une meilleure description des faits et leur reconnaissance explicite et définitive. Là où l'aveu pouvait être la reine des preuves, la reconnaissance de la matérialité des faits en est la régente. Pour deux raisons : les vertus de l'effet recognitif. Mais aussi pour s'assurer du rattachement de l'infraction à l'auteur, sinon plus rien n'a de sens[1190]. Schizophrénie selon Ambroise Castérot. D'ailleurs, comme le relève J.-B. PERRIER il y a des transactions (douanière en l'occurrence) qui admettent que la reconnaissance de la matérialité des faits puisse être utilisée postérieurement sur une action répressive. C'est ignorer la distinction entre aveu et reconnaissance matérielle, c'est dangereux[1191].

On note enfin, que si la philosophie de la négociation est désormais assumée par le ministère public, encore qu'elle ne le soit pas par les textes[1192], ce dernier introduit parallèlement la notion de « contrat d'adhésion », par distinction avec une négociation

[1188] Du latin e(x)-mendum, qui indique l'extraction de la faute. *Dictionnaire de la langue française*, Émile Littré, Hachette, 1873
[1189] FALCONE G., Proposte e interventi, 1994 p.47, rapporté par Deborah Puccio-Den paragraphe 63.
[1190] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, These de doctorat, Aix-Marseille, 2012.p.472
[1191] J.-B. PERRIER Ibid, p.476
[1192] Hormis dans les nouvelles lignes directrices

classique. Non seulement l'expression revient à deux reprises dans les nouvelles lignes directrices, mais elle a été explicitement introduite par le procureur national financier lors de l'audience de validation de la CJIP McDonald le 16 juin dernier 2022[1193]. Ainsi consolide-t-on un modèle de justice à mi-chemin entre la justice négociée et la justice imposée.

iii. Une négociation des modalités de la CJIP au-delà de son texte

La contractualisation de l'enquête. « La passation d'une sorte de contrat entre l'enquêteur et le mis en cause est de plus en plus fréquente » rapporte la commissaire Anne-Sophie Coulbois[1194]. Effectivement, pour accélérer la procédure, faciliter l'enquête et ne pas nuire au-delà du nécessaire, le consentement du mis en cause est sollicité autant que possible. C'est le cas déjà bien établi de l'audition libre, à laquelle le mis en cause consent en pouvant le quitter à tout instant. Au-delà des droits attachés par l'article du CPP, une telle coopération permet un confort de part et d'autre et de diminuer le caractère infamant de l'acte. La CJIP vient systématiser cette négociation des modalités très en amont de la convention elle-même puisque le seul fait de l'envisager a des effets sur l'enquête elle-même. Par exemple la perquisition, l'un des actes d'investigation les plus invasifs au sens propre peut être convenue dans un double sens : s'il existe évidemment des situations où la personne morale remet délibérément les documents requis pour s'épargner les difficultés d'une perquisition, il peut réciproquement arriver qu'elle sollicite une perquisition ponctuelle afin que le document convenu avec le parquet ne soit pas remis délibérément et ne perde ainsi pas la confidentialité attachée aux yeux d'autorités étrangères. Il en va de même lorsque le parquet privilégie des accords avec l'entreprise pour la remise de pièces étrangères, s'épargnant ainsi les lenteurs voire les refus de la coopération judiciaire internationale, ou lorsqu'il demande dès le stade de la perquisition que lui soit remis le rapport d'une enquête interne, en échange de la prise en compte de cette remise imprévue mais volontaire au stade, encore très hypothétique, d'une éventuelle CJIP.

Plus largement, s'élabore progressivement de véritables « enquêtes coopératives », hors du champ de ce que prévoit la procédure : le parquet établit une lettre de cadrage et travaille ensuite de concert avec l'entreprise à qui il confie des tâches d'investigation, avec en retour

[1193] La PRA est depuis revenue « à titre personnel » sur cette expression lors d'un colloque, concluant son intervention sur le fait qu'il s'agissait « plus d'une justice négociée que d'une justice d'adhésion ». GUILLET Céline, « La contractualisation de la sanction pénale », 2023.
[1194] Conférence Cour de cassation sur la contractualisation de la sanction pénale, 2023

l'engagement de n'exécuter aucun acte particulièrement coercitif pour l'entreprise comme des auditions contraignantes, ou un gel d'actifs.

La contractualisation du statut des pièces. Le parquet convient avec l'entreprise du statut des pièces qui lui sont remises, afin de les conserver hors du dossier de procédure. Le cas échéant, il obtiendra par voie de saisie ou de réquisitions les pièces qu'il souhaite conserver en procédure. En effet, le régime des pièces et celui du secret professionnel attaché est à la fois incertain, complexe et variable, au fil du temps et des pays concernés. Une telle contractualisation permet ainsi de s'assurer réciproquement d'un régime procédural commun ad hoc.

A un niveau plus macroscopique, c'est le degré de souveraineté judiciaire lui-même qui se trouve négocié. Comme vu supra, on sait l'importance que revêtait l'outil de la CJIP aux yeux des parlementaires attentifs aux enjeux de souveraineté, la proposition de création de la CJIP figurant en tête des recommandations du rapport Berger-Lellouche sur l'extraterritorialité de la législation américaine[1195].

Si la CJIP Airbus a définitivement ancré dans le paysage international l'outil français, en réunissant les équipes du DOJ et du SFO au sein même du PNF, cette coordination des poursuites et cette concertation dans les sanctions ne s'arrête pas là. Le procureur de la République financier rappelle ainsi à la délégation nationale l'importance d'« ancrer la visibilité de cette présence au niveau international »[1196].

Et cette coopération ne s'arrête pas non plus à la conclusion de la convention, puisque le suivi du programme de conformité revêt une grande sensibilité. La loi de blocage[1197] permet d'encadrer les informations du plan de conformité de l'entreprise lorsqu'il est prévu que le parquet le communique aux autorités de poursuite participantes[1198]. Les nouvelles lignes directrices prévoient également qu'« une fois la CJIP conclue, lorsqu'il est saisi de demandes d'entraide pénale international visant des faits inclus dans la convention, le PNF conditionne

[1195] BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine, 5 octobre 2016
[1196] BOHNERT Jean-François, Audition parlementaire du 7 avril 2021,1'39
[1197] Loi n°68-678 du 26 juillet 1968
[1198] L'article 3, 5° de loi Sapin 2 met à la charge de l'AFA le respect de la loi de blocage dans le cadre de décisions d'autorités judiciaires étrangères de soumettre à un plan de conformité une entreprise dont le siège est en France. On retrouve un tel suivi des PMC entre plusieurs pays dans la CJIP Société Générale du 24/05/2018 avec la High Court, et dans la CJIP Airbus du 29/01/2020 avec le DOJ et le SFO.

l'exécution des demandes à l'engagement de l'autorité étrangère de ne pas diligenter de nouvelles poursuites ».[1199] Ce faisant, le Ministère public vient contractualiser une forme de *non bis in idem* particulièrement audacieuse.

Retenons toutefois que si la contractualisation est poussée à son paroxysme, le confort n'est que d'apparence. On est « loin d'une conversation de salon » rappelle la PRA, car « loin d'être pacifique, c'est un exercice de grande tension où nous n'hésitons pas à utiliser des moyens coercitifs ou désagréables, pour inviter nos partenaires de la Défense à réfléchir de manière plus précise ». Pour euphémique qu'elle soit, la tournure rappelle à bon droit que les investigations judiciaires peuvent se poursuivre en parallèle de la négociation. Et bien que conventionnelle, celle-ci se tient dans un environnement de volonté restreinte et tient donc moins d'une négociation de marchand de tapis que d'une négociation du GIGN[1200].
Si nous déplorions en introduction générale l'absence regrettable du glaive aux côtés de la balance comme symbole de la justice dans les salles d'audience du nouveau Tribunal judiciaire de Paris, c'est précisément en ce sens. Nous suivrons donc volontiers l'analyse de la chambre des Lords lors de l'introduction de la responsabilité pénale des personnes morales au Royaume-Uni, qui l'évoquaient comme une « épée de Damoclès » suffisamment impressionnante pour qu'il ne soit pas besoin d'y avoir recours[1201].

b. La prévisibilité érigée en principe

Rétablir la prévisibilité est le second pilier du triptyque de la CJIP. Nous évoquions en introduction générale le cas d'une grande entreprise, préférant s'acquitter sans délai d'une amende plutôt que voir son innocence reconnue plus tard[1202]. Cette déclaration présente l'avantage de mettre en évidence ce qui est en jeu lorsque le justiciable est une entreprise, car même si elle est déjà présente chez un Beccaria qui préfère éviter les « tourments inutiles et

[1199] Lignes directrices CJIP2 p.24
[1200] Il arrive justement que le négociateur en chef du GIGN vienne dispenser des formations à cet effet aux équipes du Parquet.
[1201] https://publications.parliament.uk/pa/ld201213/ldhansrd/text/121030-0002.htm
[1202] Que l'on peut lire plus largement sous la plume d'Antoine GARAPON et Pierre SERVAN-SCHREIBER dans Deals 10 : « L'entreprise souhaite être fixée le plus rapidement possible sur son sort. Elle ne peut se permettre de subir le temps impérial de la justice, sur l'agenda de laquelle elle n'a aucune prise, et qui se montre insensible aux pertes importantes que peut générer cette incertitude ».

féroces de l'incertitude »[1203], il s'agit bien ici de lui préférer la certitude d'une sanction ! Côté prévisibilité on comprend volontiers qu'elle doive être fixée sur son sort dans les plus brefs délais, côté amende, on contestera comme vu supra que sa nature puisse être *uniquement* pécuniaire.

Aussi, en accentuant la prévisibilité pour l'entreprise, nous n'oublions pas que derrière la « finalité courte » du jugement qui veut ici s'épargner d'ajouter un désordre pénal à l'ordre troublé, il y a une « finalité longue », la « contribution à la paix publique », qui ne saurait se satisfaire d'un simple calcul[1204].

Dès lors, cette prévisibilité que sert la CJIP en développant un outil transactionnel et un barème harmonisé ne s'épuise pas dans le calculatoire mais permet aussi de conserver le lien avec l'entreprise.

i. De la flexibilité à l'imprévisibilité

La sanction pénale en correctionnelle suscite une imprévisibilité que la CJIP tente de rationaliser en évacuant sa part d'insécurité juridique. Autant que possible, elle cherche à établir le cadre dans lequel le ministère public va s'exercer et les critères suivant lesquels il va trancher, sans s'en tenir au très manichéen binôme relaxe/condamnation.

Certains magistrats préfèrent marquer l'inégalité entre les parties autour de la table, le Ministère public ne pouvant véritablement négocier avec des mis en cause. Dès lors, il garderait toujours le privilège de l'opportunité des poursuites et ne saurait être lié par un engagement. D'autres au contraire, plus favorables à la CJIP, considèrent que si le Ministère public a l'ascendant en droit, l'entreprise détient l'ascendant en fait, car c'est elle qui dispose à la fois de la connaissance et des moyens. Dès lors, la CJIP peut être perçue comme le renoncement aux ascendants de part et d'autre pour trouver un terrain d'entente. Les « concessions réciproques sont pourtant une condition indispensable à la qualification du contrat », comme « exigé très tôt par la jurisprudence »[1205].

C'est cette seconde perspective qui a prévalu dans l'établissement de nouvelles lignes directrices, dont on pourra jauger de la pertinence à l'aune des autorévélations, celles-ci

[1203] "Je dis plus *juste*, parce qu'elle épargne au coupable les tourments inutiles et féroces de l'incertitude » BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Des délits et des peines, ENS Éditions, 2022. p.205
[1204] Pour reprendre une distinction chère à Paul Ricoeur, notamment dans *Le Juste* p.185
[1205] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2012. p.25

témoignant de la confiance des entreprises dans l'outil. Si la peur de la sanction doit demeurer, c'est en se substituant à l'angoisse de la sanction, cette « peur sans objet » dont l'aléa du couperet pèse plus que la certitude. Signe en effet de ce tiraillement du parquet à la contractualisation de conditions bonifiées, le surlendemain-même de la publication de ces lignes directrices historiques par la place donnée à l'invitation à la coopération, le PNF publiait un « Communiqué Dubaï Papers »[1206]. Or ce communiqué, après avoir rappelé que « 71 perquisitions et 51 auditions et gardes à vue ont été menées » dans ce dossier « invite en conséquence les personnes ayant eu recours à la société Helin à se rapprocher dans les plus brefs délais du PNF, et en tout état de cause avant le 30 avril 2023 ». La phrase suivante et conclusive étant aussi lapidaire qu'ambivalente : « Faute de s'être manifestée dans ce délai, il en sera tenu compte dans le cadre du traitement pénal ». Ainsi le parquet ne s'engageait-il à aucune mansuétude, tout en invitant à la coopération, si ce n'est par contraste avec la sévérité promise dans l'alternative[1207].

Le risque, c'est que cette flexibilité soit seulement d'apparence, en n'étant garantie que lorsque le consensualisme est acté. Mais l'intérêt d'une convention est d'être capable de contrôler son échec ou sa rupture. (REF ?). Que se passera-t-il lorsque le président du tribunal refusera la validation d'une CJIP ? Que se passera-t-il lorsqu'une entreprise ne respectera pas son PMC, provoquant la rupture de la convention où à l'inverse, qu'une autorité étrangère maintiendra ses poursuites ? Il est à craindre que le système consensualiste ne fonctionne que consensuellement, et que l'échec d'une convention atteigne l'outil lui-même.

Mais n'est-ce pas au fond ce qui est attendu ? L'outil est né conjoncturellement comme la CJIP pour Airbus, n'est-il pas convenu qu'il meure après avoir rempli son rôle de purgation du stock ? D'où son emploi one-shot.

Un élément de rationalisation pourrait être la tenue d'audiences de mise en état, hors public, avant les CJIP et les CRPC. Car aujourd'hui, l'encadrement de l'aléa de la décision d'homologation ne repose que sur des accords interpersonnels informels. Il faut institutionnaliser par principe et par précaution (l'accord de reposer sur des fonctions pas sur des personnes, sinon on a de mauvaises surprises comme Bolloré) : la foi du palais ne peut pas être le support des accords de couloir. D'autant plus que la philosophie qui sous-tend ces

[1206] Communiqué Dubaï Papers, PNF, 18 janvier 2023

[1207] La formule en anacoluthe rend compte de toute la délicate ambiguïté d'une position voulue tout à la fois répressive et incitatrice, sans pour autant formuler d'engagement à la mansuétude en contrepartie.

nouveaux outils n'est ni unanimement partagée ni univoquement comprise, donc on réintroduit un aléa.

Si personne n'ignore ces accords informels pré-audiencement, on peut en trouver une trace formalisée dans le cadre du renouvellement de la proposition de peine de la CRPC du PNF contre le géologue d'Areva Monsieur Claude C. La requête du PNF saisissant le juge d'une nouvelle proposition de peine (comprenant l'inscription au casier judiciaire, afin de tenir compte du refus du tribunal d'homologuer sans cette inscription) est datée du 12 octobre 2021, alors que l'ordonnance du juge qui y répond est datée du 11, date que nous pouvons tenir comme celle de la tenue de la discussion informelle.

Nouvelle proposition de peine. Une solution pertinente pour assurer une bonne prévisibilité sans abuser d'accords de couloirs aurait pu être la possibilité de déposer une nouvelle demande d'homologation de la CRPC, qui tiendrait compte des motifs exposés dans l'ordonnance de refus du juge de l'homologation. En effet, l'article 495-12 du Code de procédure pénale autorise la présentation d'une nouvelle CRPC s'il apparaît « des éléments nouveaux ». C'est justement la proposition faite par le PNF dans la CRPC Claude C. exposée supra. Echaudé par la non-homologation de la CRPC Bolloré, le PNF avait saisi l'occasion du refus d'homologation d'une CRPC moins exposée pour former un pourvoi en cassation en recours pour excès de pouvoir. Cependant, celui-ci n'a pas prospéré, la chambre criminelle déniant cette possibilité le 17 mai 2022[1208]. On pourra légitimement regretter une décision inverse à la pratique de nombreux parquets qui remettent sur le métier une proposition de CRPC lorsque son homologation est refusée une première fois. Ceci présentait effectivement l'avantage de donner au juge une place dans l'appréciation finale du dispositif, sans rejeter définitivement son économie.

ii. De l'amende adhoc à un barème public harmonisé

Sur le modèle anglo-saxon, les nouvelles lignes directrices ont entrepris de proposer un barème public comprenant une vingtaine de critères qui viennent majorer ou minorer d'autant le montant de l'amende à prononcer. Le directeur du contrôle de l'AFA, Salvator Erba, avait

[1208] On peut regretter cette décision qui apparaît assez éloignée de la réalité de nombreux parquets où l'on remettait sans sourciller la proposition de CRPC sur le métier lorsque son homologation était refusée une première fois.

pu balayer les critiques de ce nouveau dispositif en déclarant « en son temps, la nomenclature Dintilhac aussi c'était un ovni ».

Au-delà du seul tableau des critères, sont exposées également les méthodes de calcul possibles ainsi que les options comptables. L'établissement de ces pourcentages qui permettent de modéliser les montants sert évidemment une grande prévisibilité. Néanmoins, dans les faits les intitulés correspondant à chaque critère restent nécessairement (et délibérément) très subjectifs. Ainsi, si le PNF précise le sens qu'il donne aux termes, il n'en précise pas véritablement la portée. Sans même s'arrêter sur des critères comme le « trouble grave à l'ordre public » dont l'appréciation est par essence complexe, des critères apparemment très factuels comme « entreprise de grande taille » ne sont précisés par aucun seuil. Cela, couplé à l'idée que l'amende financière ne représente pas l'exhaustivité de la sanction, permet de ne pas verser dans une conception purement calculatoire de l'amende[1209].

Dans ce contexte, on peut regretter que l'ensemble des critères et leur pondération ne soient pas clairement affichés dans le texte des CJIP. Celui gagnerait en lisibilité et en adhésion pour le public.

iii. De la césure pénale au maintien du lien

A un niveau plus macroscopique, la prévisibilité s'illustre par le maintien du lien entre l'entreprise mise en cause et la communauté. Là où le droit pénal représente une sanction au sens étymologique de séparation, la CJIP propose une sorte de conformation, qu'on pourrait juger plus importante encore que la conformité. En prenant conscience de ce que la valeur d'une entreprise n'est pas tant définie au présent que par sa valorisation future[1210], il s'agit de dégager son horizon plutôt que de l'assombrir.

Nous avons supra exposé notre conception de la CJIP, dont l'amende, dans sa part restitutive et sa part afflictive, donne quitus pour le passé et se tourne résolument vers le futur avec un programme de conformité. C'est ce que fait le DOJ en permettant à Lafarge-Holcim de

[1209] Nous explicitions *infra* les enjeux de cette méthode
[1210] « La valeur d'une entreprise étant calculée non pas à partir de ce qu'elle vaut aujourd'hui mais de ce qu'elle vaudra demain » Frederic Gros, Coopérer contre soi-même, *Deals de justice* p.175

publier sur son site le quitus donné par les autorités à la qualité de son dispositif de conformité pour l'avenir, alors même qu'ils viennent de reconnaître des faits de « complot en vue de fournir un soutien matériel à des organisations terroristes étrangères » et d'acquitter pour cela une amende de 777,78 millions de dollars.

Passage du paradigme juridictionnel au paradigme relationnel par la compliance : Deals 122.

Le maintien de l'entreprise dans la communauté ne se vit pas seulement dans l'absence de condamnation qui lui permet d'agir sur les marchés. Au moins aussi important est le maintien entre l'entreprise personne morale et l'entreprise communauté de personnes physiques. En effet, si l'activité est beaucoup moins affectée par les conséquences de la sanction, elle l'est aussi par celles de la procédure, qui non seulement évite de la distraire de la gestion de ses affaires, mais permet même dans certains cas d'apaiser le climat social interne comme externe par la preuve d'une coopération.

Comme le disait il y a deux siècles déjà Bigot de Préameneau « c'est l'irrévocabilité de ce contrat qui le met au rang de ceux qui sont le plus utiles à la paix des familles et à la société en général »[1211]. Et en effet, l'accord garantit la permanence. Et la CJIP Airbus II indique que la relation de confiance peut se poursuivre pour purger d'autre cas au-delà de l'effet « à un coup » qu'on lui prêtait jusqu'à lors.

Si on peut y retrouver un renouvèlement de la conception de la justice de Beccaria : « par justice je n'entends rien d'autre que le lien nécessaire pour maintenir l'union des intérêts particuliers, lesquels sans lui retomberont dans l'ancien isolement social »[1212], des esprits chagrins pour constater, non sans raison, que « la justice n'est plus là pour dire la loi, elle participe avant tout à la régulation des flux »[1213].

Il s'agit alors, après avoir étudié ce que recouvrait la « convention judiciaire », d'envisager ce que contient « l'intérêt public ».

[1211] cité par A. FENET, in Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil, Tome quinzième, Videcoq 1836, p.108, lui-même cité par Jean-Baptiste PERRIER p.6
[1212] BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Des délits et des peines, ENS Éditions, 2022. 64
[1213] GROS Frederic, Coopérer contre soi-même, *Deals de Justice*, p.185

Le PMC semble correspondre dans les transactions pénales habituelles à l'injonction de suivre un stage ou une formation, qui ont la même finalité de prévention et réinsertion.

Mais ce lien unilatéral se fait au détriment du tissu social plus complexe. La fin de la tiercéité de la sanction pénale, dans la condamnation, dans le prononcé, dans l'incarnation du juge, relègue la dimension sociale, « réduisent le rapport social à un rapport unilatéral »[1214].

c. L'intérêt consacré comme fin

Contrairement à ce qu'une approche rapide peut laisser penser, la transaction pénale ne considère pas l'intérêt public et l'intérêt privé sur un pied d'égalité. « La logique contractuelle ne s'impose pas au pouvoir de répression, mais se met à son service », de sorte que les accords conclus sont « accessoires au processus répressif »[1215]. Si, plutôt que par les principes qui guident l'action pénale, la CJIP paraît être guidée par l'intérêt, c'est avant tout par l'« intérêt public », dont elle porte le nom. Sous réserve de définir ce que recouvre cet intérêt public, elle apparaît comme l'aboutissement de l'application du law and economics en droit pénal en cherchant à maximiser l'intérêt général par l'évitement des externalités négatives dans l'infraction comme dans sa répression.

Dans la notion de « CJIP », il y a un premier équilibre qui est celui entre convention et judiciaire. Il pourrait suffire puisque judiciaire suppose l'intérêt général. Ajouter l'intérêt public c'est assumer qu'il a une part au-delà du judiciaire, et qu'elle est prise en compte.

i. L'intérêt privé

Pour Pariguet dans Le juge et moi[1216], nous réduisons le justiciable à ses symptômes et sa liberté à ses intérêts : « l'accroissement des choix offerts au justiciable ne saurait occulter l'atrophie du justiciable réduit à son « intérêt ».

[1214] PARIGUET Marie, « Le juge et moi », *Rev. Sci. Criminelle Droit Pénal Comparé*, 2, Dalloz, 2012.
[1215] BEAUVAIS Pascal, Méthode transactionnelle et justice pénale, GAUDEMET Antoine (dir.) *Le monde nouveau de la compliance*, p.87
[1216] PARIGUET Marie, *op. cit.*

Le premier des intérêts qui paraît pris en compte par l'introduction de la CJIP c'est celui des entreprises, afin de ne pas nuire au-delà de ce qui est strictement requis par la part afflictive de la peine. Comme le souligne un éminent praticien des CJIP « L'enjeu prioritaire pour l'entreprise est de regagner le plus rapidement possible sa place [dans le marché], une fois regagné le droit d'y participer »[1217], et l'évitement de l'exclusion des marchés publics comme l'évitement des peines complémentaires prévues par le code pénal y tiennent une large part. Au-delà de ces protections par soustraction, l'intérêt de la personne morale est aussi préservé de manière positive par sa mise à contribution, qui lui permet d'avoir un regard sur la procédure, d'afficher en interne comme à l'externe sa volonté de rompre avec des pratiques anciennes, et plus généralement de faire montre d'une rassurante transparence envers ses parties prenantes.

Bien que souvent occultés, deux autres intérêts privés entrent en ligne de compte, renforcés par la dimension *intuitu personae* de l'outil. Favorablement d'abord, celui des dirigeants de l'entreprise. En effet, un jugement correctionnel requérant l'identification des « organes ou représentants » au sens de l'article 121-2, une procédure négociée expose beaucoup moins les dirigeants, et leur permet d'afficher une rémission active.

Moins favorablement vient le rôle des avocats, qui sont pourtant en première ligne dans la mobilisation de la CJIP et sa proposition aux entreprises qu'ils conseillent. Dans une critique qui n'est peut-être pas tout à fait dépourvue de luddisme, certains praticiens se montrent hostiles à ce qu'une transaction pénale sonne le glas des grands et longs procès traditionnels, qui, au-delà de leur symbolique, permettaient une meilleure rémunération en honoraires comme en visibilité[1218].

L'outil paraît avoir fait ses preuves, et se trouve dès lors progressivement étendu à d'autres matières. Pour autant, seul le temps long nous permettra de nous assurer que la prise en considération de cet intérêt privé est juste. En effet, s'il est vrai que nous pouvons constater que ni l'opinion, ni les associations, ni les autres juridictions un temps critiques à son endroit n'ont consolidé de véritable opposition au-delà de la position de principe, tout l'édifice nous paraît reposer sur le très américain « born again »[1219]. Dès lors, si une entreprise venait à être accusée d'une infraction comparable à celle pour laquelle la CJIP avait été signée, il ne nous

[1217] MIGNON COLOMBET Astrid, La self-defense des entreprises, *Deals de justice,* p.84
[1218] D'autant que les avocats ayant contribué aux CJIP sont particulièrement peu nombreux, donc les praticiens doivent publier des critiques pour être référencés sur le sujet, au risque de tuer l'outil.
[1219] Comme vu *supra*, il nous semble que la compliance est comprise comme séparant un monde ancien, soldé par une amende, d'un monde nouveau ordonné par la conformité. La réitération d'infractions passées pourrait rendre caduque cette conception.

apparaît pas certain que l'instrument pourrait survivre. En effet la critique exposée précédemment qui s'inquiète de ce que la transaction pénale ne permette à l'entreprise de faire de l'infraction un investissement comme un autre aurait alors de l'eau à son moulin.

Cependant, si l'intérêt privé est au fondement de l'action transactionnelle, il est aussi au fondement de la sanction elle-même. En effet, le montant de ce dernier est, conformément à l'article 41-1-2, « fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés ». Il est même comptabilisé par deux fois puisqu'il sert une première fois à établir le montant restitutif (le *disgorgement* anglais) et une seconde fois de base à l'établissement du montant afflictif (l'amende proprement dite). Désormais, le Ministère public accorde une grande importance à l'évaluation de ce montant, dont il a une conception comptable rigoureuse dans les deux sens du terme. Ainsi sont désormais pris en compte les avantages tirés des manquements, mais également les avantages indirectement tirés des manquements, les avantages immatériels, les avantages espérés, et même les avantages initialement espérés[1220].

Finalement, ça n'est favorablement à l'intérêt de la personne morale qu'« en ce qu'il participe directement de l'intérêt public [que] l'intérêt de la personne morale est pris en compte. »[1221]

Intérêt de l'entreprise de réduire la sanction à une ligne d'intérêt, une ligne financière. Elle peut être coûteuse mais elle est facile à appréhender. Est-ce légitime ? Pas complètement scandaleux.
On remarque que c'est le directeur financier qui conduit la CJIP en coulisse, qui fixe le mandat (la fourchette de la négociation possible) et le tempo (le calendrier possible), au détriment du directeur juridique.

ii. L'intérêt public

« Le recours à la CJIP satisfait ainsi l'intérêt public « lorsqu'il permet de réduire sensiblement le délai d'enquête, d'assurer l'effectivité et la fermeté de la réponse judiciaire en réponse aux

[1220] C'est l'objet du détail des pages 12, 13 et 14 des nouvelles lignes directrices, sur lesquelles nous revenons infra.
[1221] Nouvelles lignes directrices CJIP 2, 16 janvier 2023. p.4

comportements poursuivis, d'assurer l'indemnisation du préjudice de la victime et contribue à la prévention de la récidive par la mise en place de dispositifs effectifs de détection des atteintes à la probité » Rapport S2-98

Dès son Traité de la nature humaine[1222] Hume met en garde : « *l'acte de justice pris isolément est fréquemment contraire à l'intérêt public ; et s'il devait rester sans être suivi par d'autres, il pourrait en lui-même être très préjudiciable à la société. … Mais si contraire à l'intérêt tant public que privé que puisse être un simple acte de justice, il est certain que l'ensemble du plan ou système est hautement utile, voire absolument nécessaire, à la fois au maintien de la société et au bien-être de chaque individu ».*

Dès lors, c'est un système plus grand que les cas individuels traités qui justifie l'acte de justice. Cependant, lorsque ces actes de justices concernent des agents économiques, voire des agents économiques systémiques, ne devient-il pas également nécessaire de tenir compte de l'économie générale de la décision dès l'acte individuel ? C'est en effet le parti pris de la CJIP que de considérer que l'intérêt privé d'entreprises participe de l'intérêt collectif, en ce qu'elles génèrent de la valeur, créent des emplois, voire participent à l'ordre public.

Comme le rappelle le rapport Gauvain-Marleix, la loi ne définit pas l'intérêt public, mais en rend le parquet dépositaire[1223] ; dès lors chaque fois qu'il le considère satisfait, le ministère public prime les critères éventuels, ce qui explique la disposition d'ouverture affichée par le PNF en première partie de ses lignes directrices. Ainsi le Code for Crown prosecutors britannique précise-t-il : « it is quite possible that one public interst factor alone may outweigh a number of other factors which tend in the opposite direction"[1224].

Cependant, et sans même entrer dans un débat sur les pouvoirs du parquet ou la notion de dépositaire de l'intérêt public, les juges américain Jed Rakoff et britannique Brian Leveson rappellent qu'il faut par principe un tiers pour s'assurer de la qualité de l'accord pénal. « Ce n'est pas parce que cet accord est rationnel d'un point de vue économique pour chacune des parties qu'il est nécessairement conforme à l'intérêt général » explique pour sa part le Juge

[1222] HUME, Traité de la nature humaine III, II, Section II
[1223] R. GAUVAIN et O. MARLEIX, Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de 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 2 », 7 juillet 2021, p.99
[1224] *Code for Corwn Prosecutors,* point 4.13, 26 octobre 2018

Rakoff, célèbre pour son regard critique sur le traitement qu'il juge superficiel de la SEC et du DOJ[1225]. « Un DPA requiert une opinion indépendante et informée d'un juge avant qu'il ne soit exécuté ; l'accord des parties ne suffit pas » expose pour sa part le juge Leveson dans son jugement de validation du DPA Standard Bank[1226].

Aussi semble-t-il qu'au-delà de l'efficacité et de l'effectivité du système, dans sa célérité procédurale, son exécution de la sanction comme sa prophylaxie, c'est la notion de tiers qui puisse garantir l'utilité publique. Si l'optimisation des transactions pénales peut effectivement maximiser l'intérêt général, l'intérêt public requiert pour servir le bien commun, une dimension sociétale, que l'on pourra trouver par le juge et par la publicité.

Pour J.-B. PERRIER dans sa thèse sur les transactions pénales, le recours au juge n'est pertinent que pour s'assurer de ce que les peines ne portent pas une atteinte disproportionnée aux libertés individuelles. (Le procureur n'est-il pas en effet déjà dépositaire de l'intérêt public ?)

iii. L'intérêt du service public

Faute de véritable définition de ce que recouvre l'expression d' « intérêt public », sans doute peut-on aussi situer la CJIP à mi-chemin entre l'intérêt général et le service public, à l'instar du Groupement d'Intérêt Public par exemple. Finalement en l'espèce l'intérêt public pourrait s'incarner notamment dans l'intérêt du service public lui-même : le bon fonctionnement de la justice. Nous pouvons en relever quatre dimensions.

La première, déjà évoquée, est celle d'un traitement plus efficace des affaires. La procureure de la République financier adjointe, en charge de l'audiencement : « Avec 700 dossiers pour 17 magistrats » et « des créneaux d'audiencement difficiles à obtenir », « je suis parquetière, j'aime avoir un regard pragmatique : *il nous faut les sortir*. Ce travail de gestion de flux, je l'ai constamment en tête dans mon activité quotidienne. »[1227] Ainsi le Code for

[1225] Comme rapporté par GARAPON Antoine, in *Deals de jsutice* p.134
[1226] Jugement du 4 novembre 2015, rapporté par Astrid MIGNON-COLOMBET dans La justice négociée en France : un modèle en construction pour les entreprises, in *La compliance un monde nouveau ?* p.77
[1227] GUILLET Céline, conférence sur la contractualisation de la justice pénale, 2023

Crown prosecutors britannique duquel la pratique française s'inspire n'hésite pas à indiquer explicitement que « cost quand be a relevant factor when making an overall assessment of the public interest. Cases should be prosecuted in accordance with principles of effective case management"[1228]. Sur l'année 2022, le PNF c'est 32 dossiers jugés : 14 en audience, 8 en CJIP[1229] et 10 en CRPC. 74 personnes jugées, 70 personnes condamnées. Mais 69% d'appel lorsqu'on passe en audience, dont la CRPC et la CJIP sont des outils de désencombrement assumés.

