

## L' « ENFORCEMENT » PAR LA COOPÉRATION

### La stratégie des autorités de régulation américaines envers les entreprises globales

(Groupe de travail *ConventionS/Skadden*, réunion du 17 janvier 2013)

Les entreprises du monde entier sont confrontées à une pratique inédite de la part des autorités<sup>1</sup> américaines telles que les agences de régulation comme l'*Office of Foreign Asset Control* (OFAC) ou la *Securities & Exchange Commission* (SEC), relayées par l'administration elle-même comme le *Department of Justice* (DOJ). Avant d'entrer dans le détail de la pratique, il faut dire un mot sur Celle-ci consiste, dès le début d'une suspicion de fraude pesant à son encontre, à lui proposer, contre l'abandon des poursuites, une transaction au terme de laquelle elle s'engage à prendre en charge les frais d'enquête, à en faire valider les résultats, à s'acquitter d'une amende négociée et à accepter la nomination d'un contrôleur interne (*monitor*). La nouveauté et la généralisation de cette pratique invitent non seulement les entreprises mais aussi le barreau, les pouvoirs publics et les institutions européennes à réagir : non pas nécessairement pour la contrer, car elle n'est pas sans mérites, mais pour ne pas rester passifs devant ce qui apparaît comme un nouveau mode de régulation juridique de la mondialisation économique. Pour cela, il faut saisir la cohérence implicite de ces pratiques, qui sont d'une redoutable efficacité. Ce travail est également nécessaire pour mieux comprendre le « droit global », tant sa signification excède le périmètre technique de la corruption ou des sanctions économiques. Nombre de traits se retrouvent dans des domaines aussi éloignés que la lutte contre le terrorisme ou la justice transitionnelle après des crimes de masse. Ce n'est ni plus ni moins qu'une nouvelle manière de gouverner qui se met en place, et qui passe par un nouvel usage de la puissance, plus indirect, où les intérêts propres à la puissance américaine et la moralisation des affaires se côtoient jusqu'à se confondre. Mais n'anticipons pas et commençons par décrire le mécanisme à partir d'un cas emblématique : l'affaire Siemens.

#### Un cas d'école : l'affaire Siemens

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

Le 15 décembre 2008, une cour fédérale de Washington donnait son accord pour une double amende transactionnelle entre le DOJ et la SEC pour un montant total de 800

---

<sup>1</sup> Aux Etats-Unis, le terme d'*authorities* désigne aussi bien les autorités de régulation proprement dites (comme la SEC ou OFAC) que le procureur fédéral, le *Department of Justice* ou le *government*. Comme on le sait, la notion d'État n'existe pas nommément dans la culture américaine, où le terme est réservé à d'autres (et notamment aux dictatures et aux ennemis de l'Amérique). Cela explique, entre autres, l'attachement profond au fédéralisme. Dans le discours politique, cette aversion profonde d'une partie importante de l'Amérique pour ce que nous appelons l'Etat est surtout l'apanage des ultra-conservateurs ou des ultra-libéraux pour qui seuls l'autorégulation et la conformité volontaire et intégrée par chacun aux codes sociaux reconnus de tous, vaut règle de droit. Mais en réalité, lorsque l'on parle de ces autorités américaines, il s'agit bien de l'Etat au sens où nous l'entendons en France.

millions de dollars (sans toutefois viser explicitement la qualification de corruption pour ne pas pénaliser l'entreprise dans certains appels d'offre internationaux). La compagnie allemande annonça le même jour qu'elle paierait 395 millions d'euros aux autorités allemandes, en plus des 201 millions d'euros déjà payés à un tribunal de Munich. Elle avait néanmoins échappé à une pénalité que le DOJ évaluait à 2,7 milliards de dollars.