La deuxième, passée sous silence jusque-là, est l'augmentation substantielle des recettes. La CJIP on le sait fait parvenir dans les caisses de l'État des montants qu'aucun juge pénal n'aurait espéré. C'est d'ailleurs un argument étonnamment évoqué par la procureure de la République financière lors de la première CJIP, rappelant dans son communiqué que les sommes abondaient le trésor public. Un auteur éminent n'a pas manqué de lui faire remarquer qu'une amende n'avait en aucun cas la fonction d'abonder les caisses de l'État, une mission dévolue à l'impôt[1230]. Cette analyse est intéressante car elle témoigne que l'État qui fait face à l'entreprise lors de la négociation de la CJIP n'apparaît pas seulement comme le garant de l'intérêt général mais également comme le trésorier public ; manifestant le risque de réduire la sanction pénale à un intérêt financier bien compris entre deux parties prenantes utilitaristes. Et l'histoire-même des transactions pénales peut abonder ce constat, puisqu'elle débute avec la répression des atteintes au patrimoines de l'État, en matière fiscale et douanière[1231].

On remarque cependant que, si ces fonds abondent dans tous les cas le service public, rien n'indique qu'ils pourront être en partie affectés au budget de la justice. Dès lors, si jusqu'alors la faiblesse du budget de la justice était justifiée par sa nature de service public la laissant aux abois au même titre que l'éducation ou la santé, depuis qu'elle est devenue, sur certains de ses départements, un poste de recette pour le budget global[1232], l'explication par la nature de service public de sa disette de moyens peine à convaincre[1233]. On peut sans doute interpréter en ce sens le rappel régulier par le PNF de sa position de percepteur public, que ce soit en audience, en interview, ou même dans des communiqués spontanés centrés sur les recettes générées[1234].

[1228] *Code Crown Prosecutors,* 4.14.f
[1229] Dont 3 dossiers distincts rassemblés dans la CJIP Airbus 2.
[1230] REBUT Didier, Une CJIP au service du budget de l'État, La Semaine juridique, 4 déc. 2017
[1231] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, These de doctorat, Aix-Marseille, 2012.
[1232] Nous avons indiqué *supra* estimer que le PNF génère en moyenne depuis sa création un montant de recette nette d'environ 100 millions d'euros par mois.
[1233] C'est donc plutôt une explication en termes de retenue du bras armé de l'ordre public, voire de tolérance pour un niveau résiduel de délinquance qui pourrait se faire jour.
[1234] « La pratique de la convention judiciaire V2 », communiqué PNF, site du TJ, 2023

La troisième dimension de service public que semble servir la CJIP, c'est l'organisation par la justice de son propre dépassement[1235], afin de survivre aux mises en causes voire à la concurrence qu'organise la fonction sanctionnatrice du marché[1236]. En effet, la justice négociée introduit dans l'exercice pénal une appréciation extra-judiciaire et même extra-juridique de la sanction. Celle-ci prend désormais en compte la réputation, les enjeux moraux, les conséquences financières, les effets politiques et sociaux. Si elle réalise effectivement un bilan coût-avantage c'est au prix de l'intégration d'une multitude de facteurs, comme nous l'avons vu précédemment en abordant la question du pilotage de la sanction pénale.[1237]

Enfin, la quatrième dimension est la reconnaissance d'un service public judiciaire international. Le mécanisme de la CJIP, couplé à ses homologues du DPA permet en effet de réaliser des règlements pénaux transnationaux dont Airbus a été l'exemple le plus flagrant, se soldant par le versement de 2 083 millions d'euros au Trésor public français, 984 millions pour le Trésor britannique et 526 pour le Trésor américain[1238]. Ce faisant, l'instrument permet « de gagner en présence et reconnaissance à l'international pour que la France soit reconnue comme partenaire à armes égales avec les autorités étrangères »[1239], et d'adopter « au-delà de la CJIP une logique [de compliance] qui permet de faire sauter les verrous historiques de la coopération internationale »[1240].

Justifiée par une telle perspective de service public, la CJIP pourrait prendre une dimension phagocytant toutes les fonctions dévolues à la justice pénale des affaires. Par le prisme des « infractions connexes », qu'est-ce qui l'empêcherait d'attraire dans son champ matériel n'importe quelle infraction systémique d'ampleur, au prix d'un accord avec l'entreprise en cause sur la caractérisation d'une petite infraction fiscale la rendant compétente ? Nous ne sommes sans doute qu'aux prémices d'un outil qui devra savoir contrôler sa force s'il

[1235] Conformément à l'enseignement d'un SOLJENITSYNE : « Moi qui ai passé toute ma vie sous le communisme, j'affirme qu'une société où il n'existe pas de balance juridique impartiale est une chose horrible. Mais une société qui ne possède en tout et pour tout qu'une balance juridique n'est pas, elle non plus, digne de l'homme. Une société qui s'est installée sur le terrain de la loi, sans vouloir aller plus haut, n'utilise que faiblement les facultés les plus élevées de l'homme. » Discours de Harvard, juin 1978, trad. Johannet, Belles Lettres, 2019, p.29
[1236] GALLI Martina, CJIP p.370
[1237] BEAUVAIS Pascal p.86 op.cit.
[1238] Communiqué de presse PNF CJIP Airbus 30 janvier 2020.
[1239] BOHNERT Jean-François, audition parlementaire 7 avril 2021, 17'.
[1240] *Ibid* 18'.

veut préserver sa légitimité devant les juges du siège, l'opinion publique française et les autorités étrangères.

2. Une persistance hésitante des attributs de la justice pénale

Les débats parlementaires sur l'adoption de la CJIP tournaient autour d'une même idée : les principes pénaux ne sont pas strictement observés par cette transaction, mais l'écart grandissant que l'on observe entre la théorie dont l'énoncé de ces principes relève et la pratique de leur mise en œuvre les rendait déjà fortement inopérants[1241].

L'enjeu est alors de voir dans quelle mesure la compliance, par la CJIP, permet de renouveler des principes pénaux dont il serait regrettable de devoir se passer.

Nous parlions en introduction d'un pénal en forme de glaive de Salomon, serait-ce plutôt ici l'épée de Damoclès ? C'est ce qu'indiquent les débats sur la transaction pénale : "Once the agreement is approved, the prosecutor will lay the relevant charges before the court and proceedings would then be immediately suspended. This suspension will be the sword of Damocles, providing the threat of prosecution should the organisation fail to fulfil its agreement. »[1242]

a. L'avenir ambigu d'une sanction contenue

La CJIP est le dénouement naturel de la responsabilité pénale de la personne morale. Que pouvait-elle être d'autre que les armes pénales au service d'une conception civile ?

i. Une sanction pénale limitée mais pas minorée

Les nouvelles lignes directrices s'ouvrent anaphoriquement sur la triple efficacité de la sanction façon CJIP : efficacité dans la célérité de la sanction (une réponse pénale aux délais et

[1241] C'est le sens des interventions de S. DNAJA, X. SIMEONI et E. HOULETTE lors des débats du 7 juin 2016
[1242] LORD MCNALLY Ministry of Justice, *House of Lords Hansard*, Column 570, 30 October 2012.

aléas diminués), efficacité dans l'exécution de la sanction (paiement sous dizaine) et efficacité dans la prophylaxie (exigences de mise en conformité).

En échange de ce renouveau d'efficacité, la sanction CJIP renonce à une part de l'arsenal pénal. Il s'agit avant tout de l'absence de condamnation, de reconnaissance de culpabilité. En effet, la transaction pénale existait déjà pour les personnes morales avec la CRPC mais n'était guère sollicitée puisqu'elle emporte comme toute condamnation définitive pour une atteinte à la probité, l'exclusion des marchés publics[1243]. Il s'agit également de l'absence de peine complémentaires, comme la peine de confiscation, la fermeture d'établissements ou l'interdiction de certaines activités.

Certains ont pu y voir le signe d'un droit pénal moins afflictif et plus conformatif. Cela n'est pas certain au regard de la rigueur du calcul de l'amende que nous allons voir. D'autres à commencer par le Conseil d'État dans son avis consultatif ont regretté la perte de « sa valeur d'exemplarité » et de « la recherche de la vérité »[1244]. C'est en ce sens que nous avons défendu une conception de l' « amende honorable » qui tienne fidèlement compte des faits, et une extension de la publicité comme nous verrons infra. La troisième série de critiques envers l'amende de la CJIP la traite de « commercialisation de la peine » et de « licence offerte aux fortunés ». C'est là une arlésienne de la sociologie pénale que l'on retrouve dès qu'une amende est en jeu plutôt qu'une incarcération, et ce dès l'ouvrage fondateur *Peine et structure sociale* de G. Rusche et O. Kirchheimer en 1939[1245].

Le texte de la loi en dispose ainsi : « le montant de cette amende est fixé de manière proportionnée aux avantages tirés des manquements constatés, dans la limite de 30% du chiffre d'affaires moyen annuel ».[1246]

Notons dès à présent que ce plafond des 30% ne nous paraît pas pertinent, il apparaît comme une limitation d'autant plus arbitraire que l'argument de l'individualisation et celui de

[1243] En vertu de l'article L2141-1 du Code de la commande publique, et de l'article 57 de la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics.
[1244] CE, 31 mars 2016, p.11
[1245] G. RUSCHE, O. KIRCHHEIMER, Peine et structure sociale, Columbia University Press, 1939
[1246] CPP, article 41-1-2, 1°.

la proportionnalité font déjà par essence partie intégrante du dispositif[1247]. On remarque d'ailleurs qu'à trois exceptions près[1248], ce plafond est sans aucune proportion avec l'amende prononcée puisqu'elle oscille en moyenne pour les 20 autres autour de 5% de ce plafond[1249]. Au-delà de ce dommageable écart de méthode, les plafonds restent dans l'esprit du public comme des peines encourues suivant le principe classique des incriminations. Les taux pratiqués étant finalement particulièrement éloignés de ce plafond, c'est une image particulièrement peu répressive qui s'en retrouve cultivée[1250]. Par exemple, dans la CJIP Crédit Suisse AG du 21 octobre 2022, l'amende prononcée est de 123 millions d'euros, ce qui correspond à moins de 2% du plafond CA[1251]. Cette amende pourrait paraître clémente au regard du plafond, mais elle correspond en fait au double des avantages tirés des manquements, ce qui la place parmi les plus sévères jamais prononcées.

Sur la proportion de l'amende, nous appuyons volontiers une conception extensive du texte pour ne pas tenir seulement compte des avantages directs, c'est-à-dire du profit marginal généré par les manquements. Pour être juste dans l'établissement de ces manquements, il nous semble falloir également tenir compte des avantages financiers indirects, c'est-à-dire de la trésorerie dégagée et exploitée mais aussi des avantages non-financiers indirects comme la visibilité, notamment sur des marchés étrangers qui ne dégagent pas nécessairement de marge par eux-mêmes. A ces avantages, il faut ajouter ceux espérés dans le futur, quitte à les minorer d'une probabilité, pour tenir compte des marchés à exécutions successives, des investissements structurels et autres exécutions longues comme les concessions portuaires. Enfin, et c'est cette fois la rigueur pénale plutôt que comptable qui nous y invite, il nous faut y adjoindre les avantages espérés dans la tentative avortée, tempérés de la chance initiale de parvenir à l'état escompté. C'est la logique suivie par exemple dans la CJIP Unilabs[1252] où les avantages tirés des manquements sont finalement nuls, mais leur projection sert de base utile à l'application

[1247] Ce plafond n'a été atteint par qu'une seule CJIP, la première, HSBC signée le 30 octobre 2017, avec une amende de 158 millions d'euros correspondant à 30% du CA de sa filiale HSBC Private Bank Suisse SA dite PRBS, incriminée.
[1248] CJIP HSBC du 30/10/2017, Swiru holding du 04/05/2020 et McDonald du 30/05/2022, toutes les trois atteignant ou frôlant le plafond des 30% du CA.
[1249] Si l'on exclut les cas particulier d'Airbus 2 (17/11/2022), de McDonald ((31/05/2022), de Swiru (04/05/2020) et de HSBC (30/10/2017), les 18 CJIP restantes s'étalonnant du 14/02/2018 au 08/12/2022 connaissent des amendes correspondant à 101,4/18 = 5,6% du plafond des 30% de CA.
[1250]La confusion à ce sujet est à ce point latente qu'on a pu entendre en conférence le Procureur de la république financier lui-même décrire la fixation de l'amende de la CJIP à partir de ce plafond auquel on appliquerait des facteurs minorants ! BEAUVAIS Pascal et LASSALLE Maxime, « Responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants : comment repenser leur articulation pour plus de sécurité juridique ? », 2022.
[1251] Dans le cas de Crédit Suisse AG ce plafond se situait à 6,3 milliards d'euros.
[1252] CJIP GIE Unilabs France du 08/12/2022

des facteurs minorants et majorants pour déterminer in fine un montant d'amende final de 13,8 millions d'euros pour des avantages « jamais perçus par l'entreprise »[1253].

Sur cette base, le parquet applique suivant une vingtaine de critères, un ensemble de coefficients majorant et minorant le montant de l'amende. Nous pouvons dégager de ces critères l'établissement de trois dimensions : la gravité de l'acte (par exemple : implication d'un agent public de haut niveau comme majorant, unicité de l'occurrence comme minorant), la qualité de la coopération (obstruction à l'enquête comme majorant, révélation spontanée comme minorant) et la personnalité de l'entreprise (entreprise de grande taille comme majorant, absence d'antécédent judiciaire comme minorant)[1254].

Finalement, alors que ces critères pouvaient faire craindre une automaticité de l'amende permettant à l'entreprise d'en prévoir voire d'en provisionner le montant, transformant l'infraction en véritable investissement, la subjectivité des critères maintient toute l'intérêt de la négociation. Mieux encore, ces critères nous paraissent en fait être la transposition du principe général de personnalisation de la peine. Et cette personnalisation sert une personnification de la personne morale, qui est traitée « comme une personne à part entière » comme vu supra[1255]. On consulte ses antécédents judiciaires et administratifs, on estime la qualité de sa bonne foi, on quantifie son niveau de coopération, on étudie sa culture de conformité.

Étonnamment, aucune CJIP ne se réfère à la « faute de l'organe ou du représentant ». Ce faisant, elles ratifient l'approche développée *supra* sur l'existence d'un élément moral chez la personne morale.

ii. Une persistance hésitante de la procédure

[1253] points 29 et 30 de la CJIP publiée.
[1254] Rien n'exclut *a priori* que le cumul de ces critères vienne en négatif rogner la base constituée des avantages tirés des manquements, dont il résulterait alors une amende plus faible que les avantages retirés. La CJIP Kaefer Wenner du 15/02/2018 signée par le Parquet de Nanterre semble relever de cette logique.
[1255] Les lignes directrices parlent ainsi de la volonté et de l'acceptation de l'entreprise, de sa connaissance et de sa participation, de sa contestation et de sa bonne foi.

L'autoincrimination.[1256] Pour Jean-Baptiste Perrier il s'agit d'un « consentement substitutif, l'individu opte plus qu'il ne renonce » puisqu'il ne renonce au bénéfice d'une garantie procédurale (du droit à ne pas s'auto-accuser) qu' « au bénéfice d'avantages plus concrets, principalement l'extinction de l'action publique et l'éviction de certaines peines »[1257]. (La formule est d'ailleurs intéressante, en remettant au cœur du sujet l'écart entre la théorie juridique et la concrétude de l'acte. Là encore l'académisme paraît suspendu, cette fois-ci sous son angle de théorie, le contrat par opposition aux droits procéduraux venant acter matériellement l'état du droit. C'est d'ailleurs pour cela que c'est la reconnaissance matérielle des faits qui est retenue par la CJIP). La compliance renonce à une part des promesses que le fuit le droit en l'échange de certitudes matérielles, c'est ainsi qu'elle contrôle son risque.

Le droit à ne pas s'auto-incriminer est d'ordre public, mais l'aveu n'est ni interdit ni irrévocable. C'est cette seconde condition qu'on peut retenir à la suite de J.-B. PERRIER[1258] comme sauvant l'ordre public puisqu'en reconnaissant les faits le mis en cause n'admet pas de facto les modalités de la transaction, et qu'il peut même in fine y renoncer, s'il est dans le cadre de la négociation formalisée[1259].

Avant toute chose, certains auteurs n'admettent les transactions pénales qu'à condition qu'en surplomb se trouve la menace de la poursuite correctionnelle. Cela nous paraît indispensable si l'on veut que la CJIP reste un outil à la disposition de la justice, et non pas une logique contractuelle autonome qui place l'intérêt public et l'intérêt privé en vis-à-vis. Mais lesdits auteurs vont plus plus loin, emmenés notamment par William Laufer : « the single most potent incentive is the threat of criminal prosecution to make the cooperative model work. Without a strengthened coporate criminal law, the cooperative model alone allows corporation to game the system"[1260].

[1256] L'auto-incrimination « Le droit de ne pas s'incriminer soi-même concerne le respect de la détermination d'un accusé à garder le silence et présuppose que, dans une affaire pénale, l'accusation cherche à fonder son argumentation sans recourir à des éléments de preuve obtenus par la contrainte ou des pressions au mépris de la volonté de l'accusé ». CEDH. Or, garder le silence n'aurait aucun sens dans une procédure transactionnelle : ce contraire au principe-même de la convention.
[1257] PERRIER Jean-Baptiste, *op.cit*.p.499
[1258] *Ibid* p. 502
[1259] « en cas de refus de validation ou de rétractation, le procureur ne peut faire état devant la juridiction de jugement de ce qui a été remis, mais peut conserver ce qui est acquis par acte judiciaire ou remis lors des négo préalables » « en pratique le parquet convient avec la personne morale de la date à partir de laquelle un caractère formalisé est conféré à la proposition de CJIP ». LD2 p.11. Ce qui par ailleurs est intéressant c'est que cette date, contrairement à la logique de la procédure pénale ne se détermine pas elle-même ni passivement, mais est expressément et conventionnellement posée !
[1260] LAUFER William, *Corporate bodies and guilty mind*

En effet, si les DPA américains connaissent un tel succès, c'est parce que chacun connaît la rigueur de la voie judiciaire. Les rapporteurs Gauvain et Marleix ne demandent pas autre chose à la recommandation 25 de leur rapport d'évaluation de Sapin 2, en appelant à « assouplir les conditions d'engagement de la responsabilité pénale des personne morales ».

En attendant cet « assouplissement » dont on a vu que la compliance pouvait être un facteur, la CJIP est loin de délaisser la procédure pénale. On pourrait dire en une formule que la procédure est canalisée mais catalysée.

Sur l'aspect catalysant, la conclusion de la CJIP ne peut intervenir qu'une fois réuni un niveau de preuve[1261] suffisant à caractériser les infractions, notamment pour permettre la mise en mouvement de l'action publique en cas d'échec[1262]. La bonne foi de l'entreprise étant au cœur du dispositif, sa participation active à l'enquête est requise, notamment en remettant les conclusions d'une enquête interne, les noms des personnes physiques et l'identification des dysfonctionnements des procédures de conformité.
Par ailleurs, en conformité avec l'article 41-1-2, les représentants légaux restent responsables en tant que personnes physiques, auteurs ou complices des infractions décrites dans la CJIP.

Sur l'aspect canalisant, les échanges oraux tiennent une place importante dans la transaction pénale, certes parce qu'il s'agit essentiellement d'un dialogue, mais aussi afin de conserver une confidentialité extra-procédurale aux éléments échangés.

Une innovation particulièrement audacieuse appuie l'aspect canalisant : la « golden clause ». Introduite par les nouvelles lignes directrices, cette clause prévoit qu'en échange d'une coopération absolue de l'entreprise témoignant de sa bonne foi[1263], et d'une majoration substantielle du montant de l'amende[1264], en cas de faits systémiques, la convention puisse porter effet sur des faits de même nature découverts ultérieurement, s'ils étaient ignorés par l'entreprise au moment de la signature. Même si le parquet entend lui conférer un caractère « très exceptionnel »[1265], il place ce faisant la disponibilité de l'action publique sous le parapluie de l'accord contractuel.

[1261] Une négociation ne requiert pas tant des preuves que des pièces.
[1262] Conformément à l'article 41-1-2 du CPP
[1263] Comprenant notamment la remise d'un rapport d'enquête interne détaillé
[1264] C'est-à-dire compensant les minorations dues à la coopération active
[1265] LD2 CJIP p.16

iii. Le renfort impératif d'une publicité jusqu'alors sourde

On a pu parler de la transaction pénale comme avant toute chose « une pacification sociale » [1266]. Mais pour qu'il y ai pacification il faut qu'il y ait eu manifestation du conflit. Soit le conflit était public et son règlement discret déplace le conflit sur le règlement lui-même comme dans le cas LVMH. Soit le conflit était privé, et le règlement quasi-clandestin ne maintient qu'une paix d'apparence sur le dos de la véridicité. On se référera ultimement aux enfants humiliés de Bernanos, au sujet du couvre-feu sous lequel le feu couve.

Alors que les anciennes lignes directrices évoquaient déjà l'exigence de « manifestation de la vérité »[1267], sans doute en réponse à la réserve du CE sur la loi Sapin 2 le 31 mars 2016 : « affecte la recherche de la vérité , les nouvelles lui donnent une place plus importante, en exigeant de la personne morale « un exposé précis des faits » et leur « reconnaissance non équivoque », tout en la privant d'une « contestation systématique des faits » au stade de la négociation et d'un « dénigrement public » après la signature[1268].

Enfin Si la nouvelle version des lignes directrices élargit la place de la publicité, celle-ci apparaissait jusqu'alors particulièrement restreinte. La reconnaissance des faits apparaissait très superficielle et l'ordonnance de validation particulièrement laconique. L'exemple de la CJIP LVMH en offre une illustration frappante. La description des faits est intégralement tournée sur l'activité de Bernard Squarcini, la société n'en n'admet aucun, et conclut accepter la CJIP « dans une démarche responsable, mais sans que cette acceptation n'implique une quelconque reconnaissance de culpabilité »[1269].

Pour autant, l'introduction d'une « golden clause » compense largement (dans les cas très précis où elle est convoquée), cette exigence renouvelée de véridicité. Cette clause prévoit en effet que « *Si en raison d'un comportement systémique, tous les faits délictueux de*

[1266] LAGARDE X. in Transaction et Ordre public, D 2000, chron. p.218
[1267] LD1 CJIP p.9
[1268] LD2 CJIP p.11 ; toutes ces expressions qualifiées étaient absentes de la version 1 des LD.
[1269] CJIP entre la procureure de la République près le tribunal judiciaire de Paris et la société LVMH, 15 déc. 2021

corruption ou de trafic d'influence n'ont pu être précisément circonscrits au moment de la convention, il peut être prévu que la convention porte effet sur les faits de même nature commis sur un territoire et une période donnés découverts ultérieurement, sous réserve que ces faits n'aient pas été sciemment dissimulés au PNF par les représentants de l'entreprise au cours des négociations »[1270].

Or, si cet outil particulièrement audacieux et particulièrement encadré peut être d'un grand intérêt comme exposé plus loin, il tourne le dos définitivement au plus simple impératif de véridicité. En effet, en signant cette clause, le procureur fait disparaître en droit tous les faits délictueux commis par l'entreprise sur la période décrite. Si le principe d'opportunité des poursuites lui en octroie effectivement l'avantage, il est là exercé *ex ante* puisqu'avant que les faits couverts par la clause ne soient connus de lui. Or l'article 40-1 du code de procédure pénale qui prévoit le principe d'opportunité des poursuites l'applique aux « faits portés à sa connaissance ». Plus encore, ces faits sont finalement réputés n'avoir jamais existé, puisque rien n'en impose le reporting au parquet une fois que l'entreprise en a connaissance, alors même que par hypothèse ils sont susceptibles d'être délictuels !

Là où la golden clause pouvait légitimement constituer un prolongement *ex ante* de la CJIP, c'est-à-dire un quitus en échange d'une révélation (l'amende étant considérée payée par la majoration prévue dans le déclenchement de la clause), elle apparaît désormais relever plutôt de l'aveuglement volontaire.

Alors que la nature et l'étendue de la sanction comme de la procédure pénale apparaissent profondément modifiées par la CJIP, c'est selon nous à la publicité qu'il revient d'assurer la rigueur et la justesse du mécanisme. Si « la justice s'accomplit bien mais sans jamais se montrer », elle devient « dealatoire » selon le mot d'Antoine Garapon.[1271]
Et en effet, nous n'avons vu jusque-là que trois des sens de la sanction développés par Ost et Kerchove, reposant notamment sur la part restitutive et afflictive. C'est par la publicité que nous pouvons remplir les trois derniers, notamment la sanction-conséquence, la sanction-reconnaissance et la sanction-consécration.

[1270] Lignes directrices CJIP 2 p.24
[1271] GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », in *Deals de justice*, Presses Universitaires de France, 2020. p.21

Si tous s'accordent sur l'importance de la fonction socio-pédagogique de la publicité, sur sa caution d'efficacité, voire sur sa garantie de non bis in idem[1272], elle apparaît relativement discrète en matière de CJIP. De sorte que, à bon droit, l'opinion devient parfois suspicieuse envers des accords signés en chambre entre le parquet, les entreprises et dans le silence de journalistes informés, alors qu'historiquement la procédure judiciaire comme la presse se veulent des contre-pouvoirs démocratiques, révélateurs des collusions souterraines entre intérêts politiques et économiques.

Une double confusion nous semble être au fondement de cette réserve. D'abord, le fait de tenir le mutisme demandé par l'entreprise mise en cause comme mettant en péril son activité. Si effectivement il peut avoir des conséquences négatives, une part de celles-ci participe légitimement de la dimension afflictive de la convention. Il faut en tenir compte et les encadrer pour qu'elles n'emportent pas de conséquences indésirables, notamment en bourse. Mais plutôt que de cacher l'information, il nous paraît pertinent d'en accompagner la bonne qualité vis-à-vis des marchés.

Une publication en guise de publicité. La seconde confusion est celle opérée entre la publication et la publicité. La publication écrite, du reste souvent assez laconique, qui intervient a posteriori sur les sites des ministères ne saurait remplir le rôle de la publicité[1273]. C'est l'acte sacramental de résolution lors de l'audience qui est restaurateur, pas le contrat lui-même qui n'en est *in fine* que l'attestation. Nous ne sommes pas prêts à suivre le Pr Perrier : « la fonction cathartique et pédagogique du procès pénal serait écartée du fait du règlement transactionnel, mais elle pourrait trouver un substitut opportun dans cette publicité réintroduite du règlement »[1274]. Dès lors, conviendrait-il de publier en amont de l'audience publique les date et heure de ces dernières, sans les contenir à un affichage discret le matin de l'audience sur les seuls panneaux du tribunal concerné[1275].

[1272] Sans doute est-ce là un élément à signaler plus fortement aux agents économiques, qui ne conçoivent la publicité que comme un risque. Or, ils ne sauraient transférer tout le poids de la sauvegarde du non bis sur l'autorité du ministère public sur ses pairs : c'est la publicité de la sanction qui en garantit l'existence.
[1273] Nous avons précédemment pu relever combien « l'écho médiatique retentissant » de la CJIP supposé intervenir à la « publication sur le site de l'AFA » était lié à la seule affaire Airbus (exemplaire par sa taille, sa qualité transnationale et sa nouveauté) et constitue une véritable exception dans le paysage CJIP. cf Vessio.
[1274] PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, Thèse de doctorat, Aix-Marseille, 2012. p.15
[1275] Nous avons plaidé pour une avancée sur ce point dans les nouvelles Lignes directrices, et y a avons consacré l'intégralité de notre intervention à l'Université dans la présentation du 16 janvier 2023.

Des premiers pas ont été faits, en instaurant des conférences de presse pour les CJIP et CRPC d'importance, mais beaucoup reste à faire pour satisfaire les attentes initiales d'un législateur qui assurait une grande publicité en contrepartie de l'accord. [1276]

Un autre pas a été fait en enjoignant les entreprises et leurs conseils à ne pas dénigrer publiquement le récit des faits et la qualification envisagée, au nom de la bonne foi que suppose la convention. Le renversement culturel est grand pour les mis en cause comme pour leurs conseils, mais il est au fondement de la CJIP. En audience de validation, ces derniers se prennent à revenir sur les faits contenus dans la convention. Lorsque c'est pour rappeler qu'aucune culpabilité ne doit en être déduite cela nous paraît légitime. Ça l'est moins, en revanche, quand il s'agit de contester l'étendue ou la nature des faits décrits.

Enfin nous pourrions profiter de la loi du 22 décembre 2021[1277] pour la confiance dans l'institution judiciaire pour réaliser une audience de validation de CJIP filmée, afin d'en mieux exposer les ressorts à l'opinion publique. En introduisant un article 38 quater dans la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, cette loi précise qu'il faut à cette diffusion un « motif d'intérêt public d'ordre pédagogique, informatif, culturel ou scientifique »[1278]. C'est sans doute aussi là que se trouve l'intérêt public que nous cherchions.

A l'audience de la CJIP Technip, la salle était vide, et seule une dépêche AFP de quelque signe (reprise telle quelle par quelques sites) a été émise. C'est un symptôme grave.

Il y a une forme de passion cathartique dans le procès pénal qui est complètement étouffée par la CJIP, se voulant tout entière rationnelle. Mais un droit pénal dépassionné est-il réellement possible ? ou même souhaitable ? Tous les acteurs civils de la chaîne pénale se retrouvent frustrés : le public en premier lieu, mais également les médias dont on a vu l'importance (voire les avocats et les juges eux-mêmes).

[1276] « Ils n'en connaîtront pas moins l'opprobre public : la conclusion-même de la CJIP signera leur culpabilité, qui pourra être évoquée publiquement » explique le ministre. Rapport préparatoire n°1212, p.254
[1277] Premier article de la loi n°2021-1729 du 22 décembre 2021 sur la liberté de la presse, et son décret n°2022-462 du 31 mars 2022
[1278] Article 2 du décret du 1er avril 2022

b. La survivance fragmentaire des droits des parties

i. La personne morale, départie de ses droits ?

Alors que l'entreprise paraît être la grande gagnante de ce dispositif pensé à son profit, nous pouvons identifier trois risques structurels.

D'abord, celui de l'abdication du droit à ne pas s'auto-incriminer[1279]. Même s'il semble qu'on soit assez loin de cet enjeu, car rien n'oblige l'entreprise à opter pour la voie transactionnelle dont le fondement repose sur la coopération. La difficulté c'est qu'en cas d'échec de la convention, soit par refus de validation, soit par rétractation dans le délai de dix jours, soit par défaut d'exécution, la presse et l'opinion publique conserveront en mémoire les aveux, bien qu'ils ne puissent être versés à la nouvelle procédure.

Ensuite, « le danger de ne pas faire assez de droit » selon l'expression d'un praticien[1280] qui redoute que le Ministère public s'affranchisse de plus en plus de la caractérisation de l'infraction pénale. Si plusieurs redoutent en effet que la négociation tourne en un chantage qui amènerait une entreprise innocente à préférer clore au plus vite un dossier, le parquet doit, sur le fondement de l'article 41-1-2 pousser suffisamment son enquête pour que les faits soient suffisamment qualifiés en cas d'échec de la procédure. Ainsi, même en cas d'autorévélation et d'enquête interne très étoffée, des investigations judiciaires seront conduites[1281].

Enfin, on peut redouter que la personne morale puisse à son tour se retrouver en bouc émissaire du management. Ayant seul la parole face au Ministère public, il pourrait charger la personne morale, voire augmenter le montant d'amende pour satisfaire à bon compte les procureurs. Comme le faisait remarquer François Sureau, il lui revient en effet dans le cadre de la CJIP de « prendre une décision où l'intérêt de la société dans ses composantes, qu'il s'agisse de l'actionnaire ou du salarié, n'est pas forcément reconnu », allant jusqu'à qualifier la transaction pénale d'« ultralibéralisme malgré l'entreprise ».[1282]

Ce n'est pas parce qu'elle contractualise que l'entreprise mise en cause consent pleinement. « Ces contrats particuliers confinent parfois à l'extorsion » selon Anne-Sophie Coulbois. La CEDH dans Werner contre Autriche invitait d'ailleurs à « protéger le justiciable

[1279] Hale vs Henkel, cf. OLIVER Peter-John, *Revue RED* n°4.
[1280] HAMELLE Aurélien, La justice négociée est-elle juste ? Cercle Montesquieu, 11 mars 2020
[1281] Lignes directrices PNF CJIP 2 p.7
[1282] SUREAU François, *op.cit.*

contre une justice échappant au contrôle du public ». Si le risque apparaît contenu pour la personne morale, il est en revanche prégnant pour la personne physique dans le cadre des CRPC. Toutefois, dans ce champ du droit, le contrôle du public pourrait

ii. L'éclatement de la notion de victime

Par construction, le statut de la victime est triplement difficile à intégrer dans une transaction, qui plus est pénale. Des auteurs en dénoncent la faiblesse de la participation « en strapontin », « au forfait », voire « à contresens », ce qui ne devrait pas étonner dans une procédure pénale qui n'est pas appelée à statuer sur leur sort. Toutefois, et bien que la convention ne soit pas tripartie, il est judicieux pour la bonne tenue de la convention que le parquet reçoive les victimes afin de ne pas reporter leur frustration sur l'audience[1283].

Il en tient d'ailleurs désormais meilleur compte, en évaluant la diligence avec laquelle l'entreprise aura identifié les victimes[1284], et en retenant comme un facteur minorant le montant de l'amende (indépendamment de l'indemnisation des victimes) l'indemnisation de leur préjudice avant la CJIP. La victime est invitée à formuler ses observations et à déterminer son préjudice. Le principe de la réparation est désormais celui de la réparation intégrale des dommages, et ce dans le délai prévu par la convention, au maximum d'un an. Le défaut de recouvrement dans les délais emporte la nullité de la convention et met en mouvement l'action publique.

Notons quand même toute la gêne du législateur à reporter la victime vers l'action civile qui lui est pourtant dédiée. L'indemnisation de la victime est en effet évoquée par l'article 41-1-2 du code de procédure pénale de manière complètement désordonnée à trois étapes de la procédure : avant la CJIP (alinéa 2 du 2° de l'article 41-1-2), au sein de la convention (alinéa 3), et au terme de l'action civile (l'alinéa antépénultième de l'article leur proposant de « poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile »).

Cette gêne est d'autant plus palpable lorsqu'il s'agit d'envisager le rôle des ONG agrémentées, Transparency France, Sherpa et Anticor. En effet, la « rémunération » de leur cause se fait essentiellement par la visibilité de leurs combats[1285], qu'une transaction pénale

[1283] En revanche, si elle ne répond pas à la demande d'évaluation de son préjudice, elle risque de n'être pas convoquée lors de l'audience.
[1284] LD CJIP 2 p.19. On remarque d'ailleurs que l'occurrence du terme a doublé depuis les précédentes lignes directrices (27 fois contre 14).
[1285] Ainsi en est-il de l'association Sherpa qui a été expressément indemnisée de son préjudice moral à hauteur de ses demandes, soit un euro, dans la CJIP Airbus II du 17 novembre 2022 (paragraphes 96 et 100).

entre l'entreprise et le ministère public sert infiniment moins que les rebondissements des grands procès. On peut non seulement redouter d'elle des plaintes avec constitution de partie civile auprès du juge d'instruction pour interrompre, un temps au moins, la marche des CJIP. On peut également redouter qu'elles refusent en bloc les indemnisations que les CJIP pourraient prévoir à leur intention, afin de poursuivre un combat philosophique contre le principe-même de la CJIP.

On remarque enfin que, si la procédure est relativement aisée lorsque la victime est bien identifiée comme EDF lors des trois premières CJIP du parquet de Nanterre, ça n'est le plus souvent pas le cas. Non seulement les victimes sont invisibles, mais elles sont particulièrement diffuses. Elles peuvent être complexes à assimiler dans certaines procédures lorsqu'il s'agit de gouvernements étrangers dont les fonctionnaires ont été corrompus, ou lorsqu'il s'agit des nombreux concurrents injustement évincés. Plus encore, un déséquilibre peut se faire jour sur le principe-même de la CJIP comme vu supra, puisque les États ayant bénéficié de la passation illégitime de contrats sont justement ceux indemnisés par le principe de la convention, quand les États victimes (à la fois d'offres moins bien-disantes et d'atteinte à leur État de droit) en apparaissent exclues. Cette exclusion vaudra du moins tant que ces États n'adhèreront pas eux-mêmes au concept de la CJIP, ce qui permettrait de régler leur sort par convention, bien qu'un tel mécanisme soit encore loin d'être acceptable par tous les systèmes juridiques.

Remarquons enfin que la CJIP devrait savoir ménager une place pour les ONG.

Sans doute que, plutôt que la victime, c'est la victime personne physique qui n'a pas sa place en CJIP.

Plus structurellement :

La CJIP fait évidemment évoluer ce modèle, mais met-elle un terme à l'intérêt bien compris, sonnant et trébuchant, de l'État ? En effet, les actes de corruption de l'entreprise portent atteinte à l'ordre public de l'État dont les fonctionnaires sont corrompus, plus qu'à celui du siège de l'entreprise qui, lui, bénéficie au contraire des retombées économiques (et politiques) des contrats litigieux, sans en subir les externalités négatives. Or in fine, le montant de l'amende revient au pays de l'entreprise corruptrice dont l'ordre social n'a été que partiellement affecté. Si nous prenons l'exemple de la CJIP Airbus, l'ordre public français apparaît assez peu affecté et l'État, par ailleurs actionnaire majoritaire, est à la fois bénéficiaire indirect des contrats litigieux et bénéficiaire direct de la majeure part du montant de la CJIP,

tandis que l'État népalais dont les fonctionnaires ont été corrompus ne sont pas parties à la procédure. Ils se verraient même opposer le principe de non bis in idem à une demande de transfert de l'enquête menée.

Seule une négociation politique pourrait amener un partage des amendes, régulièrement pratiqué sur les sommes saisies, ou bien l'adoption d'un mécanisme de transaction pénale équivalent pour être invité à la table des négociations.

iii. Le dirigeant face à une enquête forte et une CRPC faible

Contrairement au DPA américain dont la CJIP s'inspire pourtant très directement, la personne physique n'est pas incluse dans l'accord.

Cependant, elle fait partie intégrante de la négociation, à son détriment puisque « la bonne foi de l'entreprise dans sa négociation de la CJIP est notamment appréciée à l'aune de sa capacité à conduire une enquête interne permettant d'identifier les principales personnes physiques impliquées dans les faits et à les révéler au parquet durant les investigations et les négociations »[1286]. Si cette pratique apparaît indispensable, elle se pose à contrecourant de la logique pénale jusque-là privilégiée, en bonifiant le sort de la personne morale sur celui de la personne physique.

Cette enquête interne se fait normalement à charge et à décharge. Toutefois, leur encadrement est encore particulièrement lâche. On peut se reporter au guide AFA-PNF sur le sujet, même s'il est encore à l'état de projet[1287], mais pas encore à un encadrement législatif, laissé, lui, à l'état de proposition. L'article 7 de la proposition de loi Gauvain[1288] préconisait effectivement le renforcement des droits de la personne physique dans le cadre de l'enquête interne, et pour ce faire la création d'un nouveau titre et de six articles dans le Code de procédure pénale, mais la mise au vote de cette proposition n'est pas à l'agenda de la nouvelle législature.

Comme le précise le dernier titre des nouvelles lignes directrices, les poursuites sont maintenues contre les personnes physiques qui, si elles peuvent être largement évoquées en

[1286] Lignes directrices v.2 p.25

[1287] Cependant, existe-t-il une véritable différence pour un guide de *soft-law* entre sa version projet et sa version définitive, si l'une comme l'autre sont publiées ?

[1288] GAUVAIN Raphaël, Proposition de loi visant à renforcer la lutte contre la corruption, 19 octobre 2021

cours de négociation CJIP, ne figurent jamais nommément dans la convention. C'est la CRPC, autre outil de la justice négociée, qui doit permettre de régler simultanément son cas. Pourtant, dès la théorie, le renversement des garanties surprend, puisque la CRPC suppose la reconnaissance de culpabilité et la condamnation de la personne physique, là où la personne morale en est exonérée, le Conseil d'État lui-même s'étonnant d'« un traitement judiciaire différent pour des auteurs de mêmes faits ».

Issue des délits sériels de type routiers avant d'être appliquée au trafic de stupéfiants, la CRPC admet finalement les infractions économiques et financières. Si donc le champ d'application est loin de son terrain initial, l'outil s'applique pourtant bien à la matière en permettant une meilleure coopération qu'en droit pénal usuel, et l'articulation entre les deux procédures négociées peut se faire de manière efficace comme dans le dossier HSBC, avec une CRPC pour son directeur général un an après la signature de la CJIP[1289]. La CRPC a récemment connu une triple extension pour y faciliter le recours : par la loi du 23 octobre 2018 l'ouvrant à la fraude fiscale, la loi du 23 mars 2019 augmentant la peine d'emprisonnement prononçable de 1 à 3 ans et la loi du 22 décembre 2021 en accordant l'initiative au prévenu.

Dans ses lignes directrices, le PNF s'engage à tout faire pour obtenir un règlement simultané. Cependant, on le sait, le seul cas d'espèce, Bolloré, a été un échec, seule la CJIP étant validée[1290]. Le patronyme et l'exposition de l'intéressé ont pu jouer dans ce refus d'homologation, et on peut estimer qu'un dossier moins exposé aurait fait meilleur ballon d'essai. Toutefois, l'absence d'annulation par le PDG de la CJIP durant la période de rétractation (même si elle a été un temps considérée) confirme la qualité de cette partie du double accord.

C'est en accord avec la décision du conseil constitutionnel du 9 mars 2004 qui invite le juge de l'homologation à « exercer la plénitude du pouvoir d'appréciation qui incombe aux juges du fond » [1291]. D'où la proposition 26 de Marleix invitant à l'instauration d'une CRPC spécifique où le pouvoir d'homologation serait encadré.

[1289] 12 mois avec sursis et 500.000€, homologuée le 29 janvier 2019
[1290] Il reste à voir quel sera l'avenir des faits en correctionnelle ; s'ils devaient finalement revêtir la qualification de trafic d'influence d'agent public étranger, la relaxe serait encourue, faute pour cette qualification d'exister au moment de la commission.
[1291] Conseil constitutionnel 2004-492 du 9 mars 2004

Au-delà, cette proposition fait apparaître une inversion de perspective où la responsabilité pénale de l'entreprise, affranchie du modèle de la personne physique l'attirerait à son tour à elle, dans une sorte de révolution copernicienne.

Le binôme CJIP et CRPC synchrones apparaît philosophiquement particulièrement intéressant. En effet, d'un côté la personne morale reconnaît la part matérielle des faits et acquitte la part matérielle de la réparation et de l'amende, tandis que de l'autre la personne physique assume l'élément moral et accueille la culpabilité. Lorsqu'elle est pensée comme une économie globale présentée simultanément en audience, cette complémentarité permet à la fois une bonne imputabilité et un équilibre dans la sanction[1292]. «L'exercice d'articulation est difficile à mener, jusqu'à « Nous n'avons pas encore réussi pour l'instant à régler dans un dossier concomitamment la situation des personnes morales et celles des personnes physiques »[1293]. Le niveau de preuve est effectivement différent.

En cas de refus d'homologation, si les pièces et les déclarations restent inaccessibles au droit, elles sont d'ores et déjà actées par l'opinion via la presse.

c. Le rôle embarrassant d'un juge superfétatoire

Par nécessité pour certains, par principe pour d'autres, voire « par tradition »[1294], la personne du juge est maintenue en bout de chaîne CJIP. Certains auteurs y voient l'occasion d'échapper à la rectitude formelle, à l'automaticité des mécanismes de la compliance, que ni le droit ni même le commerce ne sauraient justifier, et à l'impartialité desquelles on est réticent à se fier[1295]. D'autres au contraire regrettent cette introduction de l'aléa au terme d'un processus transactionnel qui avait recueilli l'assentiment des parties.

[1292] Certains magistrats ont pu souhaiter que soient décorrélées l'audience de CRPC et l'audience de CJIP, pour que l'échec de celle-ci n'entraîne pas la rétractation de celle-là pendant les 10 jours de délai légal. Nous estimons que le cas Bolloré est un contre-exemple fort du danger redouté, et jugeons la préservation de l'économie commune des sanctions dans une même audience particulièrement pertinente.
[1293] GUILLET Céline, 29' Cour de cassation, conférence « Contracualisation »
[1294] Des mots-mêmes de Michel Sapin
[1295] « L'impartialité vient moins de la perfection des machines que de la confrontation des personnes », Marie-Anne FRISON-ROCHE, in *La Juridictionnalisation de la Compliance,* Dalloz

Le Royaume-Uni réalise des « private hearings » avec une audition de principe sur la faisabilité en début de négociation, puis une audition finale en public qui se poursuit par la validation. Mais quid de cette possibilité en France ? On peut suspecter que toutes les parties intéressées lui préfèreront la cuisine interne.[1296]

i. Rendu nécessaire par principe

Qu'il soit l'incarnation du troisième homme, apportant un regard neuf sur les intérêts des parties, qu'il soit en surplomb le garant de la convention et de son exécution, ou qu'il présente une meilleure incarnation de l'intérêt public, la figure du juge apparaît indispensable dans cette convention éminemment judiciaire.

L'outil lui-même avait été renommé pour consacrer cette place, là encore dénomination à notre sens incantatoire, l'appellation « convention de compensation d'intérêt public » étant modifiée au profit de l'actuelle après avoir été retoquée une première fois par l'avis du Conseil d'État le 24 mars 2016. Le rapporteur Sébastien Dénaja n'hésitait alors pas à appuyer en ce sens, arguant de ce que « la CJIP est l'apanage du juge du siège, la poursuite contre les personnes physiques [restant] celui du parquet »[1297], même si la pratique nous a effectivement éloignés de cette conception.

Pourtant dans les transactions pénales le juge ne semble présent que pour garantir au mis en cause que les mesures prises ne portent pas une atteinte disproportionnée à ses libertés. J.-B. PERRIER dans sa thèse plaide d'ailleurs pour un régime plus harmonieux qui n'ait recours au juge que pour les transactions qui comportent des limitations aux libertés, le paiement d'une amende n'en relevant pas.

Dès lors, il est difficile de considérer que la sanction prononcée lors d'une CJIP est attentatoire aux libertés : ni amende ni PMC n'en relèvent. Le rôle de garant de l'intérêt public est par principe dévolu au Ministère public ! A quoi donc rime ce juge ? A un plagiat anglosaxon, où effectivement le procureur n'instruit qu'à charge et n'est donc pas dépositaire de l'intérêt public au sens français ? Nous nous inspirons du juge anglais pour sa situation dans nos CJIP. Mais le rôle du procureur anglais est à l'opposé du Français.

[1296] Le procureur n'est sans doute pas prêt à plaider cela auprès du législateur dont on a vu la proximité via la Chancellerie. Il préfèrera contenir le juge à un rôle d'appréciation du formalisme voire de l'équilibre général. Mais cette approche n'est valide que dans l'exacte mesure où jusqu'à lors une CJIP n'a jamais été retoquée.
[1297] DENAJA Sébastien, 7 juin 2016

Si la France a créé ce rôle dès le Moyen-âge, il faut attendre au UK la Royal Commission on criminal procedure de 1979 pour que le rôle existe, et 1985 avec le CPS dansa sa forme actuelle[1298]. Or en France, le rôle du MP ne s'arrête pas à la conduite de l'enquête, le MP est chargé du suivi des condamnations, essentiel dans le cadre d'une CJIP puisque c'est donc le parquet signataire qui décidera de la caducité de l'accord, et non le juge du siège. De surcroît, en vertu de l'article 31 CPP, il « exerce l'action publique et requiert l'application de la loi, *dans le respect du principe d'impartialité auquel il est tenu*. » Et même, selon l'article 39-3 du CPP, il « veille à ce que les investigations tendent à la manifestation de la vérité et qu'elles soient *accomplies à charge et à décharge, dans le respect des droits de la victime, du plaignant et de la personne suspectée*. »[1299]

Or, la confrontation publique et son formalisme, son ritualisme, paraissent dans certains cas moins pertinents qu'une discussion dans le bureau du procureur. Fût-il du parquet et non du siège, celui-ci est tout autant magistrat et ainsi dépositaire de l'intérêt général, rappelait le procureur de la République financier dans son audition au parlement. Dès lors, sa capacité à recevoir les parties, et son lien étroit au politique permettent sans doute de mieux éclairer la complexité des enjeux en cause, lorsque la technicité se double d'une élaboration stratégique, mieux cernées par l'intuitu personae que par la position d'un juge en chaire[1300].

ii. Tenu à l'écart par pragmatisme

Pour autant, le débat reste sévère chez les anglo-saxons avec une jurisprudence hésitante sur son degré de contrôle, entre un juge à l'américaine qui tire vers le « rubber-stamping judge » ou juge-tampon,[1301] et la conception britannique d'un juge seul dépositaire des « interests of justice »[1302].

On remarque d'ailleurs à la lecture des débats parlementaires sur la loi Sapin 2, que, si en commission la CJIP était présentée comme un outil inspiré des États-Unis, elle devient en hémicycle un outil d'inspiration profondément anglaise[1303]. On peut y voir une évolution du législateur d'un modèle brut à une conception plus fine, on peut aussi y voir le désir de trouver

[1298] PRADEL Jean, *Droit pénal général*, Dalloz, 2019. p.216
[1299] Art. 39-3 CPP al 2
[1300] FRISON-ROCHE Marie-Anne, in *Les Cercles de la compliance,* p.11
[1301] Encore que le célèbre juge Jed Rakoff, nous l'avons vu, conteste fermement cette position
[1302] BREEN Emmanuel, Le FCPA, p.148
[1303] Rapports du 7 juin 2016

un équilibre entre des positions qui n'apportent pas entière satisfaction, on peut surtout y voir un écart entre une salle des machines réservée à une certaine expertise et un affichage au public moins rugueux. C'est toute la difficulté de cet outil en équilibre entre convention et judiciaire, qui repose sur un dévoilement discret de la personne morale, et surtout qui renonce à établir des vérités définitives.

Deux options ont pu être avancées pour dépasser l'opposition entre l'aléa du juge et l'équilibre de la convention. En n'hésitant pas à considérer que « l'intervention du juge du siège réintroduit un aléa, une forme insécurité juridique à l'intérieur-même du dispositif »[1304], le procureur de la République financier a proposé dans son audition au Parlement d'introduire une délibération collective et de la limiter à une vérification formelle, celle de la stricte légalité et du consentement des parties.[1305]

Une seconde option nous paraît encore plus intéressante, celle d'autoriser le Ministère public à présenter une nouvelle fois sa proposition de transaction, une fois prises en compte les critiques formulées par le juge dans sa décision de non-validation ou non-homologation[1306]. Si l'arrêt de la Chambre criminelle du 17 mai 2022 a opposé une fin de non-recevoir à cette possibilité de réintroduire le juge dans la transaction, cela ne nous apparaît que comme une occasion ratée. Le législateur aurait grand intérêt à proposer qu'à certaines conditions la transaction retoquée puisse revenir devant le juge sans rendre comme aujourd'hui impérative la mise en mouvement de l'action publique[1307].

iii. L'incarnation du juge

A notre sens, c'est pour son incarnation physique que le juge est le moins dispensable. En remettant publiquement et oralement les enjeux sur la table, en interrogeant tour à tour le Ministère public et l'entreprise mise en cause, le juge réalise cette « catharsis nationale » [1308]

[1304] BOHNERT JF, audition parlementaire, 7 avril 2021, 59'
[1305] Ibid 56'
[1306] Le législateur a remplacé l' « homologation » prévue pour la CRPC par une « validation » dans le cadre de la CJIP. On pourrait l'expliquer en considérant que l'homologation confère au tiers vérificateur un pouvoir de reconnaissance officielle de l'acte et sa mise à exécution, là où la validation paraît ne lui donner que le pouvoir de constater l'intégrité formelle de l'acte et d'acter son exécution.
[1307] L'article 41-1-2 du code de procédurale pénale dispose qu'en cas d'échec de la CJIP, le procureur de la République « met en mouvement l'action publique sauf élément nouveau ». Rien n'empêche de considérer qu'une nouvelle proposition de montant d'amende puisse être un élément nouveau suffisant à présenter une nouvelle fois à la validation la convention.
[1308] SOULEZ-LARIVIERE Daniel, Le marché de la vertu, *Deals de justice, p.*165

dont seule la parole semble capable ; l'écrit, fût-il public, n'en étant que la trace. Cette parole permet de considérer la personne morale hors de sa structure, au-delà de l'organisation qui a couvert, sinon servi, les faits en cause. La responsabilité étant littéralement une réponse avant d'être une reddition de comptes, cette mise en mots est précisément ce qui vient distinguer l'*omerta* propre à l'organisation mafieuse, de la parole qui est le propre de la responsabilité[1309].

Cette incarnation reprend celle du dirigeant évoquée précédemment. Elle permet de faire tenir ensemble tout un système assez complexe, avec de nombreuses considérations voire certains non-dits. Elle permet un dialogue et une mise en œuvre de la politique pénale, que toutes les modélisations ne parviennent pas toujours à rendre. Mais en contrepartie, elles reposent sur des individualités, qui acceptent un temps de n'être que le porte-voix d'accord complexes qui se sont noués avant eux, et sur lesquels ils n'ont qu'un regard de procédure voire de pure forme. Aussi reposent sur la décision du président du Tribunal judiciaire les accords conclus par le PNF, en qui à juste titre, une grande confiance est placée. Mais ce niveau d'incarnation personnelle est si grand que si le Président en vient à être remplacé par un adjoint lors par exemple d'une situation de conflit d'intérêts potentiel, toute l'économie de l'accord peut s'en trouver mise en cause. Il suffit en effet à son remplaçant de ne pas avoir la même opinion juridique sur les transactions pénales ou de ne pas entretenir la même confiance envers le parquet pour que les accords vacillent, à l'instar de l'inattendu rejet des « CRPC Bolloré » du 26 février 2021[1310]. Ainsi se pose la question des risques de personnalisation de l'utilisation d'un instrument, dont on peut se demander s'il survivrait à un changement de personnes aux mêmes fonctions. On peut opposer cette sur-personnalisation de la CJIP « PNF » à la sous-personnalisation de la CJIP « environnement ». Si cette dernière ne connaît pas le risque lié à l'individualité de son juge, elle ne connaît pas non plus en regard l'avantage d'une personnalisation qui sédimente une pratique pénale univoque.

Conclusion intermédiaire :

[1309] L'ethnologue italien du XIXe siècle dépeint (favorablement) des hommes à qui le silence est consubstantiel « un simple mouvement des yeux ou des lèvres, un demi-mot suffit pour qu'il se fasse entendre », cette condition de l'honneur étant opposée par Deborah Puccio-Den à la responsabilité faite de parole. Giuseppe PITRE, Usi e cosutmi, credenze e pregiudizi del popolo siciliano, 1889 et Deborah PUCCIO-DEN, de l'honneur à la responsabilité, L'homme, 2017

[1310] BRUNELLE Emmanuelle, LACHASSAGNE Manon, BOUSQUET Amaury *et al.*, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée », *Rev. Dalloz Actual.*, 2021.

Nous avons pu voir la place prééminente que le procureur prenait dans le cadre de la compliance. Le droit pénal, déjà, en avait consolidé le rôle et affermi les garanties. Les lignes directrices de la CJIP offrent une illustration de cette prise d'envergure, puisque c'est le parquet qui en détermine la politique pénale, quitte à proposer son interprétation originale de la loi, ou à aller à l'encontre des circulaires.

Ce faisant, le magistrat apparaît comme la porte d'entrée de la compliance dans le pénal. Cela se justifie notamment par le rôle novateur confié à un juge « appelé à évaluer la pertinence de la sanction en considérant les intérêts en jeu, et à estimer les conséquences sur les sujets tiers et sur le public »[1311].

Aussi remarque-t-on finalement que la CJIP ne saurait s'en tenir à la seule exigence d'efficacité, qui, elle, est la véritable loi du marché. Elle ne sera pleinement pertinente que si elle développe sa part de relations interpersonnelles, avec les conseils mais aussi les dirigeants des entreprises mises en cause, ainsi qu'avec les ONG et les journalistes, part indispensable d'*intuitu personae* que le marché ne saurait apporter[1312].

Nous comprenons ainsi combien la CJIP a radicalement *civilisé* la sanction pénale. Suivant les critiques de la doctrine envers la responsabilité pénale des personnes morales, le législateur a conservé des oripeaux pénaux de pure forme, alors que la sanction et son mode opératoire apparaissent particulièrement civils. S. Khanna, dans son article *Corporate Criminal Liability* sous-titré *What Purpose Does It Serve?,* répondait sans détour à la question par cette conclusion : « almost none »[1313]. L'unique façon de donner tort à cette analyse et de faire en sorte que le pénal ne se paie pas de mots, nous semble être la restauration du glaive, c'est-à-dire de la valeur sanctionnatrice de la CJIP, notamment par sa dimension déclarative, mais aussi de l'autorité qui est portée par une main responsable et ne laisse pas la mécanique de la balance, donc du marché, se faire par automatisme.

[1311] GALLI Martina, op.cit.
[1312] On l'on retrouve A. SUPIOT, La gouvernance par les nombres. Cours au Collège de France (2012-2014), Nantes, Fayard, 2015, p. 262
[1313] KHANNA V. S., « Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? », *Harv. Law Rev.*, 109, The Harvard Law Review Association, 1996.

B. L'autorité du marché : la réputation[1314]

« Ce souci de notre réputation, c'est-à-dire de nous-mêmes dans le regard et le discours des autres, dirige notre comportement quotidien sans doute plus que les règles du droit ou les maximes objectives de la moralité »[1315] exposent Berns et Docquir en ouverture de leur ouvrage *Responsabilité des entreprises et corégulation*.

Sous l'effet de la compliance, la réputation devient l'essentiel du paradigme, non plus une simple conséquence, mais la règle du jugement, dans lequel l'opinion exerce son magistère comme citoyen comme consommateur et comme investisseur.

Dans notre perspective, la réputation a pu être définie comme « la reconnaissance de l'honnêteté et de l'empathie de l'entreprise au sein de son environnement »[1316]. Cette définition a le mérite d'associer une conception relevant du champ pénal l'honnêteté, une conception relevant du champ moral, l'empathie, et la notion d'environnement qui englobe les parties prenantes et plus largement tout ce qui peut être affecté.

Au-delà du cas singulier de la CJIP que nous venons d'étudier, la réputation apparaît au fondement de tous les systèmes fiduciaires, puisque, comme en témoigne leur étymologie, ils reposent sur cette confiance. Il n'est alors pas surprenant que les banques aient été le foyer de la compliance tant leur réputation en constitue le principal actif, représentant réciproquement un risque systémique[1317]. S'il y a celle dans les marchés financiers, et dans le commerce lui-

---

[1314] Nous avons vu précédemment une autre régulation par le marché, celle de la finance durable, par l'intégration de critères verts qui tiennent compte du risque que les conséquences écologiques ont sur les affaires, risque matériel comme le manque d'eau et risque de transition comme les décision politiques. On peut se référer notamment aux travaux de l'International Sustainability Standard Board.
Pour les agences de notation, la réputation ne marche guère car les barrières à l'entrée sont trop élevées. Moody's + S&P + Fitch = 94% du marché. Notamment parce que le long terme plaide pour elles en dépit même de leurs vicissitudes. D'autant plus gênant que c'est un marché de l'opinion et qu'ils empêchent les opinions dissidentes.[1314] (la problématique de la confiance ! Les praticiens commençant tous leurs articles par « je n'ai jamais eu confiance dans des gens qui veulent qu'on leur fasse confiance » ou « serpent Kaa ». Peut-on avoir confiance dans une institution, donc un système ? Pas certain vu l'épisode Bolloré. Sans doute ne peut-on avoir confiance que dans des individus ? Sauf à déployer la foi du palais.
Si on définit la réputation comme « la capacité à inspirer confiance », le lien s'établit immédiatement avec la CJIP dont on a vu que la bonne foi comme principe et la foi du Palais comme moyen constituaient les deux jambes, le ministère public et l'entreprise misant sur leur réputation pour inspirer la confiance nécessaire à l'inversion d'une procédure qui, jusqu'alors, reposait sur la défiance.

[1315] BERNS Thomas, DOCQUIR Pierre-François, FRYDMAN Benoît *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, 2007. p.21

[1316] DONEY Patricia M. et CANNON Joseph P., « An Examination of the Nature of Trust in Buyer-Seller Relationships », *J. Mark.*, 61, American Marketing Association, 1997. p.37. Cette traduction bien que peu littérale a fait florès dans la recherche française, l'original étant : "We define supplier reputation as the extent to which firms and people in the industry believe a supplier is honest and concerned about its customers".

[1317] Voire un méta-risque systémique, puisqu'il répercute les autres risques à commencer par le risque pénal, selon Arnaud Dupui Castérès dans Sécurité et Stratégie

même, la confiance à laquelle la compliance œuvre serait surtout celle dans le système juridique lui-même.

Concomitamment à cette extension de la réputation comme actif immatériel des entreprises[1318], le marché s'affirme comme une instance de véridiction capable de suppléer l'État sur des sujets complexes, notamment transnationaux. Dès lors, si comme exposé précédemment la compliance n'est pas définie comme une conformité mais comme le fait de donner à voir cette conformité[1319], elle ouvre au droit pénal la puissance sanctionnatrice du marché par le prisme de la réputation. On peut alors parler à la suite du philosophe Augagneur d'une véritable « juridictionnalité de la réputation, consubstantielle à la compliance car tributaire d'une démarche téléologique »[1320].

Ultimement, la réputation est le paradigme qui nous apparaît le plus puissant en matière de compliance criminelle : les procédures de conformité et les sanctions de la compliance règlent le marché avant tout parce qu'elles produisent une information. Ce sera donc cette façon indirecte de guider les comportements qui nous apparaîtra comme la meilleure façon d'associer les mécanismes de marché à l'application des règles pour en conserver toute l'effectivité tout en minimisant les externalités regrettables.

Si à un premier niveau, la réputation apparaît au fondement de l'adoption volontaire de la compliance par les entreprises, à un second elle se révèle un redoutable instrument de leur régulation.

1. La réputation, par la compliance pénale, au service d'une entreprise assainie

Les dispositifs prévus par la compliance apparaissent comme la transposition dans le paradigme du marché des instruments du droit répressif. Ils permettent de développer la bonne marche des affaires et de protéger l'actif réputationnel des agents économiques.

[1318] Qui permet, au même titre qu'un patrimoine financier, d'y faire reposer une sanction, positive comme négative
[1319] Marie-Anne FRISON-ROCHE
[1320] L.-M. AUGAGNEUR, "La juridictionnalisation de la réputation par les plateformes", in M.-A. Frison-Roche (dir.), La juridictionnalisation de la Compliance, coll. "Régulations & Compliance", Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2023, p. 97-113.

a. L'intégration de la compliance dans la perspective des affaires

Si au niveau de l'entreprise, la compliance peut apparaître comme une plus-value grâce à la réputation, c'est au niveau plus structurel du marché qu'elle donne toute sa mesure par sa nature anticipatrice.

i. La valorisation de la compliance par le marché

Bien que déjà présente dans les milieux soumis à la régulation, la compliance est entrée de plain-pied dans le monde des affaires de manière soudaine, notamment par la loi Sapin 2, le RGPD et la loi devoir de vigilance. Elle est aussitôt apparue comme un poste de coûts, aussi peu susceptible d'être considérée comme investissement qu'elle est par hypothèse opposée à la marche habituelle des affaires[1321].

C'est donc en faisant de ces obligations nouvelles un argument marketing que les entreprises y trouvent un premier niveau d'intérêt. Un auteur spécialiste du sujet précise même qu'historiquement « l'essor de la RSE correspond à la perte de confiance de la société américaine dans les entreprises : la réputation est le levier de mise en œuvre de la RSE »[1322]. Au-delà, la compliance devient un signal de confiance envoyé aux clients, aux investisseurs et même aux collaborateurs et futurs collaborateurs, attirés dans une entreprise plutôt qu'une autre par la probité voire l'éthique affichées. La compliance devient ainsi une véritable plus-value concurrentielle, et les nombreux organismes certificateurs ne s'y trompent pas[1323].

Là où le droit pénal n'est susceptible que de publicité négative, la compliance, son bras armé actif, en expose la conformation (par la probité) et le dépassement (par l'éthique) dans des codes de conduites, des journées éthiques et autres communications extra-financières. Ainsi, tandis que les règles de la compliance reposent sur la soft-law, la sanction de la compliance repose sur cette soft-sentence, la réputation.

C'est seulement à ce stade que la définition stricte de la responsabilité de l'entreprise, que nous contenions à la bonne marche de ses affaires, peut s'ouvrir. En devenant un argument

[1321] « The jungle of rules and obligations that has emerged in the last decades makes compliance, according to several respondents, an essentially bureaucratic process, but also a process that may harm the development of commercial activities", A. VERHAGE

[1322] THIBOUT Orianne, La responsabilité sociale des entreprises : dynamique normative et enjeux concurrentiels, thèse de doctorat, 2018, p.135

[1323] On pense par exemple au Forum des entreprises engagées de Transparency International France, dont presque toutes les entreprises du CAC40 sont membres, en échange notamment d'une contribution de 10.000€.

de marché, l'éthique devient un but légitime de l'entreprise, les valeurs prennent part à la valeur. Et si l'on devait reprocher à la personne morale cette éthique calculée, Platon nous rappellerait par son récit de l'anneau de Gygès que le sens du bien peut aussi tenir chez l'homme du regard des autres[1324].

ii. L'anticipation chère aux affaires par la réputation

Mais plus structurellement, au-delà de la seule séduction à laquelle certains auteurs craignent de la voir réduite[1325], c'est au niveau du marché lui-même que la réputation sanctionne une bonne compliance. En effet, prospective par nature, elle permet l'anticipation dont le monde des affaires est fait.

La théorie des sentiments moraux d'Adam Smith ne dit pas autre chose : « Le succès de la plupart des gens dépend presque toujours de la faveur et de la bonne opinion de leurs voisins et de leurs semblables ; et sans une conduite assez régulière, ceux-ci peuvent très rarement être obtenus. Le bon vieux proverbe selon lequel l'honnêteté est la meilleure politique est dans de telles situations parfaitement vrai »[1326].

Plus prosaïquement, les diligences pratiquées dans la prospection de nouveaux partenaires commerciaux ne s'en tiennent pas aux seules condamnations mais évaluent l'ensemble de l'historique réputationnel pour en déterminer le niveau d'honorabilité, y compris la simple « *negative press* »[1327]. De la même façon, dans le cadre de la négociation d'une CJIP, les facteurs minorants du montant de l'amende tiennent compte de tous les antécédents judiciaires, même éloignés du champ de la CJIP envisagées. Par exemple, des antécédents fiscaux peuvent être pris en compte dans une convention portant sur des faits de corruption, comme autant d'indicateurs de la fiabilité de l'entreprise.

[1324] Pour être précis, c'est là l'argument de Glaucon, son contradicteur : l'homme bon rendu invisible par l'anneau de Gygès devient mauvais. Platon, La République, livre II.
[1325] FRISON-ROCHE Marie-Anne, Dessiner les cercles du droit de la compliance, Études en l'honneur de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité, LGDJ, 2018, p.483
[1326] SMITH Adam, Théorie des sentiments moraux, p.63
[1327] C'est le cas par exemple de la base de due diligence World-Check One de Refinitiv par Thomson Reuters, sauf à exercer un droit d'opposition, conformément à l'arrêt CJUE fondateur Google vs Spain du 13 mai 2014 sur le droit au déréférencement, et les articles 21 et 17 du RGPD.

La réputation apparaît ce faisant comme un régulateur de long terme. Elle précède et elle suit la relation d'affaires comme un prolongement et son anticipation[1328]. Ses strates permettent de résoudre les incertitudes dont le marché est parcouru. Les modélisations de théorie des jeux comme le dilemme du prisonnier s'arrêtent au sous-optimum d'une solution unique, empêchant la coopération honnête, alors que le réel est fait de situations renouvelées[1329]. On retrouve là l'étymologie-même de la réputation, *re-puto* comme penser à nouveau ou ré-estimer[1330].

b. La protection de l'actif réputationnel par la compliance

Bien au-delà des établissements financiers, les entreprises n'ont pas tardé à prendre conscience du lien étroit entre la compliance et la réputation. Ainsi EDF dans son seul Code de conduite ne mentionne pas moins de 27 fois la réputation et l'image du groupe comme actifs à préserver à tout prix. Les autorités ont récemment emboîté ce pas, comme en témoignent les nouvelles recommandations de l'AFA qui, à chaque évocation de la liste de risques encourus, ne citent plus en premier le risque de poursuites pénales (comme dans la version de 2017[1331]) mais bien le risque de réputation[1332].

Si à un premier niveau le dispositif de conformité permet à l'entreprise de préserver sa réputation, à un niveau plus fondamental il permet de démontrer l'authenticité de sa culture éthique.

i. La compliance, contrôle par l'entreprise de sa réputation pénale

[1328] TIROLE Jean, « Dans les économies modernes, les notions de réputation et de relation répétée jouent encore un rôle crucial dans la dimension de l'échange, qu'il n'est pas aisé de bien spécifier dans un contrat », Économie du bien commun, 2018, p.75
[1329] BALLET J. et DE BRY F., *L'entreprise et l'éthique,* Seuil, 2011 p.271
[1330] Dictionnaire Félix Gaffiot, entrée *puto*
[1331] « Le risque pour l'organisation est juridique, commercial et financier. Son image et sa réputation peuvent également être affectés. » AFA, Recommandations, 2017
[1332] « L'organisation peut se trouver impliquée , plus ou moins directement, dans la commission d'atteintes à la probité susceptibles de ternir sa réputation, d'avoir des conséquences défavorables sur le développement de ses activités, d'engager sa responsabilité ainsi que celle de son instance dirigeante » au point 46, ou encore : « La cartographie est mise en œuvre dans l'objectif de se prémunir contre les conséquences réputationnelles, juridiques, humaines, économiques et financières que pourrait générer leur réalisation », point 118 des Recommandations AFA 2021.

Une étude publiée par Dow Jones confirmait ainsi que les compliance officers d'établissements financiers tenaient la protection de la réputation de leur entreprise comme leur objectif principal[1333].

En instruments d'anticipation du risque pénal, les outils de la conformité reposent essentiellement sur la réputation, à tel point qu'on a pu en parler comme de « remèdes de bonne fame »[1334]. Au-delà même des procédures d'évaluation de l'honorabilité des partenaires, la gestion de la réputation de l'entreprise est au fondement de ces outils. Ainsi en est-il du dispositif d'alerte prévu par l'article 17 de la loi Sapin 2. L'article 8 de cette même loi dispose que le statut du lanceur d'alerte et le bénéfice des protections attachées sont conditionnés à une gradation d'extériorité partant du signalement interne et allant jusqu'aux autorités voire à la presse en cas d'absence de diligences. Ce faisant, cette procéduralisation de l'alerte la transforme en signalement : le parfum de scandale ne peut plus motiver la démarche du collaborateur et se trouve ainsi conditionné aux cas les plus graves. En contrepartie de ce parcours obligé, il serait utile de développer de bien plus fortes protections pour l'alerteur, puisque sa seule éventualité constitue un excellent moteur d'autodiscipline pour l'entreprise[1335].

En sens inverse, les outils de la compliance permettent de constituer autant de preuves pour l'entreprise de son intégrité lorsqu'elle est mise en cause. Dans les procédures pénales, la personne morale était réduite à attendre d'éventuelles preuves apportées par les autorités, se bornant jusqu'à lors à nier toute action délictuelle. Désormais, dès la moindre incrimination, elle peut activement contribuer à la démonstration de sa bonne foi en produisant un matériau probatoire fait de procédures en place, de plans de vigilance, de statistiques extra-financières. Cette *affirmative-defense* au service de la réputation est la seule compatible avec le temps des affaires, là où une relaxe pénale interviendrait trop tard.

Là réside sans doute l'équilibre de la CJIP, recherché tout au long de l'élaboration des lignes directrices. Dans quelle mesure peut-on augmenter la véridicité consubstantielle à la

[1333] « According to a recent Aite Group survey, 68 percent of compliance professionals at financial companies worldwide said that protecting their company's reputation was their top job », How strong compliance can produce positive reputation, Dow Jones, Novembre 2017

[1334] Au sens latin de la *fama*, la réputation, même si cette origine de l'expression populaire est contestée. J. CHUILON-CROLL, Rose-Marie MELIK, Réputation et compliance quels enjeux, Revue des juristes de SciencesPo, 2019

[1335] C'est la position du praticien Didier MARTIN, pour qui « la compliance est devenue une affaire de réputation », la rendant très sensible aux publications d'un alerteur. In Les contraintes et les vertus de la compliance, Pour une Europe de la compliance, p.107 Dalloz 2019

sanction pénale, par exemple en publiant en amont de l'audience de validation l'annonce de la CJIP, sans nuire inutilement à l'entreprise, c'est-à-dire sans lui nuire au-delà de ce qui a été prévu par la part afflictive de la convention, notamment l'amende ? Comme le rappelle le SFO, l'outil de la transaction pénale sert effectivement avant tout à canaliser les effets réputationnels de la procédure et de la sanction pénale[1336], un « prix du silence : un prix plutôt élevé que l'entreprise paie bien volontiers pour la sauvegarde de sa réputation » selon Martina Galli[1337]. Aussi ne suivons-nous pas cet auteur prétendant que « la sanction économique du marché consécutive à la réalisation du risque de réputation, même si l'entreprise n'est pas cotée, est le meilleur arbitre des comportements responsables, ou irresponsables, des acteurs économiques privés »[1338]. Des comportements peuvent être traités très injustement par le marché ; et en matière boursière, quand bien même le cours irait dans le bon sens, rien ne garantirait la juste proportion de sa sanction du manquement révélé.

Le plaider-coupable négocié par Lafarge le 18 octobre 2022 offre sans doute une illustration éclatante. Le plan de conformité est mis à contribution par Holcim pour protéger la réputation de l'entreprise, en recevant un quitus de la part du plus exigeant contrôleur possible, le DOJ, qui a jugé sa compliance suffisamment robuste pour ne pas nécessiter la désignation d'un monitor américain à sa tête[1339]. Le juge de paix sera les bases de KYC : le cimentier peut-il réussir à compenser une reconnaissance de culpabilité pour des faits de financement d'organisation terroriste, par un niveau de conformité désormais considéré optimal par le juge américain ? Toujours est-il qu'après une suspension provisoire du titre à la bourse suisse, son cours a repris à la hausse[1340].

ii. La compliance, révélateur de l'intention propre à l'entreprise

[1336] SFO, DPA guidance for corporates, sfo.gov.uk/publications
[1337] GALLI Martina, *Réflexions sur la CJIP*, p.371
[1338] Thèse O. THIBOUT, *op. cit.* p.136
[1339] Sonepar n'avait pas fait autre chose en s'affichant comme « première entreprise certifiée par l'AFA », suite à l'abandon par la commission des sanctions de la procédure d'injonction le 4 juillet 2019. Pour reprendre le modèle déployé par Shapira dans Law & Reputation, Sonepar retourne le modèle d'information produit. Elle reconstruit un manichéisme pour quitter la neutralité du quitus donné. Dans le paradigme pénal, un quitus est possible, qu'on appelle innocence et qui tient lieu de position de principe. En matière de compliance, nous sommes « embarqués » donc toute position est signifiante.
[1340] Lafarge va payer 778 millions de dollars aux Etats-Unis pour avoir aidé des organisations terroristes en Syrie, *Le Monde,* AFP, 18 octobre 2022

Plus structurellement, les outils de la compliance visent à établir une réputation qui soit le reflet de la véritable nature de l'entreprise.

Nous l'avons vu supra, tout l'écart entre la responsabilité de la personne morale et celle de l'individu ayant commis le délit pour son compte tient en cette culture d'entreprise manifestée par le dispositif de conformité. Puisqu'il est consubstantiel à l'entreprise de promouvoir son développement commercial auprès de ses employés, la question est celle des limites que posent informellement les outils déployés. Une limite formelle voire purement formelle comme le slogan de « tolérance zéro » nous paraît inopérante comme décrit supra. C'est proprement la réputation interne, celle qu'en ont les employés, qui sera déterminante, un « climat éthique » manifesté particulièrement par les routines informelles selon David Hess, qui invite notamment à mesurer régulièrement le ressenti du personnel[1341].

Cette réputation perçue par les collaborateurs est précisément ce qui distingue, au-delà de la commission des faits, une entreprise ayant commis des manquements d'une organisation mafieuse. En effet, avant sa codification plus formelle en 1982, la Cour de cassation italienne avait défini l'association mafieuse comme « tout groupement de personnes qui, avec des moyens criminels, se propose d'obtenir ou de maintenir le contrôle de zones, groupes ou activités productives à travers l'intimidation systématique »[1342]. Par contraposée, une entreprise dont le système d'alerte relève de très nombreux signalements ne témoignera pas d'une délinquance systématisée mais au contraire d'un climat éthique sécurisant.

Même si l'ère est à la formalisation, plus facilement mise en place et démontrée, c'est cette informalisation dont témoigne la réputation qui révèle la « personnalité » de la personne morale. « L'autre est indispensable à mon existence, aussi bien d'ailleurs qu'à la connaissance que j'ai de moi » disait Sartre[1343]. Travailler à sa réputation permet ainsi de créer une identité, qui n'est pas seulement une marque mais aussi un fondement de responsabilité, avec toujours un risque d'anthropomorphisme[1344] dont nous avons vu supra les conséquences.

[1341] HESS David, Ethical infrastrcutures and evidence-based corporate compliance and ethics programs : policy implications from the empirical evidence, NYU Journal of Law and business, déc. 2015
Cette méthode sondagière permet également de mettre en évidence les pratiques purement formelles de window-dressing ou fair-washing. Le rapport ESG de l'Open Compliance and Ethics Groupe du 13 septembre 2021 constate ainsi que seulement 10% des répondants considèrent « mature et bien documentée » leur capacité ESG.
[1342] Cassazione n°1709, 12 novembre 1974, commenté notamment par Ciro Grandi dans L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'association de type mafieux, RSCDPC 2017/1 p.13
[1343] L'existentialisme est un humanisme, 1946
[1344] HASSID O., Le risque de réputation : un risque de premier rang pour les entreprises, S&S 2011 p.2

2.La réputation, par la compliance pénale, au service d'une société vigilante

Conscient de la puissance régulatrice autonome du marché, le droit pénal investit le vecteur réputationnel pour en tirer profit. Si à un premier niveau il l'instrumentalise pour servir ses fins, à un second celles-ci sont servies directement par les mécanismes de marché au risque qu'elles lui échappent.

a. L'utilisation de la réputation par la compliance pénale

S'adressant principalement à des grandes entreprises, la compliance utilise les ressorts réputationnels pour s'assurer de la portée de ses effets par le « *name and shame* », mais aussi de leur qualité par la prévention de l'abus de droit.

i. Le renforcement de la sanction par le name & shame

L'affichage des peines tout comme les peines d'affichage sont une forme de restitution (fonction réparatrice), pas seulement de punitive (fonction sanctionnatrice).

Sanction prévue dans le DDV L225-102-5 al 3 C.Com : « est-on certain que la sanction réputationnelle de la société dominante obéisse aux canons du principe de la réparation intégrale du préjudice »[1345] ? Elle fait clairement le pont entre la sanction civile et la sanction pénale.

Si l'on parle aussi de peines d'affichage et de diffusion, l'expression « *name and shame* » est bien plus fréquente, témoignant sans doute comme le concept de compliance, d'une logique d'auto-amélioration hors des institution que le français peine à transposer[1346].
La peine d'affichage ou de diffusion de la décision de justice peut constituer l'équivalent pour les personnes morales de la peine d'Ancien régime du carcan. Cette clameur vient compenser à la fois des peines qui peuvent être considérées comme trop faibles (comme la sanction pécuniaire maximale d'un million d'euros prévue par l'article 17 de la loi Sapin 2, compensée

[1345] Autonomie de la Personne morale et devoir de vigilance, Thierry FAVARIO in Que reste-t-il du principe d'autonomie de la personne morale ?
[1346] C'est la théorie de Serge TISSERON, Psychiatre auteur de La honte, psychanalyse d'un lien social, 1992 Dunod. Houuu, la honte ! Enquête sur la pratique du "name and shame", Perrine Cherchève in Marianne 27/02/2016.

par la possibilité d' « ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de la décision d'injonction ou de sanction ») et l'opacité des manœuvres délictuelles dont la complexité garantit souvent une faible publicité par rapport à la délinquance ordinaire comme en témoignent les thèses de Sutherland.

Aujourd'hui plus d'une centaine d'infractions prévoient une peine d'affichage et de diffusion, suivant l'article 131-35 du Code pénal, et ce dans tous les codes[1347]. Pour autant, même si le droit la prévoit, elle est rarement requise et plus rarement encore prononcée. Les pouvoirs publics s'intéressent avant tout aux réparations, et c'est de surcroît une peine assez technique qui appelle une grande précision dans son prononcé, rarement valablement mise en œuvre[1348]. Sans doute le parquet spécialisé pourrait-il approfondir son rôle lorsqu'il la requiert afin de ne pas perdre la juridiction, et de rendre finalement cette peine dissuasive pour la juridiction elle-même !

Les matières de la compliance développent naturellement cette peine, à l'instar de la loi Pacte qui prévoit que « la décision prononcée par l'autorité administrative peut être publiée sur le site internet, et aux frais de la personne sanctionnée sur d'autres supports ». La CJIP énonce très clairement dès l'ouverture de ses lignes directrices qu'elle est punitive à la fois « en raison du montant de l'amende » et « de la publicité donnée aux faits »[1349]. De la même façon, le dernier alinéa de l'article 434-43-1 prévoit une peine pour « atteinte à l'autorité de la justice », en cas de violation des obligations prévues à l'article 131-39-2 qui lui-même prévoit la peine de mise en conformité. On constate avec ce dernier exemple que la peine d'infamie apparaît comme l'ultime arme de cette chaîne de sanctions prophylactiques.

Le risque c'est que ce *name & shame* s'autonomise du droit, et ce faisant de toute notion de proportionnalité ; il deviendrait alors non pas le pilori ou le carcan mais le « bûcher des temps modernes », comme sous la plume du professeur Mayaud. « L'institution judiciaire n'intervient qu'après [le procès des médias], non pour juger le coupable mais pour apprécier la matière dont sa culpabilité a été dévoilée et débattue »[1350].

[1347] Code pénal 717-2, Code de la santé publique L4223-1, Code du travail L1254-12, Code la propriété intellectuelle L521-11, Code forestier L571-3, Code monétaire et financier L573-16, etc.
[1348] Les modalités de publication sont assez complexes mais leur portée doit être strictement définie pour ne pas encourir la cassation pour indétermination de la peine, Crim 6 mai 1964.
[1349] LD CJIP v.2 p.3 Nous avons vu supra les limites de cette conception afflictive de la conclusion d'une CJIP qui à notre sens reste inopportunément très théorique.
[1350] Y. MAYAUD, Le name and shame, bûcher des temps modernes, Club des Juristes, 2021

La sanction par la réputation présente 3 problèmes comme l'analyse V. Khanna[1351] : personne n'en sort gagnant (contrairement à une peine financière), il est difficile d'en contrôler la magnitude et elle intervient généralement trop tôt dans le processus judiciaire.
Cependant, la compliance semble répondre à ces trois objections : le marché en sort gagnant parce que mieux informé, la magnitude se contrôle par l'affirmative défense et la prise en compte des conséquences par le parquet, et le processus judiciaire a un temps plus écrasé, avec une mise en cause des médias plus fine (grâce aux nombreuses communications de la compliance), et plus seulement comme caisse de résonnance d'actes judiciaires.

A ce stade, nous préfèrerons conserver l'affectation de la réputation comme une conséquence plutôt qu'en faire un but à la sanction. Les régulateurs produisent naturellement une information certifiée : c'est à cette crédibilité donc à leur propre réputation qu'ils doivent s'attacher pour que leurs décisions soient suivies et même anticipées par les acteurs du marché.

ii. La réputation comme garantie morale prévenant l'abus de droit

La compliance présente le risque de l'instrumentalisation de la sanction, comme vu supra, notamment en transformant l'infraction, dont les conséquences sont désormais prévisibles voire négociables, en une forme d'investissement.

Dans son célèbre arrêt Carignon, la chambre criminelle identifie ce risque en revenant sur son appréciation de l'abus de biens sociaux comme supposant nécessairement un préjudice financier et retient que « quel que soit l'avantage à court terme qu'elle peut procurer, l'utilisation des fonds sociaux ayant pour seul objet de commettre un délit tel que la corruption est contraire à l'intérêt social en ce qu'elle expose la personne morale au risque anormal de sanctions pénales ou fiscales contre elle-même et ses dirigeants et porte atteinte à son crédit et à sa réputation » [1352]. Ainsi, par le prisme de la réputation, l'intérêt de l'entreprise n'est plus considéré comme seulement économique, mais également social, empêchant l'intérêt financier de justifier une infraction qui enrichit l'entreprise.

En matière de CJIP, la publicité est encore assez faible, même si ce point devrait évoluer avec les nouvelles lignes directrices qui tiennent par exemple la publication de la date

[1351] KHANNA V. S., « Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? », *Harv. Law Rev.*, 109, The Harvard Law Review Association, 1996.
[1352] Cass. crim., 27 oct. 1997, n° 96-83.698 :

d'audience plusieurs jours avant sa tenue comme une position de principe[1353]. Cela nous semble d'autant plus nécessaire que lorsque le principe de la CJIP est proposé pour la première fois par le législateur c'est précisément au prix de « de fortes garanties de publicité ».[1354] En effet, une telle publicité permet d'encadrer le principe-même de la CJIP, pour ne pas en faire un protocole d'accord transactionnel confidentiel, qui en omettrait illégitimement la part publique, voire une facilité instrumentale pour l'entreprise délinquante. Ainsi, non seulement « la publicité de la convention marque une volonté de transparence à l'égard des parties prenantes »[1355] de l'entreprise, mais son « exécution de bonne foi de la CJIP par la personne morale suppose que ces qualifications envisagées ne fassent pas l'objet d'un dénigrement public de sa part »[1356].

Plus structurellement, la réputation préviendrait les abus par la régulation du regard des pairs. Dans son célèbre article sur la tragédie des communs, Garrett Hardin expose la surexploitation de ressources communes, où le profit est individuel et les coûts sont collectifs, donc le (bien) commun s'en trouve aussitôt ruiné pour tous[1357]. Pour socio-économique qu'elle soit cette modélisation offre une illustration efficace du comportement des entreprises en situation d'externalités négatives, et plus généralement de tout agent commettant un manquement, dont il profite au détriment de la communauté. Or selon Hardin, la réputation peut devenir un régulateur naturel, l'appréhension du regard des autres rendant l'autorégulation plus efficace.

iii. La compliance comme confiance dans le droit

La compliance fonde et maintient la confiance dans le droit : elle garantit son attractivité pour les entreprises justiciables, son effectivité et son opposabilité aux autres juridictions.

Contrairement aux autres outils qui sont à la fois décrits et établis, la CJIP et plus largement la compliance est à la fois récente et peu univoque. Il y a donc une réputation à établir et à conserver.

[1353] Là où jusqu'à lors, cette modalité était considérée comme hors-sanction, voire laissée à l'appréciation d'une entreprise évidemment partisane de la discrétion absolue jusqu'au matin-même de l'audience.
[1354] Introduction par Sandrine MAZETIER à l'article 12bis du projet de CJIP, Rapport de Sébastien DENAJA, 26 mai 2016
[1355] LD CJIP v.2 p.5
[1356] *Ibid*. p.11
[1357] HARDIN Garrett, « The Tragedy of the Commons », *Science*, 162, 1968.

La réputation c'est ce qui fonde une autonomie dans la légitimité, et on a vu combien s'était important dans le cadre d'une compliance surpilotée par le politique. C'est la démoinstration de Daniel Carpenter, professeur de Government à Harvard dans Reputation and Power, au sujet de la FDA américaine, « the most powerful regulatory agency in the world ».

L'objet ultime de la compliance c'est de restaurer la réputation de l'ordre pénal.

b. La décentralisation des missions du droit pénal par le marché

Finalement, la réputation permet une décentralisation des objectifs du droit pénal par le biais du marché, comme un gage d'efficacité par rapport aux lenteurs, aux impuissances, ou aux partis pris de l'État.

Les consommateurs, les investisseurs, les collaborateurs, et plus généralement l'opinion publique internationale agissent comme autant de régulateurs décentralisés, posant autant la question de leur institutionnalisation souhaitée que de leur instrumentalisation redoutée.

i. L'opinion publique comme tiers remplaçant l'État

Toute la compliance est orientée vers la société civile comme juge, comme consommateur et comme citoyen. Faute de moyens, faute de volonté, mais surtout faute de centralisation possible de la lutte anticorruption dont on a vu les difficultés d'appréhension univoque.

L'UE elle-même en est consciente en demandant dans sa directive anticorruption 23 que les organismes de prévention et répression soient : indépendants du gouvernement, fonctionnent de manière transparente, soient connus du public, rendent accessible au public les informations pertinentes. 4 mesures, deux négatives, deux positives, les deux positives étant tournées vers l'information du public[1358].

Nous avons vu combien la lutte contre la corruption devait puiser sa légitimité ailleurs que dans des États dépassés par l'internationalité des enjeux et rétifs de toute façon à lui abandonner leurs intérêts commerciaux. Ce faisant, elle suit le chemin tracé par la justice pénale

[1358] article 4 du projet de directive UE23

internationale qui s'est institutionnalisée au XXe siècle malgré les États et par l'œuvre de l'opinion publique[1359].

Cette opinion publique internationale s'est institutionnalisée, notamment par le prisme d'ONG, jusqu'à « représenter aujourd'hui une puissance réelle » [1360]. Nous avons pu voir combien elle est devenue prescriptrice dans un droit qui échappe aux mécanismes traditionnels internes, à la fois parce qu'il est mou et parce qu'il est transnational. Dès lors, à défaut d'organe juridictionnel, son application répond notamment de « la sanction de l'opinion publique ».

L'opinion internationale joue le rôle de troisième homme d'autant plus pertinemment que les intérêts des États sont dépassés. A tel point d'ailleurs que des traités internationaux se trouvent avoir des effets sur des Etats qui n'en sont pas signataires, ceux-ci se trouvant contraints à transposer des normes et à y conformer leurs investissements et leur commande publique, sous la menace de la stigmatisation[1361]. En prévoyant des ressorts essentiellement publicisants la Loi Devoir de vigilance[1362] épouse ce prisme, en prévoyant publication du plan de vigilance, son contrôle par le public, et jusqu'à la publication de la sanction : toute la chaîne afflictive se fait désormais sous le regard de l'opinion, à défaut d'être pénale. La même logique paraît suivie par la loi Pacte dont un des arguments à l'adoption a été d'affirmer que « ce droit nouveau n'ajoutait rien à un état de fait existant : en effet, ces obligations de hard law ne feraient que prendre la place de mécanismes d'opinion ».[1363]

Ce « magistère de surveillance » de l'opinion, pour reprendre l'expression de Bertrand Badie, se passe d'institutionnalisation et ce faisant emporte deux risques : l'auto-entraînement d'un côté, l'instrumentalisation de l'autre, posant alors radicalement la question de la place des médias. Un exemple permet de synthétiser ces limites, celui du « Dieselgate ».

En effet, l'opinion déduit volontiers de la culture allemande véhiculée, une rigueur au service de la compliance, que la succession de scandales industriels ne saurait dédire. L'indice de perception de la corruption de Transparency ne fait que confirmer cette perception, le géant allemand des médias Bertlsemann fournissant même deux des douze critères fondant l'indice. Dans le cas du Dieselgate, « les grands journaux nationaux, la Frankfurter Allgemeine Zeitung,

[1359] A. GARAPON, Le moteur de l'opinion publique in Des crimes qu'on ne peut ni punir ni pardonner, 2002, p.84
[1360] Marie-Emma BOURSIER La mondialisation du droit pénal économique, RSCDPC 2017/3, p.465
[1361] *Ibid.*
[1362] S'il a fallu la tragédie du Rana Plaza, c'était déjà le poids de la réputation qui intégrait la chaîne de production pour dépasser la responsabilité strictement juridique dans la délocalisation des ateliers de Nike dans les années 80.
[1363] GERMAIN Michel, Extension du domaine de la responsabilité des dirigeants : ambitions et réalités, Actes pratiques et ingénierie sociétaire n°175, 2021

Süddeutsche Zeitung, Die Welt, manifestent prudemment leurs critiques du groupe Volkswagen craignant l'impact des révélations sur l'image de la Industrienation Deutschland » comme décrit par le Pr Schumacher.[1364] Le coup réputationnel a été réussi puisque c'est le nom de « dieselgate » que le monde a retenu, plutôt que celui de « volkswagate », épargnant ainsi le fleuron industriel national. Le rôle des médias traditionnels dans l'orientation d'une opinion internationale sanctionnatrice est d'autant plus déterminant que les GAFAM y ont acquis un pouvoir certain, qui peut d'ailleurs expliquer l'étonnante acquisition de Twitter par Elon Musk.

Aussi s'agira-t-il d'être attentifs à ce que cette opinion internationale s'éveille concomitamment à une conscience internationale, critique certes vis-à-vis des États mais aussi envers les entreprises systémiques, au risque de faire les frais de l'*astroturfing*[1365], l'instrumentalisation d'une opinion publique à des fins de pression politique sous l'apparence de mouvements citoyens.

ii. L'information du marché comme police des manquements

La doctrine s'intéresse depuis longtemps à la caisse de résonnance que représente le marché pour les décisions judiciaires. L'étude des *Reputationnal models* de Engelen et Karpoff en révèle toute la limite en identifiant le niveau d'impact d'une condamnation sur le cours de l'entreprise[1366]. Alors que la sanction d'une fraude est faite à 90% par le marché (c'est-à-dire qu'il reproduit en moyenne neuf fois la sanction prononcée), celle d'un écocide est à 0%, et la sanction d'un acte de corruption peut même être favorable. Selon les auteurs en effet, en raisonnant de manière purement utilitariste, le marché s'inquiète d'une fraude qui porte atteinte à la fiabilité de l'information, est indifférent aux externalités négatives, et accueil d'un œil favorable des perspectives d'investissement, même frauduleuses.

La production d'information en amont du pénal. Ainsi en est-il des vendeurs à découvert qui, in fine, luttent contre la réputation d'agents économiques, mais uniquement dans la mesure où ils la tiennent pour usurpée. Ce faisant, en revenant à une étude économique fondamentale, ils dégonflent le cours d'entreprises qui prospèrent injustement sur une

[1364] SCHUMACHER Aloïs, Le Dieselgate, une histoire sans fin ? dans Allemagne d'aujourd'hui, 2019/1 p.81
[1365] L'astroturfing ou similitantisme est un concept popularisé par le sénateur texan Bentsen pour désigner ce qu'un Noam Chomsky pourrait appeler la « fabrique de l'opinion ». *La fabrique de l'opinion publique,* Noam CHOMSKY et Edward HERMAN, Serpent à plumes, 2003
[1366] Reputationnal models, Engelen KARPOFF

réputation usurpée et peuvent ainsi démasquer des fraudes systémiques comme dans l'affaire Wirecard. Si le cours de l'entreprise est évidemment atteint, la valeur de l'entreprise elle-même ne l'est pas : il s'agit simplement de ramener sa valeur réputationelle à sa valeur économique réelle pour éviter une bulle spéculative, et réorienter les investissements vers les entreprises qui les méritent effectivement.

Cette police du marché nous paraît pertinente avant tout sur les fondamentaux : la responsabilité économique et la responsabilité juridique L'étude de la responsabilité sociétale, sociale et environnementale de l'entreprise par les marchés, même si elle se développe utilement, nous paraît encore trop facilement instrumentalisable pour le compte de fins financières, occultant d'autant la responsabilité juridique. Le cas du groupe Orpéa, chantre de la finance verte éco-responsable peut constituer un exemple frappant de ce fair-washing. + cf conf Greenwashing CCass septembre 23.

La production d'information en aval du pénal. Nous avons pu rappeler plus haut l'importance encore trop ignorée de la publicité dans le cadre du règlement des manquements. Mais plus encore, au prétexte (justifié) d'améliorer la situation des deux parties à la convention, la confidentialité ou plutôt le manque d'information qui émane des CJIP par rapport à un procès traditionnel obère la capacité du marché à tenir compte des manquements constatés, et ainsi à s'autodiscipliner[1367]. En effet, si nous voyons s'y réduire les coûts du règlement pénal, nous ne voyons pas toute l'information dont le marché est désormais privé[1368]. C'est ainsi le marché dans son ensemble et *in fine* la société elle-même qui voit son sort détérioré. Aussi peut-on regretter avec Shapira que les débats se focalisent « around the amount of money being paid or admissions being collected in settelments", le vrai problème n'étant pas la quantité d'argent non captée par le régulateur mais bien la quantité d'informations non diffusée par lui[1369].

iii. La réputation comme manifestation des valeurs protégées

[1367] Que cette auto-discipline procède d'un détournement des fraudeurs ou d'une peur devant la fraude, ces deux branches composant finalement les deux faces d'une même pièce, en se rejoignant sur l'anticipation du statut de fraudeur.
[1368] "such information-underproduction dynamics are good for both parties but bad for society at large". in "private litigation vs public enforcement: the information-production perspective" p.118
[1369] SHAPIRA R. "How shifting to arbitration affects the market for reputation", op.cit. p.210

Plus radicalement qu'en adjuvant de la répression, les marchés paraissent servir l'expressivité d'un droit pénal que la globalisation des enjeux avait amoindrie.[1370] « La réputation n'est pas un fantasme : elle constitue de l'information sociale essentielle pour qu'un groupe développe des normes morales »[1371] explique la sociologue Gloria Origgi : la proximité avec le champ de la compliance apparaît d'autant plus grande.

La sanction ne s'adresse pas qu'à l'entreprise défaillante, mais à la société entière pour rappeler les valeurs qu'elle porte. Dans sa *Reputational theory of corporate law*, Roy Shapira, prenant l'exemple des sanctions de la SEC et de la Cour du Delaware, déplore l'échec des autorités pénales à exprimer la valeur réelle des entreprises pour en informer le marché[1372]. « Preaching is the point », constate-t-il : plus que la sanction, les autorités doivent aspirer à détailler les raisons de leur décision. Or c'est précisément l'inverse qui se produit dans le cadre de CJIP où la convention retrace des années de fraude et d'enquête en quelques lignes et l'audience comme l'ordonnance du tribunal se caractérisent par un laconisme regrettable.

Sans doute que c'est effectivement là l'occasion pour les autorités d'exposer les valeurs défendues par le droit pénal. Le groupe Holcim a saisi cette opportunité lors de son plaider coupable pour le passé, faisant dans le même mouvement acter la qualité de son dispositif de conformité pour le futur. D'autres entreprises n'ont pas encore ce réflexe de dépasser la sanction purement judiciaire pour tenir compte du discours qui l'entoure. C'est le cas de Bankers Trust dont la victoire devant les juges a en même temps exposé toute la rudesse sur le plan humain, constituant selon Shapira[1373], un facteur majeur de leur faillite. Ce découplage de la sanction pénale et de la sanction réputationnelle qu'a parfaitement saisi Holcim dans sa négociation avec le DOJ doit inspirer nos réglementations, car ce n'est pas tant les coûts pénaux que les acteurs économiques redoutent que l'exposition de leurs fautes à ceux capables de les juger effectivement. En l'espèce, on l'aura compris, Holcim a troqué une réputation B2C qui lui importe peu contre une réputation B2B qui correspond à son modèle d'affaires. Peu importe que sa réputation soit entachée pour le passé aux yeux d'une opinion qui finalement a peu recours à ses services, tant qu'est sauve pour l'avenir une réputation blanchie dans les bases de due diligence par le quitus de conformité prononcé par le DOJ, aux yeux des professionnels.

[1370] BOURSIER Marie-Emma, SCDPC, 2017
[1371] ORIGGI Gloria, La réputation, PUF 2015 p.33
[1372] SHAPIRA Roy, A Reputationnal theory of corporate law, Stanford law & policy review, vol.26, 2015
[1373] SHAPIRA Roy, op.cit. p.18

Conclusion de la section :

Nous pouvons éclater la réputation issue de la sanction en quatre strates : la révélation (la mise au jour de l'information), la diffusion (l'atteinte de la cible idoine), la certification (la crédibilité de l'information) et l'attribution (la généralisation de l'espèce). Cette distinction proposée par Shapira nous paraît particulièrement applicable à la compliance criminelle. Elle repose par construction sur des processus de révélation comme on l'a vu précédemment. Elle pilote au plus près la diffusion de son information, côté justice par exemple avec la CJIP comme côté justiciable avec l'illustration d'Holcim. Elle se compose ou s'entoure d'experts de chaque champ. Enfin, en « droit des causes systémiques »[1374], elle confère à ses décisions une portée plus générale que les cas qui lui sont soumis.

Au terme de notre étude nous pouvons redire toute l'importance que revêtent ces deux dernières dimensions trop souvent occultées. Ainsi en est-il du paradigme de la transparence qui, bien que souvent convoqué, ne rend finalement compte que des premières strates, et occulte l'accompagnement de l'information jusqu'au marché. Une meilleure crédibilité des régulateurs[1375] et une meilleure généralisation de la portée des cas soumis pourraient optimiser la portée des informations issues de la compliance pénale[1376].

Il est intéressant de constater alors que la réputation et la CJIP sont deux outils finalement complémentaires. Négativement en ce que chacune pallie les limites de l'autre, mais positivement aussi. La CJIP n'est pas si contractuelle que cela tant elle repose sur la bonne foi d'un côté et la foi du Palais de l'autre ; elle est même plutôt fiduciaire, et en cela donc réputationnelle.

Écartée des analyses comme « phénomène a-juridique »[1377], la réputation est remise au cœur du droit pénal par la compliance, avide de contrôler les externalités de la sanction. La compliance permettrait le renouvellement de la convocation de l'opinion publique que réalise le pénal, et la réputation permettrait de rendre actif et prospectif le droit pénal.

[1374] Colloque de la cour de cassation du 9 mai 2022 sur « L'office du juge et les causes systémiques »

[1375] Cette recherche de crédibilité peut à notre sens justifier la prise de risque d'un conflit d'intérêts comme relevé précédemment dans la proximité entretenue entre le régulateur et l'expertise privée, avec l'exemple du directeur juridique de Total, à la fois directeur fusion-acquisition du groupe et membre de la commission des sanctions de l'AMF.

[1376] Faute de moyens, l'AFA n'a pas encore trouvé cette place.

[1377] Selon l'expression de Marie-Emma BOURSIER, op.cit.

Conclusion générale

Une connaissance de soi exigée de l'entreprise. Au terme de notre étude, nous avons pu établir que la responsabilité pénale à l'aune de la compliance constituait une responsabilité de l'entreprise avant tout sur elle-même. Ainsi ne s'agirait-il ni d'être responsable envers d'autres comme y invite le paradigme pénal classique, où l'autorité-tierce cherche à établir une responsabilité objective sur un acte passé, ni d'être responsable d'autres, comme y invite une vision extensive de la conformité, à laquelle nous n'avons pas souscrit.

Les dispositifs de conformité dont le droit impose le déploiement à la grande entreprise l'amènent en effet à connaître son organisation et à prendre la mesure de ses risques. C'est cette double connaissance de soi qui lui permet d'exercer une responsabilité pleine, c'est-à-dire à la fois fidèle à sa mission première de développer ses affaires, et capable de rendre compte du risque que cette activité génère immanquablement. Cette conception de la responsabilité suppose que ne soit refusé ni la prise de décision ni le risque lui-même, fût-il pénal. Dans cette perspective, les outils de la conformité n'imposent pas tant d'annuler tout risque et les décisions qui y conduisent, que de les assumer, c'est-à-dire d'organiser la personne morale de sorte qu'elle ne puisse ni ignorer l'action ni dissoudre la prise de décision.

Cette responsabilité pénale du second degré, c'est-à-dire cette responsabilité sur son risque pénal, paraît encore mal appréhendée par les acteurs de la compliance. Si les agents économiques la redoutent et la biaisent, c'est en partie à cause d'une acculturation encore trop faible à la distinction de ces deux degrés de responsabilité. Ainsi, la révélation de la cartographie des risques de l'entreprise ne devrait sans doute pas être exigée par l'AFA qui ne saurait décemment ordonner aux personnes morales à la fois un examen de conscience sincère et le dévoilement de ce dernier à l'autorité en charge. Il nous semble que l'AFA ait une intuition de cette contradiction, sans jamais se résoudre à en tirer la conséquence qu'elle ne doit s'occuper que d'une méta-responsabilité. En effet, ses recommandations expliquent que "l'ensemble des éléments précités constitue la cartographie des risques" (p.22). Ainsi, nous comprenons bien que la synecdoque qui fait prendre la "heatmap" pour l'essentiel du dispositif est un dangereux raccourci. L'attention est focalisée sur la révélation du risque par cette carte et par les fiches-risques associées, alors que c'est le processus de sa constitution qui doit faire l'objet des contrôles de l'AFA : l'identification de tous les niveaux de responsabilité décisionnels, mais

aussi opérationnels, comptables et de support (p.20), la lutte contre le "préjugé des résultats", "la libre expression des participants" (p.21), etc. C'est seulement au terme de ce processus que l'entreprise entre dans le triptyque final évaluation, hiérarchisation, remédiation, à la surface duquel l'AFA doit alors rester si elle veut que les entreprises le mènent sans hypocrisie. La compliance constituerait alors une responsabilité pénale du second degré ; le constat de cette séparation des ordres et son observation par les autorités serait la condition d'une conscientisation sincère et donc effective de l'entreprise.

Une conscience de soi évincée de l'entreprise. Ce n'est pas par abus de langage mais délibérément que nous avons évoqué une conscientisation, parce qu'au-delà d'une connaissance d'elle-même, il nous semble falloir dégager de l'entreprise une conscience d'elle-même. Cette conscience qui naît de la reconnaissance du regard d'un autre, notamment par le prisme de la réputation, doit se garder de verser dans l'anthropomorphisme d'un côté, comme dans une forme de téléologie de l'autre. En effet, cette confusion des genres serait délétère tant pour l'entreprise alors mal comprise que pour les personnes physiques auxquelles les dispositions d'un droit prévu pour les personnes morales, et moins regardant quant aux libertés fondamentales, risquerait alors de s'étendre.

S'il a fallu dégager au-delà d'une conception strictement juridique de l'entreprise, une responsabilité économique et institutionnelle par la distinction anglo-saxonne *liability*, *accountability*, *responsibility*, la seule coloration morale que nous pouvons adjoindre à cette conscientisation est celle de la *prudentia* cicéronienne[1378]. La compliance pénale s'est finalement donné pour objet la reconnexion du pouvoir à la responsabilité, c'est-à-dire l'établissement d'une imputation pénale plus juste. L'ambiguïté au fondement de la responsabilité pénale des entreprises était en effet que, si seule la personne morale est puissante, seule la personne physique est *potente*, de sorte que l'article 121-2 du Code pénal commandait une identification des "organes ou représentants" ayant commis "pour le compte [de l'entreprise]" les infractions visées. Nous estimons au terme de cette étude que la compliance pénale peut permettre d'étayer une responsabilité pénale directe des personnes morales, que la

[1378] Ce concept de *prudentia* par rapport à la loi se distingue dans l'œuvre de Cicéron de la *sapientia* Là où celle-ci vise une perfection morale quasi-contemplative, celle-là est une vertu pratique. Voir Ludovico V. CIFERRI, *Le concept de prudentia par rapport à la loi chez Cicéron. in Revue internationale des droits de l'antiquité*, No 40, 1993, pages 209-226.

jurisprudence de la chambre criminelle dégage déjà et qu'une réécriture de l'article 121-2 à l'occasion de son trentième anniversaire permettrait de valider.

En parallèle, la CJIP permettrait d'échapper à un engagement trop sévère d'une responsabilité pénale directe des personnes morales. Mais cela ne pourra se faire qu'à deux conditions, car la CJIP paraît aujourd'hui avoir les défaut d'une transaction conventionnelle, sans en avoir les qualités. Cette « petite société » née de la convention qui restaure le lien entre l'entreprise mise en cause et les représentants de l'intérêt public court le risque d'occulter tout ce qui est passé par pertes et profit dans la réintégration de la personne morale délinquante, à commencer par la manifestation de l'interdit que la responsabilité pénale traditionnelle consacrait.

Comme instrument, la CJIP constitue certes un système excellent. Mais dans le champ du droit, un système n'est pas seulement bon par sa cohérence interne mais également par sa capacité à autoriser son propre dépassement, à l'instar du droit des obligations qui est capable d'assumer la sortie du contrat comme les vices de sa formation. Aujourd'hui cela n'est pas possible pour la CJIP, qui ne fonctionne que parce qu'elle ne rencontre aucun soubresaut. Si une opposition des victimes, d'autres États, de la *golden clause* par la doctrine, de l'entreprise elle-même contestant sa mauvaise exécution du plan de mise en conformité, ou sa non-validation par le tribunal, devait se faire jour, nous pourrions gager que l'outil CJIP connaîtrait aussitôt une crise mortelle. Si l'expertise et l'autorité du PNF ont pu rationaliser jusqu'alors l'outil pour les infractions dont il a compétence, encore qu'il y ait matière à en redire, son extension au champ environnemental et progressivement à d'autres, causera son éclatement sous le seul effet de son appréhension aléatoire suivant les parquets.

Il faudrait donc renforcer le fondement juridique de la CJIP pour qu'elle puisse assumer les situations où elle ferait défaut. Il faudrait également développer la publicité qui l'entoure pour qu'elle retrouve toute la portée d'une décision pénale.

« L'entreprise est provocante » concluait dans une formule la « Brigade » de Mireille Delmas-Marty[1379]. L'étymologie du terme et le recours qu'y ont les auteurs antiques peuvent nous permettre de donner toute sa portée à cette intuition elle-même un peu provocante. Si le sens moderne de la provocation est sans doute celui de la mise au défi, il est aussi originellement

[1379] FRONZA Emanuela, TRICOT Juliette, GUILLOU Nicolas *et al.*, « Du droit pénal à la politique criminelle : l'envers du décor », in *Cheminer avec Mireille Delmas-Marty : melanges ouverts*, Mare & Martin, 2022.

un acte de sollicitation, dans une ambivalence pouvant illustrer la relation que l'entreprise développe avec les autorités. Mais *stricto-sensu* la provocation est étymologiquement un « appel au-dehors », que le droit pénal a sans nul doute reçu, avant de devenir sous la plume de Cicéron un « appel au peuple », qui reste encore à établir.[1380]

Le marché comme instance ultime de régulation pénale. Si la transaction pénale a pour elle une efficacité qui permet la sanction sans nuire au-delà du nécessaire, c'est plus fondamentalement, ou plus systématiquement, le marché qui peut porter le plus efficacement la mission de régulation pénale, par le biais de la réputation. En effet, la sanction pénale ne cherche pas seulement à résoudre le cas d'espèce par ses fonctions restitutive et afflictive, mais bien à dire le droit, par sa fonction énonciative. Or, la compliance nous apparaît comme l'occasion d'ordonner le marché pour qu'il puisse mener à bien cette mission. Comme nous l'avons vu, elle permet en effet la révélation, mais aussi la diffusion, la certification et l'attribution, pour reprendre les quatre strates de la réputation chères à Roy Shapira. Leur distinction doit alors permettre d'identifier et de maximiser chacune d'elles pour ne pas causer une sous-production d'information comme le fait aujourd'hui la CJIP, nuisant à la portée des décisions pénales. La restauration de cette fonction permettra également de tarir une source du recours au bouc émissaire en droit pénal des affaires : la désignation d'un coupable unique et physique permet en effet trop souvent d'obtenir un effet énonciateur de la règle de droit, à peu de frais et facilement contrôlable.

Un dépassement de la seule préservation des systèmes. La leçon dégagée pour la CJIP nous semble valoir pour tout le paradigme de la compliance : les systèmes doivent prévoir leur dépassement afin de ne pas s'adonner à un autotélisme aussi délétère qu'il se fait invisible. C'est en ce sens que nous avons souhaité dégager quatre degrés de conformité au sein de la compliance : la conformité du salarié aux règles de l'entreprise, la conformité de ces règles au droit national, la conformité de celui-ci aux normes internationales, et la conformité de ces dernières à l'idéal de justice.

La gouvernance par les nombres, la validité de la norme par son effectivité, l'analyse économique du droit, les externalités de la sanction pénale, la théorie des jeux pénaux : nous avons identifié tous ces modèles comme se développant progressivement dans le droit, y

[1380] Dans l'ordre des sens convoqués : PLINE LE JEUNE in *Epistulae* 2,7,4, CICERON *Epistulae ad familias* 1,7,3, PLAUTE in *Miles gloriosus* 11,22 et CICERON in *De re publica libri 6*, 2, 53, in Dictionnaire *Gaffiot* 1934, entrées *Provocatio, onis, f* et *Provoco, avi, atum, are*.

compris pénal. On peut comprendre la recherche de plus d'efficacité face à la disette de moyens, nous l'avons appelé validité de l'effectivité ; nous pouvons également la comprendre face à la singularité de la personnalité juridique morale, nous l'avons appelé validité par positivité. Mais cette ambition rationaliste nous paraît achopper sur sa confrontation à la légitimité. La modélisation n'est en effet capable de rendre compte que de ce qu'elle voit. Cela ne dérangerait pas outre mesure si elle ne rendait pas *de jure* invisible par l'effet du biais de quantification tout ce qui n'est pas *de facto* mesurable ou mesuré. L'effet est probant en matière d'externalités comme nous l'avons vu, et la compliance permet de s'en prémunir en développant la qualité de l'information. Cependant, la compliance l'utilise aussi à ses propres fins, celle de l'effectivité de la sanction. Et c'est là que le bât blesse. Dans ce champ-là, elle rechigne à communiquer, car les effets de l'information y sont difficilement maîtrisables. Mais, quoiqu'invisibles à moyen terme, les effets de la communication pénale attachée au procès traditionnel risquent à long terme de faire ressentir leur absence. La sagesse de l'axe légitimiste de la norme pénale, bien que difficilement mesurable, et peut-être justement parce que difficilement mesurable, avec ce qu'elle porte d'indignation au sens plein du mot, celui d'une dignité perdue, doit perdurer au-delà de la recherche d'efficacité.

Aussi la compliance ne nous paraît-elle pas pécher par un excès de rationalisation, mais plutôt par un excès de confiance en la rationalisation, qui s'avère finalement impuissante à saisir tout ce qui joue, et qui tend à donner l'illusion que le droit serait une technique neutre. Nous pouvons légitimement espérer que l'influence du réalisme, école de l'effectivité, en convoquant les sciences économiques, la sociologie, la psychologie sociale, et toutes les sciences molles qui les entourent, tendra à modéliser toujours mieux. C'est également l'occasion de constater que le droit est également ce qui fait société, par son écriture, par son application comme par sa sanction. L'écriture du droit ne serait alors juste que dans la mesure où elle serait socialement partagée, par le truchement de la démocratie. Ainsi, si le droit devenait purement technique il élaborerait des parties indifférentes au tout. La compliance criminelle est alors paradoxalement l'occasion d'illustrer combien le droit n'est pas seulement un mode de gouvernance, mais bien également un mode d'association.

Tout le régime de la compliance pénale a été pensé dans un sens de remédiation et de prophylaxie. Si Antoine Gaudemet a pu parler du « monde nouveau de la compliance » pour parler du champ que la matière ouvrait, nous pouvons prendre encore plus radicalement

l'expression. Qu'il s'agisse des États au niveau macroéconomique ou des entreprises au niveau microéconomique, la compliance marquerait la séparation entre un monde ancien livré à une croissance débridée et un monde nouveau encadré par la conformité. Au niveau des Etats, cet ancien monde serait dévolu aux réalités postcoloniales, auxquelles la croissance de croisière des démocraties libérales permettrait désormais de renoncer. Ces Etats ferment alors volontiers les yeux sur les entreprises qui connaissent les mêmes fautes de jeunesse, avant que leur croissance stabilisée les fasse revenir au confort de la conformité. La transaction pénale ne constituerait alors pas l'acquittement d'un investissement corruptif, comme une part des observateurs l'a redouté, mais la reddition de comptes d'un temps révolu, désormais rendu structurellement impossible par les dispositifs de conformité. L'avenir dira si le droit pénal des affaires y a trouvé la pierre philosophale de la politique criminelle, celle de la récidive zéro, ou si la résipiscence des entreprises était de pure opportunité. Sans doute la réalité sera-t-elle à mi-chemin.

Une subsistance de la personne comme fin de la compliance. Si la compliance a apporté au droit pénal son efficacité pour que la responsabilité atteigne les organisations, le droit pénal peut en retour lui apporter son fondement et son horizon pour lui donner un sens et une limite. En effet, les systèmes, fût-ce le système juridique, ne sont pas fait pour eux-mêmes, mais pour les personnes. Or, que ce soit au stade de l'édiction de la norme par l'incarnation politique, de la conduite de la responsabilité des affaires par l'identification du dirigeant et la valeur de sa signature, de la révélation d'infractions systémiques par le lanceur d'alerte, et même de sa sanction par le juge, une incarnation individuelle et personnelle reste indispensable lorsque l'on traite de systèmes et d'autorégulation. La lutte effrénée de certains pays contre la corruption au mépris des libertés personnelles, sous la bénédiction des meilleures ONG, en aura fourni une illustration tragique.

Gardons-nous en retour de tomber dans une volonté d'incarnation de toutes les infractions, dont la responsabilité incombe parfois à l'organisation du système lui-même, conformément à la distinction fraude individuelle, industrielle et institutionnelle que nous avons tenté de dégager. Car on donne à nos maux une forme humaine, plus facile à mettre en cause qu'un système entier. De sorte qu'on épingle des hommes pour purger à bon compte des organisations plus systématiquement corrompues. Mais, pour répondre à notre introduction sur la descente du mont Thabor, on ne se débarrassera pas du veau d'or en faisant du vaudou.

Bibliographie

Dictionnaires

ACADEMIE DE MEDECINE, Dictionnaire médical, Académie nationale de médecine, 2016.

ASCENSIO Hervé, *Dictionnaire des idées reçues en droit international*, Paris, Editions Pédone, 2017.

ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Vocabulaire juridique*, 14ème édition, Paris, Presses Universitaires de France, 2023.

ERNOUT Alfred et MEILLET Alfred, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, Paris, Klinksieck, 2001.

GAFFIOT Félix, *Dictionnaire latin français*, Hachette, Paris, Hachette, 2000.

PETERS B. Guy, « Nouveau management public (new public management) », *Dictionnaire des politiques publiques*, vol. 4e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2014, p. 398-404.

Ouvrages généraux

BOULOC Bernard, *Droit pénal général*, Dalloz, 28e éd. 2023

DREYER Emmanuel, *Droit pénal général*, 6ème édition, Paris, Dalloz, 2021.

LEPAGE Agathe, MAISTRE DU CHAMBON Patrick et SALOMON Renaud, *Droit pénal des affaires*, 6ème édition, Paris, LexisNexis, 2020.

LEROI Jacques, *Droit Pénal Général*, LGDJ 9e, 2022

MAYAUD Yves, *Droit pénal général*, 7ème édition, Paris, PUF, 2021.

PRADEL, *Droit pénal général*, 22e éd., Paris, Dalloz, 2019.

REBUT Didier, *Droit pénal international*, 4ème édition, Paris, Dalloz, 2022.

ROBERT Jacques-Henri, Droit pénal général, PUF, 6e édition, 2005

Ouvrages spéciaux

ABBES Nader, *L'entreprise responsable*, Paris, L'Harmattan, 2013.

ALLARD Julie et GARAPON Antoine, *Les Juges dans la mondialisation. La nouvelle révolution du droit*, La république des idées, Seuil, 2005, 96 p
ALLEN Michael et COOPER Simon, *Elliott & Wood's Cases and Materials on Criminal Law*, 12th edition, Sweet & Maxwell, 2016, 840 p.
ARENDT Hannah, « Responsabilité et jugement », p. 205.
BADIE Bertrand, *Un monde sans souveraineté, Les Etats entre ruse et responsabilité*, Paris, Fayard, 1999.
BALDWIN Robert, SCOTT Colin, HOOD Christopher *et al.* (dir.), *A Reader on Regulation*, Oxford, New York, Oxford University Press, 1998, 536 p.
BALLET Jérôme et BRY Françoise de, *L'entreprise et l'éthique*, Points, 2001, 431 p.
BECKER Gary S. et LANDES William M., *Essays in the economics of crime and punishment*, National Bureau of Economic Research (préf.), New York, National Bureau of Economic Research : distributed by Columbia University Press, 1974, 268 p.
BERNS Thomas, DOCQUIR Pierre-François, FRYDMAN Benoît *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 1 vol. (X-230 p.)
BECCARIA Cesare, *Des délits et des peines*, Audegean Philippe et Francioni Gianni (éd.), Des délits et des peines, Lyon, ENS Éditions, 2022, 446 p.
BELLEY Jean-Guy, « Jean-Guy Belley, L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, avril 1986.
BIN Li, GUILLAUMOND Robert et PING Lu Jian, *Droit chinois des affaires*, Primento, 2013, 285 p.
BOURSIER Marie-Emma et FEUGÈRE William, *Code de la compliance 2024, annoté et commenté*, Paris, Dalloz, 2024.
BOURSIER Marie-Emma, *Droit pénal des affaires internationales : compliance et mondialisation*, 2ème édition, Paris, Joly, 2020.
BOUTON Christophe et RENAULT Emmanuel (dir.), *Lire la Phénoménologie de l'esprit de Hegel*, Lire la Phénoménologie de l'esprit de Hegel, Lyon, ENS Éditions, 2022, 288 p.
BREEN Emmanuel., *FCPA : la France face au droit américain de la lutte anti-corruption*, Issy-Les-Moulineaux, Joly éditions, 2017.
BREEN Emmanuel, *Gouverner et punir*, Paris, Presse universitaire de France, 2003.
CASSUTO Thomas, *L'Europe du droit face aux entreprises planétaires*, Bruxelles, Bruylant, 2015.

CHEROT Jean-Louis et FRYDMAN Benoît, *Penser le droit dans la globalisation*, Bruylant, 2012.
CHESTERTON Gilbert Keith, *What's Wrong with the World*, Cassell, 1912, 392 p.
COATES Benjamin Allen et COATES Benjamin Allen, *Legalist Empire: International Law and American Foreign Relations in the Early Twentieth Century*, Oxford, New York, Oxford University Press, 2016, 296 p.
D'AMBROSIO Luca, *La « communautarisation » de la norme d'incrimination nationale*, Giudicelli-Delage Geneviève et Manacorda Stefano (dir.), These de doctorat, Paris 1, 2008.
DELMAS-MARTY Mireille, *Introduction*, Prendre la responsabilité au sérieux, Presses Universitaires de France, 2015.
Id., *Résister, responsabiliser, anticiper*, Paris, Seuil, 2013.
Id., *Le Pluralisme ordonné. Les Forces imaginantes du droit, 2: Les forces imaginantes du droit, 2*, Média Diffusion, 2009, 301 p.
Id., *10. La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique*, Délocalisations, normes du travail et politique d'emploi, La Découverte, 2005.
Id., « Les juges dans la mondialisation : la nouvelle révolution du droit », *Critique internationale*, no 28, 2005, nº 3, p. 187-189.
Id., *Le flou du droit*, Paris, PUF, 2004.
DELMAS-MARTY Mireille et SUPIOT Alain, *Prendre la responsabilité au sérieux*, PUF 2015
DEROUX Xavier et CASSUTO Thomas, *L'Europe du droit face aux entreprises planétaires*, Bruxelles, Bruylant, 2015.
FEINBERG Joel et FEINBERG Regents Professor of Philosophy and Law Joel, *The Moral Limits of the Criminal Law: Offense to others*, Oxford University Press, 1984, 360 p.
FOUCAULT Michel, *La naissance de la biopolitique. Cours au Collège de france (1978-1979)*, Seuil Grand Format, Gallimard, 2004.
Id., « Chapitre II. Illégalismes et délinquance », *Surveiller et punir*, Paris, Gallimard, 1993, p. 299-342.
FOYER Jean et JANSEN Sabine, *Sur les chemins du droit avec le Général : mémoires de ma vie politique (1944-1988)*, Fayard. Paris, 2006, 506 p.; couv. ill.; 24 cm p.
FREUND Julien, *Politique et impolitique*, Paris, Sirey, 1987.
FRISON-ROCHE Marie-Anne, *Les Buts Monumentaux de la Compliance*, Paris, Dalloz, 2023.
Id., *Régulation, Supervision, Compliance*, Paris, Dalloz, 2017.

Id., *Compliance : l'entreprise, le régulateur et le juge*, Dalloz, 2023
Id., *Compliance Monumental Goals*, Dalloz, 2022
Id., *Pour une Europe de la compliance*, Dalloz, Paris, 2019.
FRYDMAN Benoît, *La mondialisation, journées allemandes*, vol. Les travaux de l'association Henri Capitant, Berlin, Bruylant, 2017.
Id., *Petit manuel pratique de droit global*, Bruxelles, Académie royale de Belgique, 2014.
GERRY-VERNIERES Stéphane, *Les « petites » sources du droit*, Molfessis Nicolas (dir.), These de doctorat, Paris 2, 2010.
GIUDICELLI-DELAGE Geneviève, MANACORDA Stefano et EUROPÉENNES Association de recherches pénales, *La responsabilité pénale des personnes morales: perspectives européennes et internationales*, Société de législation comparée, 2013, 303 p.
HABERMAS Jürgen, *Droit et Démocratie, entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997.
HEGEL G.W.F, *Phénoménologie de l'esprit*, Vrin, Paris, Vrin, 2016.
JEAN Jean-Paul, *Le système pénal*, La Découverte, 2008.
JOSEPH-RATINEAU Yannick, *La privatisation de la répression pénale*, 2013, 780 p. Université Aix Marseille, 2013.
JUVÉNAL, *Satire VI, traduction de J. Lacroix*, Paris, Institut de France, 1846.
KIRAT Thierry, *Économie du droit*, La Découverte, 2012.
LAÏDI Zaki, « Chapitre 2. La puissance par la norme », *La norme sans la force*, vol. 2e éd., Paris, Presses de Sciences Po, 2008, p. 63-93.
LAMM Jacob, BLOUNT Sumner, MCCRACKEN William *et al.*, *Under Control: Governance Across the Enterprise*, USA, Apress, 2010, 250 p.
LASCOUMES Pierre et NAGELS Carla, *Sociologie des élites délinquantes*, Armand Colin, 2018.
MATTEI Aurelio, *Manuel de micro-économie*, vol. 3e éd., Librairie Droz, 2000.
MATTHIEU B, « Le rôle des experts, et de ce qu'on pourrait appeler la technocratie, ne se borne plus à l'exécution des lois », *Le droit contre la démocratie*, LGDJ, 2017, p. 101.
MANDEVILLE Bernard, *The Fable of the bees, or private vices public benefices*, Tonson, 1724.
MARCUSE Herbert, *One dimensional man*, Boston, Beacon Press, 1964.
MILL John Stuart, *De la liberté*, Paris, Folio poche, 1990.
MONTESQUIEU Charles de Secondat baron de, *De l'esprit des lois*, P. Didot et Firmin Didot, an xii, 1803, 416 p.

OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010.
PÉGUY Charles, *Victor-Marie, comte Hugo*, Paris, La Pléiade, 1987.
PERRIER Jean-Baptiste, *La transaction en matière pénale*, Cimamonti Sylvie (dir.), These de doctorat, Aix-Marseille, 2012.
PHILIPPE Arnaud, *La fabrique des jugements*, Paris, La Découverte, 2022.
RACINE Jean-Baptiste, *Le droit économique au XXIe siècle: notions et enjeux*, Paris-La Défense, LGDJ, 2020, 726 p.
ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 2002.
ROYER JEAN-PIERRE, *Histoire de la justice en France: du XVIIIe siècle à nos jours*, Jean Jean-Paul, Durand Bernard, Derasse Nicolas, et al. (préf.), 5e édition revue et mise à jour, Paris, Puf, 2016, 1290 p.
SUPIOT Alain, « Conférence inaugurale, Le règne de la loi face à l'empire du calcul », 2021.
Id., *L'entreprise dans un monde sans frontières. Perspectives économiques et juridiques*, Dalloz, 2015.
Id., *L'Esprit de Philadelphie, la justice sociale face au marché total*, Seuil, 2010, 192 p.
Id., « Chapitre IV. La civilisation de l'entreprise », *Critique du droit du travail*, vol. 2e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2007, p. 151-182.
TISMIT Gérard, *L'archipel de la norme*, Paris, Presse universitaire de France, 1997.
VERNAC Stéphane, *Le pouvoir d'organisation : au croisement du droit du travail et du droit des sociétés*, Lyon-Caen Antoine, Coquelet Marie-Laure et Lokiec Pascal (dir.), These de doctorat, Paris 10, 2012.
WEBER Max, *Economie et société, tome 1 : Les Catégories de la sociologie*, Paris, Agora, 2003.
Id., *Le savant et le politique*, Paris, La Découverte, 1959.

Articles et chapitres d'ouvrage

ABADIE Pauline, « Le juge et la responsabilité sociale de l'entreprise », *Recueil Dalloz*, février 2018, nº 06, p. 302.
ADAM Patrice, « Obligation de sécurité et responsabilité patronale du fait d'autrui. Noeud marin ou noeud gordien ? », *Revue de droit du travail*, p. 335.

AGGERI Franck, « Chapitre 3. La gouvernementalité chez Foucault : une perspective sur l'instrumentation de gestion », *Philosophie et outils de gestion*, Caen, EMS Editions, 2021, p. 68-94.
AGGERI Franck et SAUSSOIS Jean-Michel, « La puissance des grandes entreprises mondialisées à l'épreuve du judiciaire. De l'affaire Volkswagen au dieselgate », *Revue française de gestion*, 269, Lavoisier, 2017, nº 8, p. 83-100.
AKORRI Safya, « La responsabilité pénale des entreprises transnationales : de l'influence du droit international sur le droit national », *AJ Pénal*, 2018, nº 12/2018, p. 556.
ALCARAS Jean-Robert, MARCHAND Christèle, MARREL Guillaume *et al.*, « La "performance sociale" comme horizon ? Les directeurs départementaux de l'aide et de l'action sociales et leurs perceptions de la managérialisation », *Revue française d'administration publique*, 140, Institut national du service public, 2011, nº 4, p. 757-771.
ALGIER-GIRAULT Élisabeth, « Le procès pénal canonique, un enjeu ecclésial de vérité et de guérison », *Revue des sciences religieuses*, Revue des sciences religieuses, juillet 2016, nº 90/3, p. 403-421.
ALVES Carlos Manuel, « Internationalisation du droit pénal de l'environnement et Union européenne. De la responsabilité sociale à la responsabilité pénale ? », *Revue juridique de l'environnement*, Volume 39, 2014, nº HS01, p. 229-240.
ANDERSON James M. et WAGGONER Ivan, « How Did Criminal Law Come to Be Applied to Corporate Behavior, and What Lessons Can We Draw from That History? », *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, RAND Corporation, 2014, p. 15-40.
ANDRIEU Thomas, FOUGOU Stéphanie, HAMELLE Aurélien *et al.*, « Le droit français est-il compétitif ? », *Cahiers de droit de l'entreprise*, septembre 2019, nº 5.
ANSCOMBE G. E. M., « Modern Moral Philosophy », *Philosophy*, 33, Cambridge University Press, 1958, nº 124, p. 1-19.
ASHWORTH Andrew et ZEDNER Lucia, « Just Prevention: Preventive Rationales and the Limits of the Criminal Law », in Duff R.A. et Green Stuart (éd.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 0.
AUDUBERT Victor, « La liberté d'entreprendre et le Conseil constitutionnel : un principe réellement tout puissant ? », *La Revue des droits de l'homme. Revue du Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), juin 2020, nº 18.

BADIE François, *Chapitre 7. Mieux prévenir le risque de la corruption pour l'entreprise*, Presses de Sciences Po, 2017.
BADIE François et GAUDEMET Antoine (dir.), « Le "syndrome d'Azincourt" ou De la nécessité pour les entreprises de s'adapter au nouvel environnement international en matière de prévention de la corruption », *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, p. 15-36.
BAILEY Jr. Andrew D., « Gatekeepers: The Professions and Corporate Governance », *Accounting Review*, 83, American Accounting Association, janvier 2008, nº 1, p. 251-254.
BALANDIER Georges, *Le grand dérangement*, Paris, Presse universitaire de France, 2005.
BALLET Jérôme et BAZIN Damien, « Le management responsable comme modèle de gestion de l'obsolescence morale : responsabilité, identité et capital symbolique », *La Revue des Sciences de Gestion*, n°231-232, 2008, nº 3, p. 165-168.
BAMBERGER Kenneth A., « Technologies of compliance: Risk and regulation in a digital age », *Texas law review*, 88, Texas Law Review Publ Inc, 2010, nº 4, p. 669-739.
BART J, « J. Bart, La lex mercatoria au Moyen âge, mythe ou réalité », *Mélanges Ph. Kahn*, Litec, 2000.
BASSO Olivier, « Enseigner l'entreprise », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 324-330.
BAUMARD Philippe, « Le requiem des abscons : des effets pervers de l'usage extrême du principe de précaution », *Archives de philosophie du droit*, 62, Dalloz, 2020, nº 1, p. 47-70.
BAZAILLE Benoît, LASRY Eric, ANDRIEU Claire *et al.*, « Comment se prémunir du risque de corruption lors des opérations de M&A ? », *Option Finance & Option Droit des Affaires*, novembre 2019.
BEAUD Olivier et BLANQUER Jean-Michel, « Le principe irresponsabilité », *Le Debat*, n° 108, Gallimard, 2000, nº 1, p. 32-44.
BEAUSSONIE Guillaume, « Droit pénal et Compliance font-ils système ? », *Les buts monumentaux de la compliance (Frison-Roche M-A (dir.))*, Paris, Dalloz, 2022.
Id., « LE RÔLE DE LA DOCTRINE EN DROIT PENAL ».
BEAUVAIS Pascal, « Vers une nouvelle conception de la personne morale en droit pénal ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2021, p. p.69.
Id., « Consultation sur l'obligation de prendre des mesures de prévention et de détection de la corruption ou du trafic d'influence prévue à l'article 17 de la loi du 9 décembre 2016 », 2019.
BEAUVAIS Pascal et LASSALLE Maxime, « Responsabilité pénale des personnes morales et des dirigeants : comment repenser leur articulation pour plus de sécurité juridique ? », 2022.

BENZONI Laurent, « Commerce international, compétitivité des entreprises et souveraineté : vers une économie politique de la compliance », *Les buts monumentaux de la compliance (Marie-Anne Frison-Roche, dir.)*, Paris, Dalloz, 2022.
BERNARDI Alessandro, « § 3. Réflexions sur les rapports entre droit pénal et soft law », in Cartuyvels Yves, Hachez Isabelle, Dumont Hugues, et al. (éd.), *Les sources du droit revisitées - vol. 2 : Normes internes infraconstitutionnelles*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 105-145.
BERNHEIM Emmanuelle, « Le "pluralisme normatif" : un nouveau paradigme pour appréhender les mutations sociales et juridiques ? », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 67, Presses de l'Université Saint-Louis, 2011, nº 2, p. 1-41.
BÉTAILLE Julien, « L'indépendance de l'autorité titulaire du pouvoir de sanction », *Revue de sciences criminelles*, 2019, p. 289.
BIN Li, « Les nouvelles routes de la Soie : un nouveau paysage pour cartographier l'évolution de la gouvernance mondiale », *RED*, 2, Groupe d'études géopolitiques, 2021, nº 1, p. 70-75.
BISMUTH Régis, « Occuper des espaces par le droit », *Inflexions*, 43, Armée de terre, 2020, nº 1, p. 123-128.
BISMUTH Régis, DUNIN-WASOWICZ Jan et GLUCKSMANN Eloïse, « La transnationalisation du droit de l'anti-corruption », *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, octobre 2019, nº 1470.
BJERREGAARD Elisabetta et KIRCHMAIER Tom, « The Danske Bank Money Laundering Scandal: A Case Study », 2019.
BOATRIGHT John R., « Review of Corporate Bodies and Guilty Minds: The Failure of Corporate Criminal Liability », *Business Ethics Quarterly*, 18, Cambridge University Press, 2008, nº 3, p. 417-426.
BOCCON-GIBOD Thomas, « De la corruption des régimes à la confusion des intérêts : pour une histoire politique de la corruption », *Revue francaise d'administration publique*, N° 175, École nationale d'administration, décembre 2020, nº 3, p. 615-627.
BOERINGER Charles-Henri et CHUILON-CROLL Jean, « La nouvelle proposition de directive européenne sur la lutte anti-corruption », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 24, juin 2023.
BOISTEL Philippe, « La réputation d'entreprise n'est-elle qu'un concept de réception ? », *Sens-Dessous*, N° 18, Éditions de l'Association Paroles, novembre 2016, nº 2, p. 29-37.
BOMMIER Swann et CAÏLA Victoire, « Face à l'impunité des multinationales », *Etudes*, Janvier, S.E.R., décembre 2019, nº 1, p. 21-31.

BONFILS Philippe, « Procédure pénale - L'action civile 60 ans après », *Droit pénal*, avril 2019, nº 4.
BONNEAU T, « « la gouvernance technicienne des marchés financiers » », *Le droit souple démasqué, Sarah Cassella (dir.)*, 2018, p. 130.
BORRAS Alphonse, « « Dis-moi comment tu punis… » », *L'Annee canonique*, Tome LI, 2009, nº 1, p. 185-193.
BOULON Olivier, « Chapitre 2. Une justice négociée », *Deals de justice*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020, p. 39-72.
BOURGEOIS Clémentine, HOLLANDTS Xavier et VALIORGUE Bertrand, « La loi PACTE : enjeux et perspectives pour la gouvernance des sociétés françaises », *Revue française de gouvernance d'entreprise*, Institut français des administrateurs, mars 2021, p. 4-29.
BOUTHINON-DUMAS Hugues, « La compliance : une inflation normative au carré ? », *Management Avenir*, N° 110, Management Prospective Ed., septembre 2019, nº 4, p. 109-129.
BREEN Emmanuel, « La compétence américaine fondée sur le dollar : réalité juridique ou construction politique ? », *RED*, 1, Groupe d'études géopolitiques, 2020, nº 1, p. 55-61.
Id., « La "compliance", une privatisation de la régulation ? », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, Dalloz, 2019, nº 2, p. 327-331.
Id., « La compliance, une privatisation de la régulation ? », *Revue de sciences criminelles*, 2019.
Id., « La « peine de mise en conformité » dans le projet de loi Sapin II : l'habit est beau, mais il a été mis à l'envers ! », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2016.
BROWNE S. S. S., « Right Acts and Moral Actions », *The Journal of Philosophy*, 42, Journal of Philosophy, Inc., 1945, nº 19, p. 505-515.
BRUNA Maria Giuseppina, PERETTI Jean-Marie et YANAT Zahir, « Les nouveaux défis de la diversité : totems à dépasser et paris à relever », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme Entreprise*, n° 20, 5, février 2016, nº 1, p. 68-88.
Id., « Les nouveaux défis de la diversité : totems à dépasser et paris à relever », *RIMHE : Revue Interdisciplinaire Management, Homme & Entreprise*, 20, 5, ARIMHE, 2016, nº 1, p. 68-88.
BRUNELLE Emmanuelle, « L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée ».
BRUZEK Hector, « La fabrique de la norme selon François Ancel », 2023.
CABON Sarah-Marie, « La négociation en matière pénale », p. 564.

CAFFARONE Allison, « Scapegoating: A Structural Risk in Current U.S. Cross-Border Corporate Crime Enforcement | Compliance and Enforcement ».
CALDERÓN Reyes, ÁLVAREZ-ARCE José Luis et MAYORAL Silvia, « Corporation as a Crucial Ally against Corruption », *Journal of Business Ethics*, 87, Springer, 2009, p. 319-332.
CANGUILHEM Georges, « RÉGULATION, épistémologie », Encyclopedia Universalis.
CANTO-SPERBER Monique et OGIEN Ruwen, « Chapitre I. Les grandes conceptions de la philosophie morale », vol. 4e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2017, p. 19-66.
Id., « Chapitre II. Questions de méta-éthique », vol. 4e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2017, p. 67-82.
Id., « Chapitre III. Questions d'éthique normative », vol. 4e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2017, p. 83-108.
Id., « Chapitre V. Quelques domaines de l'éthique », vol. 4e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2017, p. 109-123.
Id., « Introduction », vol. 4e éd., Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2017, p. 3-18.
CAPDEPON Yannick, « 60 ans d'influence de la Convention européenne des droits de l'homme sur la procédure pénale française », *Droit pénal*, avril 2019, nº 4.
CARCASSONNE Guy, « Le trouble de la transparence », *Pouvoirs*, 97, Le Seuil, 2001, nº 2, p. 17-23.
Id., *L'Etat de droit. Mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Paris, Dalloz, 1996.
CAZENEUVE Bernard et SELLAL Pierre, « Vers un "Paquet Compliance Européen" », *RED*, 1, Groupe d'études géopolitiques, 2020, nº 1, p. 62-66.
CERNIC Jernej Letnar, « Reconciling Businessand Human Rights in China », *Journal of the Indian Law Institute*, 58, Indian Law Institute, 2016, nº 2, p. 135-159.
CHACORNAC Jérôme, « L'articulation des répressions. Comment résoudre le problème de non bis in idem? », *Revue de sciences criminelles*, 2019, p. 333.
CHAGNY Odile, « Les enjeux de la régulation sectorielle », *Chronique Internationale de l'IRES*, N° 168, I.R.E.S., 2019, nº 4, p. 8-28.
CHALTIEL Florence, « Nouvelle extension de la justiciabilité du droit souple », *Petites affiches*, octobre 2019, nº 217, p. 4.
CHANIAL Philippe, « Les libéralismes français anti-utilitaristes : G. de Staël (1766-1817), B. Constant (1767-1830) et A. de Tocqueville (1805-1859) », *Histoire raisonnée de la philosophie morale et politique*, Paris, La Découverte, 2001, p. 574-582.

CHATEAURAYNAUD Francis, « Chapitre premier - La portée politique d'un concept sociologique », Presses Universitaires de France, 2020, p. 11-27.
CHEVALLIER Jacques, « L'Etat », *Le droit économique au XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2020, p. p.349.
Id., *L'État post-moderne*, Paris, LGDJ, 2017.
Id., « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation ? », *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001, p. 37-61.
CLAUDE Ophélia et CHAMPAVERE Arthur, « The European Commission Welcomes the Member States' Efforts on Combating Private Corruption Comment on July 26th, 2019 Report on Combating Corruption in the Private Sector », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, octobre 2019.
CLÉMENT-WILZ Laure, « La responsabilité pénale de Silvio Berlusconi : aspects de droit constitutionnel », *Revue française de droit constitutionnel*, 89, Presses Universitaires de France, 2012, nº 1, p. 37-62.
CNCDH, « Avis sur le projet d'instrument international juridiquement contraignant sur les sociétés transnationales et autres entreprises et les droits de l'homme », Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme, 2019.
COFFEE John C., « "No Soul to Damn: No Body to Kick": An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment », *Michigan Law Review*, 79, janvier 1981, nº 3, p. 386.
COHEN-TANUGI Laurent, « Laurent Cohen-Tanugi Il est temps que la France relance sa politique anticorruption », *Le Monde*, septembre 2021, p. 37.
COMBACAU Jean, « Le droit international : bric-à-brac ou système ? », APD, 1986.
COMMAILLE Jacques, « La French touch de la recherche sur le droit », *Droit et societe*, 107, mai 2021, nº 1, p. 203-225.
CONAC Pierre-Henri, « La société et l'intérêt collectif : la France seule au monde ? », *Revue des Sociétés*, Editions Dalloz, octobre 2018.
CONDÉ Pierre-Yves, « La réforme du Code de Droit Canonique et la refondation d'une régulation juridique dans l'Église catholique romaine (1959-1983) », *Terrains travaux*, n° 6, 2004, nº 1, p. 139-158.
CONSIGLI Jérôme, « La responsabilité pénale des personnes morales pour les infractions involontaires : critères d'imputation », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 2, Dalloz, 2014, nº 2, p. 297-310.
COPPENS Philippe, « La fonction du droit dans une économie globalisée », *Revue internationale de droit economique*, t. XXVI, décembre 2012, nº 3, p. 269-294.

CROZET Yves, *Les grandes questions de l'économie internationale*, Paris, Nathan, 1997.
CUELLAR VAZQUEZ Angelica, « "Le plus grand problème me semble être l'extrême politisation de la justice" », *Droit et société*, 104, Lextenso, 2020, nº 1, p. 159-163.
CUKIERMAN Cécile et BONNECARRÈRE Philippe, « Judiciarisation de la vie publique : le dialogue plutôt que le duel », Paris, Sénat, 2022.
CUNNINGHAM Lawrence A., *The British Accounting Review*, 40, mars 2008, nº 1, p. 87-88.
DAGAN Tsilly, « La justice fiscale à l'ère de la mobilité et de la fragmentation », *RED*, 4, Groupe d'études géopolitiques, 2022, nº 1, p. 86-91.
DAÏEFF Guillaume et POISSONNIER Ghislain, « La CJIP, une solution efficace dans les affaires complexes », *Gazette du Palais*, octobre 2019, nº 35, p. 25.
D'AMBROSIO Luca, « Le devoir de vigilance : une innovation juridique entre continuités et ruptures », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 633-647.
Id., « L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2 », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, Dalloz, juillet 2019, nº 1, p. 1-24.
D'AMBROSIO Luca et LAGERIE Pauline Barraud de, « La responsabilité des entreprises reformulée par la loi : un regard pluridisciplinaire », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 623-631.
DANET Didier, « Intelligence juridique et réputation de l'entreprise », *Revue internationale d'intelligence economique*, Vol 3, Lavoisier, octobre 2011, nº 1, p. 103-120.
DAOUD Emmanuel, « La responsabilité pénale des multinationales », p. 8.
DAOUD Emmanuel et MARTINE Guillaume, « L'articulation entre la procédure disciplinaire et la procédure pénale », *Jurisclasseur périodique Edition sociale*, nº 41.
DAOUD Emmanuel et MERCINIER Emmanuel, « Le dirigeant et l'enquêteur interne face à l'infraction commise au sein de l'entreprise », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2018, nº 6594, p. 30 à 34.
DAOUD Emmanuel et SFOGGIA Solène, « Funambule ou chef d'orchestre : quelle responsabilité pour le compliance officer ? », *Revue Lamy Droit des Affaires*, décembre 2018, nº 6593, p. 25 à 29.
Id., « Loi Sapin II : l'arsenal répressif français et les défis de la modernité ».
DEBOS Marielle et GOHENEIX Alice, « Les ONG et la fabrique de l'"opinion publique internationale" », *Raisons politiques*, 19, Presses de Sciences Po, 2005, nº 3, p. 63-80.
DEBOUT Christophe, *Compliance*, Association de Recherche en Soins Infirmiers, 2012.

DE LA TOUANNE Sébastien, « Les magistrats ont-ils confondu le droit et la morale dans certaines affaires politico-financières ? », *Dalloz actualités*, avril 2021.
DELALIEUX Guillaume, « La loi sur le devoir de vigilance des sociétés multinationales : parcours d'une loi improbable », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 649-665.
Id., « Devoir de vigilance », *Revue Projet*, 352, C.E.R.A.S, 2016, nº 3, p. 78-87.
DE LAMY Bertrand, « La constitutionnalisation de la procédure pénale », *Droit pénal*, avril 2019, nº 4.
DELMAS-MARTY Mireille, « Une boussole des possibles : Gouvernance mondiale et humanismes juridiques », *Une boussole des possibles. Gouvernance mondiale et humanismes juridiques : Leçon de clôture prononcée le 11 mai 2011*, Paris, Collège de France, 2020, p. 6-80.
Id., « Gouverner la mondialisation par le Droit », *RED*, 1, Groupe d'études géopolitiques, 2020, nº 1, p. 6-11.
Id., « Les processus d'internationalisation du droit pénal (criminalité économique et atteintes à la dignité de la personne) », *Archives de politique criminelle*, n° 23, 2001, nº 1, p. 123-129.
DELMAS-MARTY Mireille, PASCAL Hugo et ROTARU Vasile, « Une gouvernance mondiale plurielle », *RED*, 2, Groupe d'études géopolitiques, 2021, nº 1, p. 2-4.
DESBARATS Isabelle, « La RSE après la loi «PACTE» : quels changements de logique ? », *Lexbook hebdo édition affaires*, juin 2019, nº 597.
DEUMIER Pascale, « Les sources du droit économique », *Le droit économique au XXIème siècle*, Paris, LGDJ, 2020.
DE VAUPLANE Hubert, « Une nouvelle géopolitique de la norme », *Deals de justice*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2013, p. 23-40.
DEXANT DE BAILLENCOURT Olympe, *Les responsabilités du dirigeant de société*
DIECKHOFF Alain, MABILLE François et MARTEL Frédéric, Le Saint-Siège weak state et soft power, Sciences Po, 2017.
DJABI Mélia et LONGUEVAL Oriane Sitte de, « Boucs-émissaires en organisation : quelles régulations du phénomène ? », *M@n@gement*, Vol. 23, AIMS, juin 2020, nº 2, p. 1-42.
DONDERO Bruno, « Et si votre société n'avait aucune raison d'être ? », *Option Finance*, mai 2019, nº 1510.
DONEY Patricia M. et CANNON Joseph P., « An Examination of the Nature of Trust in Buyer-Seller Relationships », *Journal of Marketing*, 61, American Marketing Association, 1997, nº 2, p. 35-51.

DREYER Emmanuel, *Politique(s) criminelle(s) - Mélanges en l'honneur de Christine Lazerges*, Paris, Eyrolles, 2014.
DUBOIS Charlotte, « Responsabilité civile et responsabilité pénale », 2014, p. 611.
DUCHAINE Charles, « Cours ENM », 2022.
DUCHÊNE Louis-François, « Europe's role in world peace », *Europe Tomorrow: Sixteen Europeans Look Ahead*, Richard Mayne, Fontana, 1972.
DUFOURQ Pauline et LANTA DE BERARD Capucine, « Justice négociée : quel sort pour les personnes physiques ? », *Dalloz actualités*, septembre 2019.
DUMEZ Hervé, « La compréhension de l'entreprise entre description, théorie et norme », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 135-152.
DUMONT Hélène, « Criminalité collective et principaux responsables : échec ou mutation du droit pénal ? », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, 2012, nº 1, p. 109-129.
DUMONT Hugues, « Stéphane GERRY-VERNIERES, Les "petites" sources du droit (A propos des sources étatiques non contraignantes), Paris, Economica, 2012, préface de Nicolas Molfessis », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 71, Presses de l'Université Saint-Louis, 2013, nº 2, p. 243-245.
ÉCHAPPÉ Olivier, « Juger dans l'église catholique », *Les Cahiers de la Justice*, N° 2, 2010, nº 2, p. 81-92.
EECKHOUDT Marjorie, « Propos introductifs », *Revue internationale de droit economique*, t. XXX, De Boeck Supérieur, juillet 2016, nº 2, p. 151-164.
EIGEN Peter, « International Corruption: Organized Civil Society for Better Global Governance », *Social Research*, 80, The New School, 2013, nº 4, p. 1287-1308.
EMERIC Nicolas, « Droit souple + droit fluide = droit liquide. Réflexion sur les mutations de la normativité juridique à l'ère des flux », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, Volume 79, Université Saint-Louis - Bruxelles, décembre 2017, nº 2, p. 5-38.
ENCINAS DE MUNAGORRI Rafael, « Quel statut pour l'expert ? », *Revue française d'administration publique*, 103, Institut national du service public, 2002, nº 3, p. 379-389.
EWALD François et KESSLER Denis, *Les noces du risque et de la politique*, Paris, Gallimard, 2000.
FAILLE N. Della et MINCKE Christophe, « Les mutations du rapport à la loi en droit pénal », *Deviance et Societe*, Vol. 26, 2002, nº 2, p. 135-161.
FANCY Tariq, « The Secret Diary of a 'Sustainable Investor' », 2021.
FANSTEN Emmanuel, « Charles Duchaine, l'anticorrupteur », sur *Libération* [en ligne].

FARJAT Gérared, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971.
FASTERLING Bjorn, « Criminal compliance – Les risques d'un droit pénal du risque », *Revue internationale de droit economique*, t. XXX, De Boeck Supérieur, juillet 2016, nº 2, p. 217-237.
FAVEREAU Olivier, « "Société" par nécessité, "entreprise" par convention », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 48-64.
FEINERMAN James V., « Chinese Participation in the International Legal Order: Rogue Elephant or Team Player? », *The China Quarterly*, Cambridge University Press, 1995, nº 141, p. 186-210.
FEUGÈRE William, « L'alerte éthique en pratique », *Actes pratiques et Ingénierie sociétaire*, septembre 2019, nº 167.
Id., « Loi Sapin 2 et nouvelles responsabilités : un changement de paradigme ? », *AJ Pénal*, 2018, nº 12/2018, p. 553.
FLOHR Annegret, RIETH Lothar, SCHWINDENHAMMER Sandra *et al.*, *The Role of Business in Global Governance: Corporations as Norm-Entrepreneurs*, 2010.
FORBIS Jeremy S., « Organized Civil Society: A Cross-national Evaluation of Non-Governmental Organization Density on Governmental Corruption », *Sociological Focus*, 46, Taylor & Francis, Ltd., 2013, nº 3, p. 159-177.
FOSSIER Thierry, « Le cumul de la responsabilité de la personne morale avec celle de son dirigeant personne physique », *Droit de l'environnement*, octobre 2018, nº 271.
FOURMENT François, « Le procureur de la République, le juge d'instruction et le préfet, 60 ans après », *Droit pénal*, avril 2019, nº 4.
FRANCE Ingrid, « L'esprit de Philadelphie, La justice sociale face au marché total », *La revue lacanienne*, N° 13, novembre 2012, nº 2, p. 113-119.
FRANCE Pierre et VAUCHEZ Antoine, « Chapitre 1 - Entre public et privé : le nouveau commerce du droit », *Academique*, juin 2017, p. 19-64.
FRENCH Peter A., « The Corporation as a Moral Person », *American Philosophical Quarterly*, 16, [North American Philosophical Publications, University of Illinois Press], 1979, nº 3, p. 207-215.
FRÉROT Antoine, « Préface. Plaidoyer pour l'entreprise méconnue », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 7-10.
FRIDENSON Patrick, « L'histoire des entreprises : une nouvelle histoire ou la même histoire ? », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 65-81.

FRISON ROCHE Marie-Anne, « L'aventure du Droit de la Compliance », *Recueil Dalloz*, septembre 2020.
Id., « Nous sommes passés en matière pénale d'un système inquisitoire à un système accusatoire », *Lettre des Juristes d'Affaires*, octobre 2019, nº 1416.
Id., « Les outils de la Compliance », sur *Marie-Anne Frison-Roche* [blog]
Id., « La responsabilité ex ante, pilier du droit de la compliance », *Chronique MAFR - Droit de la Compliance*, Paris, Dalloz, 2022, p. 621-624.
Id., *Responsabilité, indépendance et reddition des comptes dans les systèmes de régulation économique*, Presses de Sciences Po, 2007.
FROGÉ E.-C., « Le Droit Tient-Il L'éthique En L'état ? », *Les Études philosophiques*, Presses Universitaires de France, 1988, nº 3, p. 359-363.
FRYDMAN Benoit, « Du Sinaï au Champ-de-Mars : François Ost entre droit et littérature », in Bailleux Antoine, Bernard Diane, Cartuyvels Yves, et al. (éd.), *Le droit malgré tout : Hommage à François Ost*, Bruxelles, Presses de l'Université Saint-Louis, 2019, p. 169-184.
GALLI Martina, « Une justice pénale propre aux personnes morales », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 2, Dalloz, 2018, nº 2, p. 359-385.
GAMBARDELLA Sophie, « L'approche de précaution au sein des organisations internationales : une mise au diapason de la gouvernance internationale face aux risques sanitaires et environnementaux ? », *Archives de philosophie du droit*, Tome 62, 2020, nº 1, p. 83-97.
GARAPON Antoine, « Les Nouvelles Routes de la Soie : la voie chinoise de la mondialisation », novembre 2016.
Id., « Rapport du groupe de réflexion sur la symbolique du futur tribunal de Paris », IHEJ, 2016.
GARAPON Antoine et COLOMBET Astrid Mignon, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *Revue internationale de droit économique*, De Boeck Université, 2016, nº 2, p. 197-215.
GARAPON Antoine et MIGNON COLOMBET Astrid, « D'un droit défensif à un droit coopératif : la nécessaire réforme de notre justice pénale des affaires », *Revue internationale de droit economique*, t. XXX, De Boeck Supérieur, juillet 2016, nº 2, p. 197-215.
GARAPON Antoine et SERVAN-SCHREIBER Pierre, « Introduction. Un changement de paradigme », *Deals de justice*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020, p. 1-20.
Id., *Un changement de paradigme*, Presses Universitaires de France, 2013.

GARNIER Florent, « L'évolution de la délinquance financière », *Revue Lamy Droit des Affaires*, juin 2015, nº 544.
GATÉ Jean-Marc, « À propos de Le Juste I et II, Paul Ricœur (Esprit, 1995 et 2001) », *Le Philosophoire*, n° 15, 2001, nº 3, p. 143-149.
GATET Antoine, « 50 ans de contentieux de l'environnement : l'apport du mouvement associatif », *Revue Juridique de l'Environnement*, 2019.
GAUCHET Marcel, *L'avènement de la démocratie*, vol. IV, Paris, Bibliothèque des sciences humaines, 2017.
GAUDEMET Antoine, « Qu'est-ce que la compliance ? », *Commentaire*, Numéro 165, Commentaire SA, 2019, nº 1, p. 109-114.
GAUVAIN Raphaël et MARLEIX Olivier, « Rapport d'information sur l'évaluation de l'impact de 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 2 » », Assemblée Nationale, 2021.
GAYE-PALETTES Matthieu, « Entre justice privée et justice étatique : Facebook et le legalwashing de sa "cour suprême" - », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, août 2021, p. 119-130.
GEEROMS Sofie, « La responsabilité pénale de la personne morale : une étude comparative », *Revue internationale de droit comparé*, 48, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1996, nº 3, p. 533-579.
GERMAIN Michel, « Observations conclusives à Les responsabilités du dirigeant de société », *Les responsabilités du dirigeant de société (Olympe Dexant de Bailliencourt, Béatrice Lapérou (dir.))*, Paris, Dalloz, 2018.
GIRARD Julien, « Responsabilité sociale des entreprises », *Droit de l'environnement*, avril 2019, nº 277, p. 177.
GNEEZY Uri et RUSTICHINI Aldo, « A Fine Is a Price », *Journal of Legal Studies*, 29, 2000, nº 1-Part 1, p. 1-18.
GOMEZ Elisabeth, « L'imputabilité en droit pénal », p. 490.
GONÇALVES Bruno, « La survivance du droit pénal pio-bénedictin dans le code latin de 1983 », *L'Annee canonique*, Tome LVIII, 2017, nº 1, p. 161-182.
GOODLAND Robert, « The Concept of Environmental Sustainability », *Annual Review of Ecology and Systematics*, 26, Annual Reviews, 1995, p. 1-24.
GOUT Olivier, Rapport introductif : Notion et enjeux des concours de responsabilité, Lyon, LexisNexis, 2011, p. pp 8.

GRANDI Ciro et RICCARDI Claudia, « L'apport de la jurisprudence italienne dans l'élaboration du concept d'« association de type mafieux » », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, 2017, nº 1, p. 13-26.
GRANIER C, « La jurisprudence des entreprises instituées juges et procureurs d'elles-mêmes par le Droit de la Compliance », *La juridictionnalisation de la Compliance, série « Régulations & Compliance » (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Dalloz, 2022.
GRIFFIN James, « Consequences », *Proceedings of the Aristotelian Society*, 65, [Aristotelian Society, Wiley], 1964, p. 167-182.
GROSSI Isabelle, BRIGNON Bastien, BARBIER Hugo *et al.*, « La société et les tiers, vers un renouveau des principes ? », *Journal des sociétés*, septembre 2019.
GROSSMAN Lev et CUPERTINO Calif, « Inside Apple CEO Tim Cook's Fight With the FBI: Exclusive », *Time*, 17 mars 2016.
GUILLET Céline, « La contractualisation de la sanction pénale », 2023.
GUINCHARD Serge, « Les moralistes au prétoire », *Jean Foyer, auteur et législateur : leges tulit, jura docuit : écrits en hommage à Jean Foyer , 1997*, 1997, p. 477-491.
Id., « Les procès hors les murs », *Droit civil, procédure, linguistique juridique : écrits en hommage à Gérard Cornu*, 1994, p. 201-216.
HADDAD Benjamin, « Commission d'enquête relative aux révélations des Uber Files : l'ubérisation, son lobbying et ses conséquences », Paris, Assemblée Nationale, 2023.
HALIMI Gabriel et FRISCH Marie, « Statut social du dirigeant : régime, enjeux et préconisations », avril 2019.
HAMELLE Aurélien, « Conférence « Perspectives françaises en matière de lutte contre la corruption » », 2021.
HANDL Gunther F., REISMAN W. Michael, SIMMA Bruno *et al.*, « A Hard Look at Soft Law », *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, 82, American Society of International Law, 1988, p. 371-395.
HANNOUN Charley, « Les valeurs aux fondements de l'entreprise : approche juridique », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 122-133.
HASSID Olivier, « Le risque de réputation : un risque de premier rang pour les entreprises », *Securite et strategie*, 6, Club des Directeurs de Sécurité des Entreprises, 2011, nº 2, p. 1-2.
HATCHUEL Armand, « L'entreprise comme création collective, une mission à réinventer », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 178-199.
HATCHUEL Armand et SEGRESTIN Blanche, « Devoir de vigilance : la norme de gestion comme source de droit ? », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 667-682.

HAUTEREAU-BOUTONNET Mathilde, « Le risque de procès climatique contre Total : la mise à l'épreuve contractuelle du plan de vigilance », *Revue des Contrats*, septembre 2019, nº 3, p. 95.
HAWTHORNE Omar E., *Do International Corruption Metrics Matter?: The Impact of Transparency International's Corruption Perception Index*, Lanham, MD, UNITED STATES, Lexington Books, 2015.
HE Linxin, « Chapitre 9. À propos de la RSE(E) en Chine : enjeu vital d'un pari périlleux ? », *Prendre la responsabilité au sérieux*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2015, p. 165-181.
HÉNAFF Marcel, *34. L'éthique catholique et l'esprit du non-capitalisme*, La société vue du don, La Découverte, 2008.
HESSICK F. Andrew et HESSICK Carissa Byrne, « Nondelegation and Criminal Law », *Virginia Law Review*, 107, Virginia Law Review, 2021, nº 2, p. 281-345.
HEYMANN J, « La nature juridique de la "Cour suprême de Facebook" », *La juridictionnalisation de la Compliance (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Dalloz, 2023.
HILDEBRANDT Mireille, « Criminal Liability and 'Smart' Environments », in Duff R.A. et Green Stuart (éd.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 0.
HO Virginia Harper, « China's Soft Power in Africa or Real Corporate Accountability? », US Institute of Peace, 2017.
HOURQUEBIE Fabrice, « Où en est-on de la consécration du pouvoir juridictionnel sous la Ve République ? », *Revue politique et parlementaire*, juillet 2018.
HUET Romain, « Nicole D'Almeida : La société du jugement. Paris, Armand Colin, 2007, 225 p », *Études de communication. langages, information, médiations*, Groupe d'Études et de Recherche Interdisciplinaire en Information et Communication de l'Université Lille 3, octobre 2007, nº 30, p. 141-144.
JAEGER Marcel, « Du principe de responsabilité au processus de responsabilisation », *Vie sociale*, 3, Érès, 2009, nº 3, p. 71-81.
JAMIN Christophe, « Un modèle original : la construction de la pensée juridique française », *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, 2004.
JENKINSON Dan, « COMPLIANCE CULTURE », *Journal of Financial Regulation and Compliance*, 4, janvier 1996, nº 1, p. 41-46.
JENSEN Michael C., *Theory of the firm: managerial behavior, agency costs and ownership structure*, Meckling William H. (préf.), 1976.

JOHNSON QC Nick, HILL Nick et O'SULLIVAN Sophie, « The Bribery Act 2010 », *Lissack and Horlick on Bribery and Corruption*, Londres, LexisNexis, 2020.
JULLIEN François, « II. Du fond(s) de la peinture », *La grande image n'a pas de forme*, Paris, Le Seuil, 2003, p. 39-54.
KAIL Michel, « Éditorial. Le renoncement politique à la politique », *L'Homme & la Société*, 182, Association pour la Recherche de Synthèse en Sciences Humaines (ARSSH), 2011, nº 4, p. 5-9.
KAIROUANI Ali, « Le pouvoir normatif des entreprises multinationales en droit international », *Revue internationale de droit economique*, t. XXXIV, 2020, nº 3, p. 253-295.
KENT Ann, « China's participation in international organisations », in Zhang Yongjin et Austin Greg (éd.), *Power and Responsibility in Chinese Foreign Policy*, ANU Press, 2013, p. 132-166.
Id., *Beyond Compliance: China, International Organizations, and Global Security*, Stanford, Stanford University Press, 2007, 360 p.
Id., « China's International Socialization: The Role of International Organizations », *Global Governance*, 8, Lynne Rienner Publishers, 2002, nº 3, p. 343-364.
KERCHOVE Michel van de, « Les fonctions de la sanction pénale », *Informations sociales*, n° 127, 2005, nº 7, p. 22-31.
KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Pedone, 2016.
KHAN Karim, « Documenting International Crimes and Human Rights Violations for Criminal Accountability Purposes: Guidelines for Civil Society Organisations », Eurojust, 2022.
KHANNA V. S., « Corporate Criminal Liability: What Purpose Does It Serve? », *Harvard Law Review*, 109, The Harvard Law Review Association, 1996, nº 7, p. 1477-1534.
KO Kilkon et WENG Cuifen, « Structural Changes in Chinese Corruption », *The China Quarterly*, [Cambridge University Press, School of Oriental and African Studies], 2012, nº 211, p. 718-740.
KUHN Olivier et BEN HAMADI Hassan, « La relaxe d' un dirigeant personne physique devrait-elle exclure la responsabilité pénale de la personne morale? », *Option Finance*, novembre 2019, nº 1533.
KURFIRST Robert, « John Stuart Mill's Asian Parable », *Canadian Journal of Political Science / Revue canadienne de science politique*, 34, Canadian Political Science Association, 2001, nº 3, p. 601-619.

LA VELLA Giancarlo, « Codice Penale Vaticano: per una legge al passo con i tempi », sur *Vatican News* [en ligne], publié le 4 décembre 2020.
LAGERIE Pauline Barraud de, BÉTHOUX Élodie, MIAS Arnaud *et al.*, « La mise en œuvre du devoir de vigilance : une managérialisation de la loi ? », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 699-714.
LANDEMORE Hélène et FOURNIAU Jean-Michel, « Les assemblées citoyennes, une nouvelle forme de représentation démocratique ? », *Participations*, 34, De Boeck Supérieur, 2022, nº 3, p. 5-36.
LANGEVOORT Donald C., « Opening the Black Box of "Corporate Culture" in Law and Economics », *Journal of Institutional and Theoretical Economics (JITE) / Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 162, Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 2006, nº 1, p. 80-96.
LAPÉROU-SCHENEIDER Béatrice, « La loi de modernisation sociale du 17 janvier 2002 introduisant en droit français le harcèlement moral : premier pas vers une appréhension psychologique de l'individu par la loi », *Les grandes lois de la Ve République*, Mare & Martin, 2023, p. p.329-342.
Id., « L'éthique au travail sous influence du droit pénal : lorsque l'éthique n'est plus une étiquette », *Le droit pénal face à l'éthique*, Paris, Dalloz, 2023, p. 79.
LARGUIER Jean, « Analyse de l'infraction », *Que sais-je?*, 16e éd., 2005, nº 996, p. 15-50.
LARRÈRE Catherine, « Montesquieu et le « doux commerce » : un paradigme du libéralisme », *Cahiers d'histoire. Revue d'histoire critique*, Association Paul Langevin, avril 2014, nº 123, p. 21-38.
LARTIGUE Miren, « Devoir de vigilance : l'offensive de la société civile se poursuit », *ActuEL Direction Juridique*, novembre 2019.
LASCOUMES Pierre et NAGELS Carla, « Chapitre 6 - Les victimes de la criminalité en col blanc », *Sociologie des élites délinquantes*, Paris, Armand Colin, 2014, p. 207-218.
LASSERRE CAPDEVILLE Jérôme, « La notion d'organe ou de représentant de la personne morale », *AJ Pénal*, nº 12/2018, p. 550.
LATOUR D, « Les enquêtes internes au sein des entreprises », *La juridictionnalisation de la Compliance*, Journal of Regulation & Compliance (JoRC) et Dalloz, 2022.
LAUFER William S, « Corporate Liability, Risk Shifting, and the Paradox of Compliance », p. 81.
LAVILLE Bettina, « Le principe de précaution : bouc émissaire de nos faiblesses ou éthique de la modernité ? 1990-2020 », *Archives de philosophie du droit*, Tome 62, 2020, nº 1, p. 215-224.

LE MASSON Pascal et WEIL Benoît, « Réinventer l'entreprise : la gestion collégiale des inconnus communs non appropriables », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 238-253.
LE PILLOUER Arnaud, « "Ceci n'est pas un pouvoir". Le débat autour de la place de l'autorité judiciaire en France », *Pouvoirs, revue française d'études constitutionnelles et politiques*, août 2021.
LEBÈGUE Daniel, *Chapitre 1. Lutte contre la corruption : quel rôle et quels moyens d'action pour la société civile ?*, La Lutte contre la corruption, le blanchiment, la fraude fiscale, Presses de Sciences Po, 2017.
LECLERC Olivier, « L'indépendance de l'expert par Olivier LECLERC », *L'expertise : enjeux et pratiques (Karine Favro)*, Paris, Tec & Doc, 2009, p. 167-180.
Id., *Le juge et l'expert : contribution à l'étude des rapports entre le droit et la science* [microfiche], Lyon-Caen Antoine (dir.), These de doctorat, Paris 10, 2003.
LECOURT Arnaud, « Intérêt social et raison d'être des sociétés : quels contours, quels impacts ? », *Lexbook hebdo édition affaires*, juin 2019.
LEE Carol E. et BARRETT Devlin, « Obama Says He Has No Role in BNP Paribas Penalties », *Wall Street Journal*, 5 juin 2014.
LEFRANC David, *La renommée en droit privé* [microfiche], Lucas Henri-Jacques (dir.), These de doctorat, Poitiers, 2003.
LEHAIRE Benjamin, « La protection du consommateur par le droit de la concurrence : analyse civiliste et pratique des positions canadienne et européenne », *Revue internationale de droit économique*, t. XXX, Association internationale de droit économique, 2016, n° 3, p. 289-313.
LEIMDORFER François, « Le pouvoir de nommer et le discours juridique : deux exemples d'acte de parole en droit », *Sociétés Contemporaines*, 18, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 1994, n° 1, p. 145-163.
LEQUET Pierre, « Loi « devoir de vigilance » : de l'intérêt des normes de management des risques », *Revue juridique de lenvironnement*, Volume 42, Lavoisier, décembre 2017, n° 4, p. 705-725.
LEROUGE Loïc, « Le jugement France Télécom : contribution à l'étude de la démonstration juridique fondant l'incrimination pénale de "harcèlement moral institutionnel" », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021, n° 2, p. 39-55.
LEROY Jacques, *Droit pénal général*, [s. d.].

LETELLIER Lucie, DELAUNAY Ondine et PORTMANN Anne, « De la responsabilité pénale des personnes morales à celle des dirigeants : vers une mutation du droit pénal », *La Lettre des Juristes d'Affaires Magazine n°58*, octobre 2023.
LEVILLAIN Kevin, HATCHUEL Armand et SEGRESTIN Blanche, « Normer l'entreprise pour l'émanciper ? Vers de nouvelles options juridiques », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 307-323.
LIÉVAUX Chloé, « Lutte contre la corruption et application internationale de ne bis in idem », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, Dalloz, juillet 2020, nº 1, p. 43-58.
LIN Mao, « Les bouleversements de l'économie de la légalité dans la Chine contemporaine », *Droit et société*, 96, Lextenso, 2017, nº 2, p. 359-380.
LITTMANN-MARTIN Marie-José, « Code de l'environnement, droit pénal et procédure pénale : quelques réflexions », *Revue juridique de l'Environnement*, 27, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2002, nº 1, p. 55-70.
LORD MCNALLY Ministry of Justice, *House of Lords Hansard*, Column 570, 30 octobre 2012, Amendment 155EZC.
LORENZI Jean-Hervé, BOLLON Pierre et ZAJDENWEBER Daniel, « Entretien avec Sylvie Bermann, Ancienne ambassadrice de France en Russie, au Royaume-Uni et en Chine », *Risques*, septembre 2022.
LOUIS Guillaume, « De l'opacité à la transparence : les limites de l'indice de perceptions de la corruption de transparency international », *Déviance et Société*, 31, Médecine & Hygiène, 2007, nº 1, p. 41-64.
LOUTE Alain, « Comment démocratiser les pouvoirs de valorisation de l'entreprise ? », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 293-306.
LOUVEL Bertrand, « Allocution d'ouverture, 70 ans après Nuremberg : Juger le crime contre l'humanité », 2016.
LOWENSTEIN Daniel Hays et NOONAN John T., « For God, for Country, or for Me? », *California Law Review*, 74, California Law Review, Inc., 1986, nº 4, p. 1479-1512.
LUBMAN Stanley B., *Bird in a Cage: Legal Reform in China after Mao*, Stanford, Stanford University Press, 1999, 472 p.
LYON-CAEN Antoine, « Le droit sans l'entreprise », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 21-31.
Id., « Le droit sans l'entreprise », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 21-31.

MACHEN Ronald, « Investigation of Data irregularities in Doing Business », WilmerHale, 2021.
MACKAAY Ejan, ROUSSEAU Stéphane, LAROUCHE Pierre *et al.*, *Analyse économique du droit*, Dalloz, 2021.
MACRON Emmanuel, « Pour une Europe souveraine, unie, démocratique. », 2017.
MAETZ Claude-Albéric, « Devoir de vigilance et réputation », *La Semaine Juridique Entreprises et Affaires*, août 2023, nº 31-35.
MAKKAI Toni et BRAITHWAITE John, « In and out of the Revolving Door: Making Sense of Regulatory Capture », *Journal of Public Policy*, 12, Cambridge University Press, 1992, nº 1, p. 61-78.
MALCHER Ingo, « Kriminalität: "Deutschland ist ein Geldwäsche-Paradies" », *Die Zeit*, 13 novembre 2019.
MALIK Matheo, « L'empire et l'ordre mondial selon Jiang Shigong », sur *Le Grand Continent* [en ligne], publié le 3 septembre 2022.
MANACORDA Stefano, « La dynamique des programmes de conformité des entreprises: déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ? », *In Actualité du droit de l'entreprise (dir. A Supiot)*, Paris, Dalloz, 2015.
MANACORDA Stefano, CENTONZE Francesco et FORTI Gabrio (dir.), *Preventing Corporate Corruption: The Anti-Bribery Compliance Model*, Springer International Publishing, 2014.
MANNERS Ian, « Normative Power Europe: A Contradiction in Terms? », *JCMS: Journal of Common Market Studies*, 40, 2002, nº 2, p. 235-258.
MARIN Jean-Claude, Allocuation d'ouverture au colloque « La compliance », Cour de Cassation, 2017.
MARTEAU Géraldine, « Transiger avec l'Autorité des marchés financiers Retour d'expérience et éclairages internationaux », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, octobre 2019, nº 5.
MARTIN Fiona, « La responsabilité pénale des personnes morales en droit de l'environnement en France et au Canada », p. 156.
MARTIN Gilles J. et RACINE Jean-Baptiste, « Gérard Farjat et la doctrine », *Revue internationale de droit economique*, t. XXVII, De Boeck Supérieur, 2013, nº 4, p. 409-418.
MARTINACHE Igor, « Michaël Foessel, Etat de vigilance. Critique de la banalité sécuritaire », *Lectures*, Liens Socio, octobre 2010.

MASCALA Corinne, « Regards croisés sur certaines modalités de la poursuite des infractions d'affaires », *Revue Lamy Droit des Affaires*, juin 2015, nº 5649.
MATHIEU Bertrand, « La règle non écrite de démission des ministres mis en examen face à la présomption d'innocence et la séparation des pouvoirs », sur *Blog du club des juristes* [en ligne], publié le 16 juillet 2021.
Id., *Le droit contre la démocratie ?*, Paris, Eyrolles, 2017.
MATSOPOULOU Haritini, « La transmission de la responsabilité pénale à la société absorbante pour une infraction commise par la société absorbée », *Revue des Sociétés*, février 2021, nº 2, p. p.115.
Id., « Le point sur la prescription de l'action publique des infractions d'affaires », *Revue Lamy Droit des Affaires*, nº 5648.
MAYAUD, Yves., « L'articulation des responsabilités pénales entre personne morale et personnes physiques - Une logique d'artifices... », *AJ Pénal*, 2018, nº 12/2018, p. 546.
MEKKI V.M., *La force et l'influence normative des groupes d'intérêt*, Paris, Lextenso, 2011, p. 14 p.
MÉNIL Georges de, « La société de défiance », *Commentaire*, Numéro 121, 2008, nº 1, p. 391-394.
MÉNISSIER Thierry, « Quelle philosophie de la corruption dans les républiques d'après la vertu civique ? », *Tumultes*, 45, 2015, nº 2, p. 35.
Id., « La corruption, un concept philosophique et politique chez les Anciens et les Modernes. », *Anabases. Traditions et réceptions de l'Antiquité*, PLH-ERASME (EA 4153), octobre 2007, nº 6, p. 11-16.
MER Francis, « Postface. La crise de l'entreprise », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 331-338.
MIGNON COLOMBET Astrid, « La convention judiciaire d'intérêt public européenne : espoir ou réalité ? », *La Semaine Juridique Edition Générale*, décembre 2022, nº n°50, p. p.2350.
Id., « Chapitre 3. La self-defense des entreprises », *Deals de justice*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020, p. 73-91.
MINISTÈRE DE L'INTÉRIEUR, *Livre blanc de la sécurité intérieure*, 2020.
MOHAMED SALAH Mahmoud, *L'irruption des droits de l'homme dans l'ordre économique international : mythe ou réalité ?*, Paris, LGDJ, 2012.
MOREL Benjamin, « Les fins de la loi, la fin de la loi », *Droit et societe*, N° 104, Lextenso, avril 2020, nº 1, p. 235-247.

MOREL Christian, « Connaître ou punir ? », *Le Debat*, n° 157, 2009, nº 5, p. 97-110.
MOREL Christian et JÉGOUX Florence-Marie, « Sortir de l'enfer des règles », *Le journal de l'ecole de Paris du management*, N° 144, juillet 2020, nº 4, p. 16-23.
MOUGEOLLE Paul, « La responsabilité climatique de la société mère de Shell selon le Tribunal de la Haye et ses effets d'entraînement attendus en France », *La Revue des droits de l'homme.*, Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux (CREDOF), juin 2021.
MUIR WATT Horatia, « La saga juridictionnelle Vedanta (suite) : le devoir de vigilance de la société-mère à l'égard des tiers », *Revue critique de droit international privé*, 2019.
MULLER Wim, « The Power of Discourse: Doctrinal Implications of China's Normative Aspirations », *Hague Yearbook of International Law / Annuaire de La Haye de Droit International, Vol. 31 (2018)*, Brill Nijhoff, 2021, p. 43-78.
MUSSO Sophie et GHORBANY-ZADEH Nirvana, « Lutte contre la corruption - L'évaluation des tiers : le processus de due diligence soumis à la diversité des activités d'une entreprise internationale - Retour d'expérience du Groupe TOTAL », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, août 2019, p. 147.
NAGLE John Copeland et DREW Elizabeth, « Corruption, Pollution, and Politics », *The Yale Law Journal*, 110, novembre 2000, nº 2, p. 293.
NATIONALE Assemblée, « Https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/comptes-rendus/cion_def/l15cion_def2021046_compte-rendu », sur *Assemblée nationale* [en ligne].
NGAI Pun, « Global Production, Company Codes of Conduct, and Labor Conditions in China: A Case Study of Two Factories », *The China Journal*, [The University of Chicago Press, College of Asia and the Pacific, The Australian National University], 2005, nº 54, p. 101-113.
NICHOLAS KASIRER et PIERRE NOREAU, *Sources et instruments de justice en droit privé*, Paris, Les éditions Thémis, 2002.
NICOLAS CHAIGNOT DELAGE et DEJOURS Christophe, *Clinique du travail et évolutions du droit* Presse universitaire de France, 2017
NOÉ Jean-Baptiste, « Chapitre 3 - Les idées du Vatican », *Hors collection*, Presses Universitaires de France, 2015, p. 181-250.
NOIVILLE Christine et HERMITTE Marie-Angèle, « Quelques pistes pour un statut juridique du chercheur lanceur d'alerte », *Natures Sciences Societes*, Vol. 14, EDP Sciences, 2006, nº 3, p. 269-277.
NOONAN John Thomas, *Bribes*, University of California Press, 1987, 868 p.

ODUFOUR, « Budget 2023 de la justice : en hausse de 8% mais toujours insuffisant selon les syndicats », sur *Actu-Juridique*, publié le 21 novembre 2022
OLIVER Peter John, « Quels droits fondamentaux pour les entreprises ? Une perspective comparative », *RED*, 4, Groupe d'études géopolitiques, 2022, nº 1, p. 56-68.
OPPETIT Bruno, « Titre II - Droit étatique et droit pluraliste », *Droit et modernité*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 1998, p. 31-71.
Id., « Titre II - Droit étatique et droit pluraliste », *Droit et modernité*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 1998, p. 31-71.
PARIGUET Marie, « Le juge et moi », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, Dalloz, 2012, nº 2, p. 361-370.
PEI Minxin, *Guarding Dictatorship: China's Surveillance State*, Harvard University Press, 2023.
Id., « How Not to Fight Corruption: Lessons from China », *Daedalus*, 147, [American Academy of Arts & Sciences, The MIT Press], 2018, nº 3, p. 216-230.
PERDRIOLLE Sylvie, POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine et RASS-MASSON Lukas, « L'office du juge et les causes systémiques », 2022.
PEREIRA Brigitte, « Corégulation, entreprises - Agence française anticorruption. À quoi sert l'Agence française anticorruption ? », *Annales des Mines - Gerer et comprendre*, N° 144, F.F.E., juin 2021, nº 2, p. 29-37.
PEREZ Michel A, « Comment une procédure américaine est devenue un élément clef dans la lutte internationale contre la criminlaité d'entreprise », *Banque & Droit*, avril 2019, nº 184.
PERRIER Jean-Baptiste, « Les (r)évolutions de la procédure pénale », *Recueil Dalloz*, nº 1061.
PESQUEUX Yvon, « Le `` principe ' ' de précaution et autres `` principes ' ' », p. 65.
PETIT Laurent, « Jacques Perriault : le savant, l'expert et le politique », *Distances et médiations des savoirs. Distance and Mediation of Knowledge*, 37, Centre national d'enseignement à distance, mars 2022, nº 37.
PHILIPPIN Yann, « «Rafale Papers»: Macron, Hollande et une justice anticorruption aveugle », *Mediapart*, 6 avril 2021.
PICAVET Emmanuel et WALTER Christian, La responsabilité épistémique, *FMSH*, 2020.
PIE XIII, « Aux participants au VIe Congrès international de droit pénal », 1953.
PIERRE Philippe, « Niklas Luhmann, La légitimation par la procédure », *Sociologie du travail*, 45, Association pour le développement de la sociologie du travail, mars 2003, nº 1, p. 160-163.

POISSONNIER Ghislain, « Procès au fond et convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ? », *Recueil Dalloz*, p. 2137.
POMADE Adélie, « Les implications de l'influence normative de la Société Civile en droit de l'environnement sur les théories des sources du droit et de la validité », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 64, Presses de l'Université Saint-Louis, 2010, nº 1, p. 87-122.
PONCHEVILLE Blandine Thellier De, « La soft law au service de la confiance mutuelle en matière pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, N° 2, Dalloz, décembre 2019, nº 2, p. 269-285.
PORTMANN Anne, « Sanctions extraterritoriales américaines : la guerre juridique est déclarée », *Lettre des Juristes d'Affaires*, juin 2019, nº 1402.
POSNER Richard A., « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, 85, Columbia Law Review Association, Inc., 1985, nº 6, p. 1193-1231.
Id., « An Economic Theory of the Criminal Law », *Columbia Law Review*, 85, Columbia Law Review Association, Inc., 1985, nº 6, p. 1193-1231.
PRADEL Jean, « Notre procédure pénale à la recherche d'une efficacité à toute vapeur », *La Semaine Juridique Edition Générale*, avril 2019.
PRAIRAT Eirick, « La responsabilité », *Le Telemaque*, n° 42, Presses universitaires de Caen, novembre 2012, nº 2, p. 19-34.
PROROK Johan, « La répression civile », *Revue de sciences criminelles*, p. 313.
RAMBAUD Thierry, « Chapitre II. Les traditions juridiques asiatiques », *Introduction au droit comparé*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2014, p. 195-214.
RAPHAELSON Ira H., « On the Road to Comprehensible Standards? A Comment on Recent Standards Set by Authorities and Regulators », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, octobre 2019, nº 5.
REBUT Didier, « Les conflits d'intérêts et le droit pénal », *Pouvoirs*, n° 147, Le Seuil, 2013, nº 4, p. 123-131.
Id., « Justice pénale et justice civile évolution, instrumentalisation, effets pervers... », *Pouvoirs*, n° 128, Le Seuil, janvier 2009, nº 1, p. 49-59.
REICHMAN N, « Moving Backstage: Uncovering the Role of Compliance Practices in Shaping Regulatory Policy », *A Reader on Regulation*, Oxford University Press, 1998, p. 523.
RENAULT Emmanuel, « Les sciences sociales critiques face à la souffrance au travail et aux suicides au travail. Controverses scientifiques, épistémologiques et politiques », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021, nº 2, p. 145-164.

RENOUARD Cécile, « Chapitre 12. La formation des élites à la responsabilité », *La responsabilité éthique des multinationales*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2007, p. 465-497.
REQUIN Anthony et DE CREVOISIER Louis, « La concentration dans le secteur des médias à l'ère numérique : de la réglementation à la régulation », IGF-IGAC, 2022.
RICŒUR Paul, « Le concept de responsabilité: Essai d'analyse sémantique », *Esprit (1940-)*, Editions Esprit, 1994, nº 206 (11), p. 28-48.
ROBERT Cécile, « La politique européenne de transparence (2005-2016) : de la contestation à la consécration du lobbying. Une sociologie des mobilisations institutionnelles, professionnelles et militantes autour des groupes d'intérêt à l'échelle européenne », *Gouvernement et action publique*, VOL. 6, Presses de Sciences Po, 2017, nº 1, p. 9-32.
ROBERT Jacques, « Loi vaticane et loi française », *Revue internationale de droit comparé*, 66, Persée - Portail des revues scientifiques en SHS, 2014, nº 2, p. 625-630.
ROBERT Jacques-Henri, Le risque de corruption, JM. BRIGANT (dir.) Dalloz, 2018
ROBERT Jacques-Henri, in Les préposés délégués sont-ils les représentants de la personne morale ?, Mélanges Couvrat, PUF, 2001, p. 383
RODOPOULOS Ioannis, « La crise financière est-elle (aussi) une crise du droit pénal ? », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, 2013, nº 1, p. 1-22.
RODRIGUES Charmaine, « Recognising the Value of Civil Society Participation », Transparency International, 2015.
ROETS Damien, « Droits de l'Homme. Jurisprudence de la CEDH », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 3, Dalloz, 2019, nº 3, p. 701-720.
ROLLAND Louise, « «Qui dit contractuel, dit juste.» (Fouillée) ... en trois petits bonds, à reculons », *MCGILL LAW JOURNAL*, 51.
ROSECRANCE Richard, « Paradoxes of European Foreign Policy.The European Union: A New Type of International Actor », European University Institute, 1997.
ROSTAIN Tanina, « The Emergence of "Law Consultants" », *Fordham Law Review*, 75, janvier 2006, nº 3, p. 1397.
ROUSSEAU François, « Le principe de nécessité. Aux frontières du droit de punir », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 2, 2015, nº 2, p. 257-271.
Id., « « La répartition des responsabilités dans l'entreprise » », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 4, Dalloz, 2010, nº 4, p. 804-818.
ROUSSEAU Laura et MÉRIC Martin, « Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière », 2020.

ROUSSEAU Stéphane, MALECKI Catherine et COURET Alain, « Agences de notation de crédit et crise financière : quel rôle pour la régulation financière? », *Les défits actuels du droit financier*, 2010.
ROUX Adrien, « La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 dite « Sapin II » : une avancée encore en retrait des attentes des praticiens », *AJ Pénal*, février 2017, p. p.62.
ROUX Adrien, BOURSIER Marie-Emma, GAMGANI Lisa *et al.*, « II. Les nouveaux acteurs du dispositif français anticorruption », p. 101.
ROUYÈRE Aude, « La place des tiers dans la répression administrative », *Revue de sciences criminelles*, 2019, p. 301.
RUDLOFF Marcel, « Rapport au nom de la commission des lois du Sénat », Paris, Sénat, 1991.
SAADA Rachel, « Du service public au harcèlement moral, ou comment une politique d'entreprise peut devenir un délit », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021, nº 2, p. 75-86.
SACHS Tatiana et TRICOT Juliette, « La loi sur le devoir de vigilance : un modèle pour (re)penser la responsabilité des entreprises », *Droit et societe*, N° 106, Lextenso, 2020, nº 3, p. 683-698.
SAINT-ESTEBEN Robert, « Une repénalisation du droit de la concurrence en France ? À propos de l'utilisation de l'article 40 du code de procédure pénale par les services d'instruction de l'Autorité », *Revue Concurrences*, Concurrences, mai 2019, nº N° 2-2019, p. 54-65.
SALAH Mahmoud Mohamed, « Le pouvoir économique et le droit », *Revue internationale de droit économique*, t. XXVII, Association internationale de droit économique, 2013, nº 4, p. 475-490.
SALOMON Renaud, « Responsabilité pénale de la personne morale - Les conditions d'engagement », *Droit des sociétés*, mai 2019.
Id., « Responsabilité pénale de la personne morale et principe d'égalité devant la loi », *Droit des sociétés*, février 2019, nº 2.
Id., « Responsabilité pénale et établissement secondaire », *Droit des sociétés*, février 2019, nº 2.
Id., *Le particularisme du droit pénal des sociétés*, Ranouil Véronique (dir.), These de doctorat, Paris 12, 2006.
Id., « Chronique de droit pénal social », p. 775.
SALVAGE Philippe, « Chapitre 3. La responsabilité pénale des personnes morales », *Droit en +*, 8e éd., 2016, p. 107-111.

SARASVATHY Saras D., « Causation and Effectuation: Toward a Theoretical Shift from Economic Inevitability to Entrepreneurial Contingency », *The Academy of Management Review*, 26, Academy of Management, 2001, nº 2, p. 243-263.
SAUSSOIS Jean-Michel, « Transformations de la figure du dirigeant », *L'entreprise*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 228-237.
SAUVÉ Jean-Marc, « La territorialité du droit, « Internationalisation du droit : pathologie ou métamorphose de l'ordre juridique ? », 2012.
SCEMLA Sophie, « Lutte contre la corruption - Les lignes directrices du PRF et de l'AFA sur la mise en œuvre de la convention judiciaire d'intérêt public en matière de corruption La création de nouvelles conditions pour pouvoir bénéficier d'un accord ? », *Revue Internationale de la Compliance et de l'Éthique des Affaires*, août 2019, nº 4.
SCHULER Thomas, *Bertelsmannrepublik Deutschland: Eine Stiftung macht Politik*, Campus, 2010.
SCHUMACHER Aloïs, « Le "Dieselgate" une histoire sans fin ? Éléments de réflexion sur l'Affaire Volkswagen », *Allemagne d'aujourd'hui*, 227, Association pour la connaissance de l'Allemagne d'aujourd'hui, 2019, nº 1, p. 81-95.
SCOTT David, « Values and learning theories », *On Learning*, UCL Press, 2021, p. 94-99.
SEGONDS Marc, « La corruption : entre incrimination virtuelle et incrimination potentielle », *Lettre des Juristes d'Affaires*, juin 2015, nº 5646.
SEGRESTIN Blanche, ROGER Baudoin et VERNAC Stéphane, « Introduction », *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 11-19.
SEGRESTIN Denis, « Le social sans entreprise ? Pour une sociologie de l'entreprise-institution », *L'entreprise, point aveugle du savoir*, Auxerre, Éditions Sciences Humaines, 2014, p. 32-47.
SEILLER Bertrand, *Droit administratif*, 9ème, Paris, Flammarion, 2023.
SELLAL Pierre, « Les vertus de la compliance, une réponse possible aux faiblesses de l'Union Européenne ? », *Frison-Roche Marie-Anne (dir.) Pour une Europe de la compliance*, Paris, Dalloz, 2019, p. 53.
SEUIL Editions, « La Naissance de la biopolitique. »
SÈVE René, *Le principe de précaution*, Dalloz, 2020.
SHAPIRA Roy, *Law and Reputation: How the Legal System Shapes Behavior by Producing Information*, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
SICURELLA Rosaria, « Développer une culture pénale européenne : de l'européanisation des principes fondamentaux du droit pénal à une théorie « européenne » de la responsabilité

pénale », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, Dalloz, juillet 2020, nº 1, p. 1-25.
SILBERZAHN Philippe, « L'effectuation, logique de pensée des entrepreneurs experts », *Entreprendre & Innover*, 28, De Boeck Supérieur, 2016, nº 1, p. 76-82.
SIPROUDHIS Jean-Baptiste, « Le transfert de responsabilité du régulateur et du juge vers l'entreprise : la démonstration par le système d'alerte », *La juridictionnalisation de la Compliance (Frison-Roche, M.-A. (dir.))*, Paris, Dalloz, 2022.
SJÖSTRÖM Emma, « Shareholders as Norm Entrepreneurs for Corporate Social Responsibility », *Journal of Business Ethics*, 94, Springer, 2010, nº 2, p. 177-191.
SLAUGHTER Anne-Marie, *A New World Order*, Princeton University Press, 2004
SOREL J.M., « Le rôle de la soft-law dans la gouvernance mondiale », *RED2*, p. 46.
SOUDAIN Tennessee, « La responsabilité des entreprises en matière de droits de l'Homme », p. 444.
SOULEZ-LARIVIÈRE Daniel, « Chapitre 6. Le marché de la vertu », *Deals de justice*, Paris cedex 14, Presses Universitaires de France, 2020, p. 131-154.
SOUPIOT Alain, *La Gouvernance par les nombres*, Fayard. Paris, 2015.
Id., *L'Esprit de Philadelphie*, Seuil, 2010.
SPINOSI Patrice, « Le juge devient l'arbitre des libertés individuelles », *l'Opinion*, 5 juin 2015.
STEINWAY Sonia A., « SEC "Monetary Penalties Speak Very Loudly," But What Do They Say? A Critical Analysis of the SEC's New Enforcement Approach ».
STIGLER George J., « The Theory of Economic Regulation », *The Bell Journal of Economics and Management Science*, 2, [Wiley, RAND Corporation], 1971, nº 1, p. 3-21.
STRITTMATTER Kai, *Dictature 2.0 : quand la Chine surveille son peuple*, Paris, Tallandier, 2020.
STUNTZ William J., « The Pathological Politics of Criminal Law », *Michigan Law Review*, 100, The Michigan Law Review Association, 2001, nº 3, p. 505-600.
SUNSTEIN Cass R., « Social Norms and Social Roles », *Columbia Law Review*, 96, Columbia Law Review Association, Inc., 1996, nº 4, p. 903-968.
SUREAU François, « Obéissance à la loi ? », *Pouvoirs*, N° 155, décembre 2015, nº 4, p. 73-80.
Id., « Le droit sans juge », *Commentaire*, Numéro 145, Commentaire SA, 2014, nº 1, p. 210-211.

T. NOONAN JR John, *Persons and Masks of the Law: Cardozo, Holmes, Jefferson, and Wythe as Makers of the Masks*, 2002, 227 p.
TANIMURA Joseph K. et OKAMOTO M. Gary, « Reputational Penalties in Japan: Evidence from Corporate Scandals », *Asian Economic Journal*, 27, 2013, nº 1, p. 39-57.
TERRE François et MOLFESSIS Nicolas, *Introduction générale au droit*, 15ème édition, Paris, Dalloz, 2023.
TEUBNER Gunther, « L'auto-constitutionnalisation des ETN ? Sur les rapports entre les codes de conduite « privés » et « publics » des entreprises », *Revue interdisciplinaire d'etudes juridiques*, Volume 75, 2015, nº 2, p. 1-25.
THIBIERGE Catherine, *La force normative*, Centre de recherche juridique Pothier (préf.), Bruxelles, Bruylant, 2009.
THIBOUT Orianne, « La régulation, enjeu majeur de l'ordre public économique : l'exemple des démarches de Responsabilité sociale des entreprises des pouvoirs privés économiques », *Revue internationale de droit economique*, t. XXXIII, De Boeck Supérieur, juin 2019, nº 1, p. 63-74.
Id., « La Responsabilité Sociale des Entreprises: dynamique normative et enjeux concurrentiels. Une illustration d'un droit en mouvement », p. 519.
THIEFFRY Patrick, « Pacte mondial pour l'environnement - Le rôle du secteur privé dans le Pacte mondial pour l'environnement », *Journal du droit international*, juillet 2019.
THOMAS Antoine, « Review of La Raison du moindre État. Le néolibéralisme et la justice », *Esprit*, Editions Esprit, 2012, nº 387 (8/9), p. 215-218.
THOUROT Alice et FAUVERGUE Jean-Michel, « D'un continuum de sécurité vers une sécurité globale », Paris, 2018.
TORRE-SCHAUB Marta et LORMETEAU Blanche, « Aspects juridiques du changement climatique : de la gouvernance du climat à la justice climatique », *La Semaine Juridique Edition Générale*, septembre 2019, nº 39.
TOUBON Jacques et LAGESSE Pascale, « Le régime « général » de protection des lanceurs d'alerte est-il l'expression d'un droit fondamental ? », *Semaine sociale Lamy*, mai 2019, nº 1862.
TOURNEAU Dominique Le, « Les sanctions dans l'Église », *Que sais-je?*, 3e éd., Presses Universitaires de France, 2002, nº 779, p. 99-109.
TRICOT Daniel et GAUDEMET Antoine (dir.), « Introduction », *La compliance : un nouveau monde ? Aspects d'une mutation du droit*, Paris, Panthéon-Assas, 2016, p. pp.5.

TRICOT Juliette, « Le droit pénal à l'épreuve de la responsabilité des personnes morales : l'exemple français », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 1, Dalloz, 2012, nº 1, p. 19-46.
TRUYENS Virginie, « Les brèches jurisprudentielles et législatives dans le principe d'indépendance des procédures pénale et fiscale », *Lexbook hebdo édition fiscale*, mai 2019, nº 784.
VANDEKERCKHOVE Wim, LEYS Jos, ALM Kristian *et al.* (dir.), *Responsible Investment in Times of Turmoil*, vol. 31, Dordrecht, Springer Netherlands, 2011.
VAUGHAN Diane, *The Challenger Launch Decision: Risky Technology, Culture, and Deviance at NASA, Enlarged Edition*, Preface With a New (éd.), Chicago, IL, University of Chicago Press, 2016, 620 p.
VÁZQUEZ Angélica Cuéllar, « « Le plus grand problème me semble être l'extrême politisation de la justice » », *Droit et societe*, N° 104, Lextenso, avril 2020, nº 1, p. 159-163.
VERHAGE Antoinette, « Between the Hammer and the Anvil? The Anti-money Laundering-complex and its Interactions with the Compliance Industry », *Crime, Law and Social Change*, 52, juillet 2009, p. 9.
VERVAELE John, « La mise en œuvre du Parquet européen à la lumière du projet Corpus juris : les nécessités d'un espace judiciaire européen », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, Dalloz, 2022, nº 2, p. 237-242.
VESSIO Fabien, « L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de l'homo economicus à la négociation et « efficience » de la politique pénale », *Revue de science criminelle et de droit penal compare*, N° 2, juillet 2021, nº 1, p. 263-274.
Id., « L'influence de l'analyse économique du droit sur la lutte contre la corruption internationale : incitation de l'homo economicus à la négociation et « efficience » de la politique pénale », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2, Dalloz, 2021, nº 2, p. 263-274.
VILLEY Michel, *La formation de la pensée juridique moderne*, Presses Universitaires de France, 2013.
VILON GUEZO Gérard Hervé, *Responsabilité pénale du dirigeant : regard critique*, Leroy Jacques (dir.), These de doctorat, Orléans, 2016.
VOGLIOTTI Massimo, « De la pureté à l'hybridation : pour un dépassement de la modernité juridique », *Revue interdisciplinaire d'etudes juridiques*, Volume 62, 2009, nº 1, p. 107-124.
VON HAYEK Friedrich, *Droit, législation et liberté*, [s. d.].

WATERS Sarah, « Réfléchir à la portée du procès de France Télécom au Royaume-Uni », *Travailler*, 46, Martin Média, 2021, nº 2, p. 103-121.
WAYNE Leslie, « Foreign Firms Most Affected by a U.S. Law Barring Bribes », *The New York Times*, 4 septembre 2012.
WENDLING Thierry, « Us et abus de la notion de fait social total.Turbulences critiques », *Revue du MAUSS*, 36, La Découverte, 2010, nº 2, p. 87-99.
WESTEN Peter, « The Ontological Problem of 'Risk' and 'Endangerment' in Criminal Law », in Duff R.A. et Green Stuart (éd.), *Philosophical Foundations of Criminal Law*, Oxford University Press, 2011, p. 0.
WESTER-OUISSE Véronique, « Le droit pénal face aux codes de bonne conduite », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, juin 2000, nº 02, p. 351.
WHYTE David, « Regimes of Permission and State-Corporate Crime », *State Crime Journal*, 3, Pluto Journals, 2014, nº 2, p. 237-246.
WINN C. R. N., « The Criminal Responsibility of Corporations », *The Cambridge Law Journal*, 3, [Cambridge University Press, Editorial Committee of the Cambridge Law Journal], 1929, nº 3, p. 398-415.
WITTGENSTEIN Ludwig, *Recherches philosophiques*, Paris, Gallimard, 2014.
XU Jilin, *Rethinking China's Rise: A Liberal Critique*, vol. 84, Cambridge, Cambridge University Press, 2020.
YANG Kaifeng, « Institutional Congruence, Ideas, and Anticorruption Policy: The Case of China and the United States », *Public Administration Review*, 69, [American Society for Public Administration, Wiley], 2009, p. S142-S150.
YU Frank et YU Xiaoyun, « Corporate Lobbying and Fraud Detection », *The Journal of Financial and Quantitative Analysis*, 46, [Cambridge University Press, University of Washington School of Business Administration], 2011, nº 6, p. 1865-1891.
ZHENG Aiqing, *Libertés et droits fondamentaux des travailleurs en Chine*, France, L'Harmattan, 2017.
ZHONG Raymond, « With Alibaba Investigation, China Gets Tougher on Tech », *The New York Times*, 24 décembre 2020.
ZHONG Raymond et STEVENSON Alexandra, « Jack Ma Shows Why China's Tycoons Keep Quiet », *The New York Times*, 22 avril 2021.
« Commission des sanctions de l'AFA n°2 », 2019.

Colloques, rapports, guides

AFA, « Guide pratique anticorruption à destination des PME et des petites ETI », 2021. https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/guide-pratique-anticorruption-destination-des-pme-et-des-petites-eti

ASSEMBLEE NATIONALE, Audition loi Sapin 2, 7 avril 2021

BADIE François, « Rapport du SCPC au Garde des sceaux sur la prévention de la corruption en France », 2015.

BADINTER Robert, « Présentation du nouveau Code pénal », 1985.

BARR William P., « Keynote Address at the Department of Justice's China Initiative Conference, United States Department of Justice », 2020.

BERGER Karine et LELLOUCHE Pierre, « Rapport d'information sur l'extraterritorialité de la législation américaine », Paris, Assemblée Nationale, 2016.

BOUCHERON Jean-Michel et MYARD Jacques, « Rapport d'information en conclusion des travaux d'une mission d'information sur les vecteurs privés d'influence dans les relations internationales », 2011.

CAZENEUVE Bernard et GAUDEMET Antoine, « Pour un droit européen de la compliance », Paris, Club des juristes, 2020.

COMMISSION EUROPÉENNE, « Rapport 2023 sur l'Etat de droit, Chapitre consacré à la situation de l'Etat de droit en France », Luxembourg, 2023.

Id., « Rapport 2022 sur l'Etat de droit, Chapitre consacré à la situation de l'Etat de droit en France », Luxembourg, 2022.

CONSEIL D'ÉTAT, « Émissions de gaz à effet de serre : le Conseil d'État enjoint au Gouvernement de prendre des mesures supplémentaires avant le 31 mars 2022 », sur *Conseil d'État* https://www.conseil-etat.fr/actualites/actualites/emissions-de-gaz-a-effet-de-serre-le-conseil-d-etat-enjoint-au-gouvernement-de-prendre-des-mesures-supplementaires-avant-le-31-mars-2022

Id., « Osez le risque ! », sur *Conseil d'État* https://www.conseil-etat.fr/actualites/discours-et-interventions/osez-le-risque

ONU Assemblée générale, « Convention des Nations unies contre la corruption », Merida, 2003.

PNF, « Lignes directrices sur la mise en oeuvre de la convention judiciaire d'intérêt public v.2 », 2023.

Presse

ARON Matthieu et NERSON Jacques, « Quand Eric Dupond-Moretti nous parlait de son « anarchisme épicurien » », *L'Obs*, 6 juillet 2020.

ASSASSI Eliane, « Un phénomène tentaculaire : l'influence croissante des cabinets de conseil sur les politiques publiques - Rapport », 2023.

BISSERBE Noémie et BISSERBE Noémie, « Hollande Backs BNP Paribas in Letter to Obama », *Wall Street Journal*, 4 juin 2014.

CHUILON-CROLL Jean, « Le Vatican puise son salut dans la compliance du monde des affaires », *Le Monde*, 20 mars 2022.

Id., « Affaire Madoff : « En important l'efficacité du droit pénal des affaires anglo-saxon, gardons-nous d'y perdre notre philosophie de la responsabilité pénale » », *Le Monde.fr*, 22 avril 2021.

Id., « Les limites de l'indice corruption de Transparency International », *Les Echos*, janvier 2020.

DES DESERTS Sophie, « Eliane Houlette, procureure sous pression », *Paris Match, 11 juillet 2020*

FESSARD Pauline, « Pour la justice française, les pots-de-vin sont déductibles des impôts », *Mediapart*, 7 octobre 2011.

TITHERADGE Noel, « Facebook accused of blacklisting OnlyFans' rivals », sur *BBC News*, publié le 24 février 2022.

Table des matières

Thèse de Doctorat / 2023 ..... *1*
1. L'ENJEU FONDAMENTAL : L'ORIGINE DE LA COMPLIANCE 10
2. UNE MATIERE DEFINIE PAR SA FIN 13
3. UNE REDEFINITION DE LA RESPONSABILITE 15
4. UNE REDEFINITION DE LA SANCTION PAR LA COMPLIANCE PENALE 18
5. LA SANCTION LA PLUS EFFICACE : LE MARCHE 20
6. VERS UNE REDEFINITION DE L'OBJET DE LA COMPLIANCE PENALE 22
7. LES QUATRE DEGRES DE LA CONFORMITE 27
8. VERS UN MODELE EUROPEEN DE LA COMPLIANCE 30
9. LA PROBLEMATIQUE 31
10. LE PLAN 34

I. LA MUTATION DES SOURCES DE LA RESPONSABILITE PENALE SOUS L'EFFET DE LA COMPLIANCE 36

CHAPITRE 1 : LA MUTATION DE L'ORIGINE DE LA RESPONSABILITE PENALE 38
Section 1. La remise en cause du législateur étatique par la compliance 40
A. La relégation du législateur étatique 40
1. Un droit pénal moins national : l'internationalisation des sources de responsabilité pénale 42
a. Le recours de la compliance à un droit pénal conventionnel 42
i. Des enjeux de compliance criminelle dépassant les Etats 42
ii. Des enjeux de compliance criminelle concernant les Etats 45
b. Le recours de la compliance à un droit pénal communautaire 48
i. La compliance criminelle, d'essence européenne 48
ii. Le Parquet Européen, symbole d'une mutation pénale 50
c. La fondamentalisation du pénal par la compliance : 52
i. L'affirmation des droits de l'homme dans le droit pénal 53
ii. L'affirmation de la morale dans le droit pénal 55
2. Un droit pénal moins légal : la matière pénale comme source de responsabilité 57
a. Le développement institutionnel du droit pénal souple 58
i. Le blanchissage des lois pénales par le législateur 58
ii. Le métissage du droit pénal par les AAI 61
b. La société civile comme source de droit pénal 63
i. La formation du pénal par la société civile 63
ii. La déformation du pénal par la société civile 65
c. La consécration d'un pouvoir juridictionnel 66
i. Le juge, source de droit pénal 67
ii. Le procureur, source de droit pénal 70
Conclusion intermédiaire 72
B. L'accentuation de la politique, éventuellement pénale : 74
1. Un pilotage politique qu'autorise la compliance en mêlant administratif et pénal : 75
a. Les politiques à l'initiative de la compliance 75
i. Un projet émanant de responsables politiques 76
ii. Un projet visant des responsables politiques 77
b. La politique pénale servie par la compliance 79
i. Un outil de pilotage politique 79
ii. Une incarnation par l'AFA 81
c. Le politique comme fin de la compliance ? 82
i. L'État de droit : l'État, puis le droit ? 83
ii. La compliance au service de la souveraineté 85
2. Une ambition géopolitique servie par la compliance 87
a. L'américanisation du droit pénal : la compliance par l'économie 88
i. Une compliance américaine à la faveur de leur puissance économique et politique 88
ii. Une compliance américaine en faveur de leur puissance économique et politique 90
b. La proposition chinoise d'une compliance politique 92
i. Un outil de structuration politique 93

ii. Un outil d'affirmation géopolitique ?....97
c. La troisième-voie européenne d'une compliance sociale....100
i. Vers un modèle de compliance pénale germano-romanique....100
ii. Une compliance par le prisme social....101
Conclusion de section : *105*
Section 2. La privatisation des sources de responsabilité pénale par la compliance....*108*
A. La privatisation de la norme pénale par l'entreprise....108
1. L'édiction de la norme pénale par l'entreprise pour elle-même....110
a. La transposition du droit pénal par l'entreprise....110
i. L'appropriation du droit pénal par les procédures de conformité....110
ii. La managérialisation du droit pénal par le code de conduite....111
b. L'élaboration interne de droit pénal par l'entreprise....113
i. Sur ses parties prenantes : la gestion des conflits d'intérêts....113
ii. Sur elle-même : les engagements volontaires des entreprises....115
c. L'exercice interne du droit pénal par l'entreprise....116
i. L'internalisation des enquêtes....117
ii. L'autonomisation d'un ordre juridique....119
2. L'édiction de la norme pénale par l'entreprise au-delà d'elle-même....121
a. La corédaction du droit pénal par l'entreprise....122
i. La légitimation substantielle : la technicité....122
ii. La légitimation procédurale : la fluidité....126
b. L'affermissement du droit pénal par l'entreprise....127
i. L'entreprise bras armé du droit pénal national....127
ii. L'entreprise bras armé du droit pénal international....129
c. La promotion du modèle pénal par l'entreprise....130
i. L'exportation du droit pénal vers d'autres entreprises....130
ii. L'exportation du droit pénal vers d'autres Etats....131
Conclusion intermédiaire....133
B. La privatisation de la norme pénale par l'expertise....135
1. La quantification du droit pénal par la compliance....137
a. Une rationalisation des normes pénales....137
i. La compliance comme technicisation du droit....138
ii. La métrique comme source de normativité....140
iii. La compliance, droit servant sans substance ?....142
b. Le cas symptomatique de l'indicateur fondamental : le CPI de Transparency....143
i. Questionner sa méthode....144
ii. Questionner son indépendance....145
iii. Questionner son hégémonie....146
2. La marchandisation du droit pénal par la compliance....147
a. Les promoteurs économiques : le marché de la compliance pénale....148
i. Le pivot opportun des cabinets de conseil....148
ii. Le risque d'entre-soi des régulateurs privés....149
b. Les promoteurs sociétaux : la formation de l'opinion publique....151
i. Le couple-moteur associations – médias....151
ii. Le risque clientéliste....153
c. Les promoteurs académiques : la subsistance d'une science pénale....155
i. L'apport technique de la recherche universitaire....155
ii. L'apport critique de la recherche universitaire....158
Conclusion de la section : *160*
CONCLUSION DU CHAPITRE :....161
CHAPITRE 2 : MUTATION DU FONDEMENT DE LA RESPONSABILITE PENALE SOUS L'EFFET DE LA COMPLIANCE : 163
Section 1. Une appréhension radicale de l'infraction....*163*
A. La racine comme origine : l'incrimination par anticipation....164
1. La remontée de l'incrimination....164
a. Une remontée dans la hiérarchie par la faute non-intentionnelle....165
i. L'entreprise comme garantie face à la négligence....166
ii. Le dirigeant comme garant face à l'ignorance....168
iii. La preuve comme étalon du régime....169
b. Une remontée dans la chronologie par la faute non-matérielle....170
i. Le développement d'infractions formelles jusqu'à la commission par omission....170
ii. La moralisation de leur fondement....173
iii. L'extension des obligations déclaratives....174

2. Le continuum de l'infraction 176
a. Une approche pragmatique de l'infraction 176
i. Dépasser l'infraction monolithique 176
ii. Considérer la trajectoire de l'infraction 178
iii. Combler un vide chronologique 179
b. Aux conséquences mal assurées 180
i. Un « sens » de la peine qui pose question 180
ii. Le danger de l'imprescriptibilité 181
iii. Le soupçon radical 182
B. La racine comme réseau : l'incrimination par systématisation 185
1. La désindividualisation des parties 186
a. Le système comme victime 186
i. La protection des infrastructures par une compliance fille de la régulation 188
ii. La règle de droit comme système ultimement protégé 189
iii. La compliance comme droit des crises 191
b. Le système comme coupable 191
i. Le tout n'est pas la somme des parties – La fraude individuelle 192
ii. Les systèmes criminels organisés – La fraude industrielle 195
iii. Le système justifiant la fraude – La fraude institutionnelle 197
2. La systématisation des régulateurs 199
a. Le système comme régulateur 199
i. La cohésion du système 199
ii. La cohérence du système 200
iii. La collusion du système 202
b. L'anti-système comme régulateur : le lanceur d'alerte 204
i. La disjonction du système comme fondement 204
ii. L'irresponsabilité pénale comme instrument 206
iii. Des alerteurs antagonistes mais antisystèmes : syndicats et vendeurs à découvert 208
Conclusion de section : *209*
Section 2. L'adoption du paradigme du risque en droit pénal des affaires *212*
A. Contrôler le risque d'infraction : prévenir le risque 215
1. Une responsabilité pénale activée par le risque 215
a. La responsabilité pénale augmentée du risque 216
i. Le dommage sans faute : une responsabilité pénale par la logique d'assurance 217
ii. La faute sans dommage : une responsabilité par la logique de compliance 220
b. La mission d'information sur le risque imposée à l'entreprise 223
i. Informer sur le risque : la compliance soutenant le pénal 223
ii. S'informer sur le risque : la compliance suppléant le pénal 225
2. Une responsabilité pénale rationalisée par le concept de risque 228
a. Une rationalisation au sens de rendre rationnel 229
i. Le conséquentialisme comme maximisation du bien-être collectif 229
ii. La transparence comme minimisation du danger individuel 231
b. Une rationalisation au sens d'ordonner efficacement 233
i. Un ordre justifiable au vu de son objet singulier 234
ii. Un ordre discutable au vu de ses conséquences plurielles 235
Conclusion intermédiaire : 238
B. Contrôler le risque de sanction : piloter le risque 239
1. Une sanction pénale plus efficiente par la logique de gestion 240
a. Le pilotage du risque de sanction par l'Etat 241
i. L'optimisation des coûts de la procédure 241
ii. La minimisation de ses effets indésirables 244
b. Le pilotage du risque de sanction par les opérateurs économiques 245
i. L'optimisation de la prévisibilité de la sanction 245
ii. L'éviction de la motivation 247
2. Une sanction pénale plus effective par la logique d'information 249
a. Des indicateurs pour appréhender le risque de sanction 249
i. La compliance c'est l'entreprise qui donne à voir 249
ii. La compliance c'est l'État qui donne à voir 251
b. Un dialogue pour répondre au risque de sanction 252
i. Au niveau micro : l'affirmative defense de l'entreprise 252
ii. Au niveau macro : les contextualisations par la Société 253
Conclusion de la section : *255*
Conclusion du chapitre : *255*

Conclusion de la partie I : *256*

II. MUTATIONS DE L'IMPUTATION DE LA RESPONSABILITE PENALE SOUS L'EFFET DE LA COMPLIANCE **259**

CHAPITRE 1 : MUTATION DES RESPONSABLES SOUS L'EFFET DE LA COMPLIANCE 259
Section 1. La responsabilité pénale de l'entreprise rationalisée par la compliance *260*
A. La tentation d'une redéfinition de l'entreprise qui confonde capable et coupable 262
1. Une redéfinition pragmatique de l'entreprise comme objet 264
a. Le primat de la réalité juridique pour définir l'entreprise : liability (répondre juridiquement) 265
i. La personne morale stricte : la société 265
ii. L'inconsistance d'une boîte noire juridique 267
b. Le primat de la réalité économique pour définir l'entreprise : accountability (rendre des comptes) 269
i. La réalité économique : le groupe et au-delà 269
ii. La résistance d'une boîte noire économique 272
c. Le primat de la réalité politique pour définir l'entreprise : responsibility (diriger) 273
i. L'entreprise comme institution ? 274
ii. La persistance d'une boîte noire démocratique 278
2. Une redéfinition téléologique de l'entreprise comme sujet ? 279
a. Le risque de schizophrénie de l'intérêt social 280
i. La compliance au service de la RSE 280
ii. La compliance au service du droit pénal 281
b. Jusqu'au modèle d'entreprise idéal 283
i. La morale d'une personne morale 283
ii. La tentation d'un idéalisme pénal 285
c. Qui a la charge d'un modèle de société 287
i. La contestation du concept de buts monumentaux 288
ii. La contestation du modèle d'entreprises totalisantes 290
Conclusion intermédiaire 293
B. L'imputation renforcée de la responsabilité pénale à la personne morale 293
1. L'extension de la responsabilité pénale des personnes morales par la compliance 294
a. La systématisation pragmatique de la responsabilité pénale des personnes morales 294
i. Le pragmatisme substantiel de l'extension de responsabilité des personnes morales 295
ii. Le pragmatisme procédural de l'extension de responsabilité des personnes morales 297
b. L'affranchissement d'une personnalité anthropocentrée et anthropomorphique 298
i. La désolidarisation de la personne morale et de ses personnes physiques 299
ii. L'imputation au-delà de la personnalité 301
2. La relégitimation de la responsabilité pénale des personnes morales par la compliance 303
a. Le renforcement de la faute autonome par la faute organisationnelle 304
i. Défaut d'une organisation suffisante à prévenir l'infraction 305
ii. Défaut d'une organisation suffisante à identifier le responsable 307
b. Le renforcement d'une faute directe et subjective par la culture d'entreprise 308
i. L'élément moral chez la personne morale 309
ii. La culture d'entreprise trahissant une intention propre 311
Conclusion de la section : *314*
Section 2. L'articulation de la responsabilité pénale de la personne morale à celle du dirigeant *317*
A. L'extension de la responsabilité pénale du dirigeant par la compliance 317
1. Extension de la définition du dirigeant pour atteindre la responsabilité de la personne morale 318
a. Du dirigeant de droit au dirigeant de fait 319
i. L'élargissement du critère « organe ou représentant » 319
ii. La définition du dirigeant 321
b. L'équivocité opportune des termes sous l'angle de la compliance 322
i. L'ambiguïté de la notion de contrôle 322
ii. L'ambivalence de la notion de responsable 324
2. Extension de sa responsabilité propre 326
a. Un engagement personnel requis par la compliance 326
i. Une incarnation imposée 326
ii. Un coup d'arrêt à la politique de protection du dirigeant 328
b. Le risque d'une focalisation exagérée 330
i. Atteindre la figure du dirigeant 330
ii. Atteindre la conscience du dirigeant 332
B. La relativisation des paravents à la responsabilité pénale par la compliance 333
1. Le compliance officer comme fusible ? 333

a. Le compliance officer comme adjuvant : un cheval de trait ? 334
i. Un disjoncteur impossible 334
ii. Un complice improbable 334
b. Le compliance officer comme dirigeant : un cheval de Troie ? 336
i. L'ambiguïté de son statut 336
ii. L'ubiquité de son statut 337
2. La délégation de pouvoirs comme dérivatif ? 337
a. Une soupape de responsabilité pénale bienvenue 338
i. Le régime prétorien de la délégation de pouvoir 338
ii. Le cas particulier de la délégation au compliance officer 338
b. Une extension de la responsabilité de la personne morale en contrepartie 339
i. L'extension éprouvée de la responsabilité via le délégataire 339
ii. L'externalisation réprouvée de la responsabilité via le prestataire 340
3. Le « rogue-employee » comme excuse ? 341
a. Le transfert de la faute sur les employés 342
i. La compliance comme individualisation des fautes 342
ii. L'enquête interne comme inculpation des individus 343
b. La désignation de boucs émissaires 345
i. La tentation du lampiste 345
ii. Vers un fusillé pour l'exemple ? 346
Conclusion de la section 347
CONCLUSION DU CHAPITRE : 347
CHAPITRE 2 : MUTATION DE LA RESPONSABILISATION : LA SANCTION PAR LE MARCHE 349
A. Le marché de l'autorité : la transaction CJIP 352
1. Une primauté du paradigme de marché sur le paradigme pénal : une transaction vénale ? 353
a. La négociation confirmée comme moyen 354
i. Une négociation du principe de la CJIP malgré les textes 354
ii. Une négociation du contenu de la CJIP au-delà des textes 357
iii. Une négociation des modalités de la CJIP au-delà de son texte 359
b. La prévisibilité érigée en principe 361
i. De la flexibilité à l'imprévisibilité 362
ii. De l'amende adhoc à un barème public harmonisé 364
iii. De la césure pénale au maintien du lien 365
c. L'intérêt consacré comme fin 367
i. L'intérêt privé 367
ii. L'intérêt public 369
iii. L'intérêt du service public 371
2. Une persistance hésitante des attributs de la justice pénale 374
a. L'avenir ambigu d'une sanction contenue 374
i. Une sanction pénale limitée mais pas minorée 374
ii. Une persistance hésitante de la procédure 377
iii. Le renfort impératif d'une publicité jusqu'alors sourde 380
b. La survivance fragmentaire des droits des parties 384
i. La personne morale, départie de ses droits ? 384
ii. L'éclatement de la notion de victime 385
iii. Le dirigeant face à une enquête forte et une CRPC faible 387
c. Le rôle embarrassant d'un juge superfétatoire 389
i. Rendu nécessaire par principe 390
ii. Tenu à l'écart par pragmatisme 391
iii. L'incarnation du juge 392
Conclusion intermédiaire : 393
B. L'autorité du marché : la réputation 395
1. La réputation, par la compliance pénale, au service d'une entreprise assainie 396
a. L'intégration de la compliance dans la perspective des affaires 397
i. La valorisation de la compliance par le marché 397
ii. L'anticipation chère aux affaires par la réputation 398
b. La protection de l'actif réputationnel par la compliance 399
i. La compliance, contrôle par l'entreprise de sa réputation pénale 399
ii. La compliance, révélateur de l'intention propre à l'entreprise 401
2. La réputation, par la compliance pénale, au service d'une société vigilante 403
a. L'utilisation de la réputation par la compliance pénale 403
i. Le renforcement de la sanction par le name & shame 403
ii. La réputation comme garantie morale prévenant l'abus de droit 405

iii. La compliance comme confiance dans le droit 406
b. La décentralisation des missions du droit pénal par le marché 407
i. L'opinion publique comme tiers remplaçant l'État 407
ii. L'information du marché comme police des manquements 409
iii. La réputation comme manifestation des valeurs protégées 410
Conclusion de la section : *412*

BIBLIOGRAPHIE 421

DICTIONNAIRES 421
OUVRAGES GENERAUX 421
OUVRAGES SPECIAUX 421
ARTICLES ET CHAPITRES D'OUVRAGE 425
COLLOQUES, RAPPORTS, GUIDES 456
PRESSE 457

Résumé :

En ramenant la symbolique de la justice au croquis d'une balance à plateaux, dépourvu tant de la figure personnifiée de Thémis que de l'autorité du glaive, le nouveau tribunal judiciaire de Paris offre une illustration de cette mutation de la responsabilité pénale que la compliance opère. Depuis la loi Sapin 2 jusqu'à la proposition de directive européenne anticorruption en passant par d'importants arrêts de la chambre criminelle, la "compliance pénale" témoigne de ce qu'elle n'est réductible ni à des plans de conformité, ni à une voie d'exécution du droit répressif, mais qu'elle commande une mutation plus substantielle de la responsabilité des entreprises et de leurs dirigeants. La recherche d'effectivité d'une lutte anticorruption trop longtemps négligée conduit à reléguer un certain positivisme légaliste pour associer à l'observation de l'ordre public les agents économiques et plus largement les mécanismes de marché, dans une répression mieux contrôlée. De l'hybridation normative à la convention judiciaire d'intérêt public, c'est ainsi toute la chaîne d'application de la responsabilité pénale qui perd de sa verticalité traditionnelle au nom de la responsabilisation. Parallèlement à cette horizontalisation, les responsabilités mises à la charge des entreprises comme de leurs dirigeants explosent : il s'agira de les rationaliser, sans occulter qu'une responsabilité pénale directe des personnes morales émerge. C'est finalement le marché lui-même qui paraîtra investi d'une mission pénale : en organisant une information révélée, certifiée et diffusée, la compliance pourrait en effet restaurer toute la portée énonciatrice de la sanction en droit pénal des affaires.

Descripteurs :

Responsabilité pénale, *Compliance*, *Conformité*, *Entreprises*, *Dirigeants*, *Risque pénal*, *Conventions judiciaires d'intérêt public (Cjip)*, *Réputation*, *Système*, *Marché*, *Parquet national financier (Pnf)*, *Compliance officer*

Title and Abstract : Changes in the criminal liability of companies and their executives under the influence of compliance

By turning the symbol of justice into the sketch of a balance, deprived of both the personified figure of Themis and the authority of the sword, the new Paris Tribunal offers an illustration of the transformation of criminal liability that compliance brings on. From the Sapin 2 Law to the proposal for a European anti-corruption directive, not to mention important decisions by the Chambre Criminelle, the "criminal compliance" demonstrates that it can be confined neither to compliance programmes nor to a procedure of law enforcement, but that it brings a more substantial change in the criminal liability of companies and their directors. The search for effectiveness in the fight against corruption, which has been neglected for too long, is leading us to relegate a legalistic positivism and instead associate the economic actors and, more broadly, the market mechanisms with the observance of public order, in a better controlled repression. From normative hybridism to the criminal agreement CJIP, the entire criminal responsibility chain is losing its traditional verticality in the name of accountability. Alongside this horizontalisation, the responsibilities of companies and their directors are mushrooming : they need to be rationalised, without ignoring the emergence of a direct criminal liability of legal persons. Ultimately, the market itself will appear to be invested with a penal mission : by organising information that is disclosed, certified and circulated, compliance could in fact restore the full declarative dimension of sanctions in criminal business law.

Keywords :

Criminal liability, *Compliance*, *Regulation*, *Corporate*, *Managers*, *Criminal risk*, *Deferred prosecution agreement (Dpa)*, *Reputation*, *System*, *Market*, *National Financial Prosecutor's Office*, *Compliance officer*