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

### **Whistleblowing, NPA, settlement et monitor : un nouveau dispositif de contrôle du business global**

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

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

Dès qu'une suspicion se confirme à l'encontre d'une entreprise - et quel que soit son siège dans le monde, à partir du moment où elle est cotée à la bourse américaine ou qu'elle a des intérêts commerciaux importants aux États-Unis - celle-ci se voit proposer par les autorités américaines de signer un *tolling agreement* c'est-à-dire un document dans lequel l'entreprise va littéralement « lever les barrières », c'est-à-dire, en pratique, renoncer à se prévaloir d'un certain nombre de garanties légales. Le DOJ lui demande de renoncer à se prévaloir de la prescription en échange d'une levée des *subpoenas*<sup>2</sup>. La volonté de coopérer doit se concrétiser par l'engagement de faire pratiquer des enquêtes internes par des tiers indépendants (qui sont en pratique des avocats). Ces enquêtes n'ont pas de limites fixes au départ, ni dans l'objet, ni dans le temps, ni dans l'espace : ainsi, il est toujours possible d'étendre l'enquête à de nouvelles branches d'activités, d'allonger le nombre des années sur lesquelles porteront les recherches ou d'élargir le nombre de pays à examiner. De surcroît, il est possible de constituer une *task force* regroupant plusieurs organes d'enquêtes (la SEC, le FBI<sup>3</sup>, l'IRS<sup>4</sup>, l'OFAC) qui s'avère redoutablement efficace en croisant des compétences très pointues en droit fiscal, en comptabilité ou en droit pénal. D'autant que les mêmes faits peuvent donner lieu aussi bien à des poursuites pénales, à une action civile ou à un redressement fiscal. Dans une affaire de corruption, le DOJ peut récupérer trois types de sommes : il peut, tout d'abord, ordonner la confiscation des profits illicites (et il est parfois très difficile de calculer la marge) ; il peut, ensuite, exiger la condamnation à une somme équivalente aux sommes engagées pour corrompre ; enfin, il peut prononcer une amende. On imagine aisément que chaque montant donnera lieu à des divergences d'estimation.

Tout cela ne serait pas possible sans un arsenal législatif qui le permet, à commencer par le *Foreign Corruptive Practices Act* (FCPA) qui a été précédé et suivi par des multiples

---

<sup>2</sup> La procédure de la *subpoena* s'apparente à une sorte d'astreinte pénale qui pèse sur un inculpé pour le contraindre à se soumettre aux actes d'enquête.

<sup>3</sup> *Federal Bureau of Investigations*

<sup>4</sup> *Internal Revenue Service*

autres textes comme la loi RICO<sup>5</sup>, votée pour lutter contre la mafia qui avait suivi l'émigration sicilienne aux États-Unis, qui permet de tripler les dommages et intérêts.

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

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

## L'inadaptation du droit « classique » aux défis du marché global

Un des éléments-clé de cette nouvelle approche de la conformité est la proposition - l'obligation de fait - à l'entreprise de procéder elle-même, ou de faire procéder, à une ou plusieurs enquêtes internes afin de déterminer si, et dans quelle proportions, ont bien eu lieu en son sein des manquements aux obligations dont l'autorité à la charge de la supervision ou de la sanction. La société concernée va devoir faire une première analyse assez générale pour lui permettre de proposer à l'autorité concernée une méthodologie et un périmètre d'investigation. Trop étroits, ces éléments seront considérés par l'autorité comme indicatifs de mauvaise foi ou de non professionnalisme de la part de l'entreprise, ce qui revient à peu près au même. D'un autre côté, plus large sera la vérification, plus longue et coûteuse en termes de ressources de l'entreprise et de frais et honoraires de prestataires elle sera.

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

Les entreprises souhaitent être fixées le plus rapidement possible sur leur sort, or cette exigence de célérité n'est pas perçue par l'institution judiciaire. Une entreprise ne peut se permettre d'être soumise au temps « impérial » de la justice, sur l'agenda de laquelle elle n'a aucune prise, et qui se montre insensible aux pertes importantes que peut engendrer cette incertitude. Même si le coût des enquêtes internes est très élevé, car nécessitant de nombreux avocats expérimentés pour effectuer des centaines d'entretiens, il doit être estimé par rapport à celui d'une enquête qui peut durer une dizaine d'années et porter un préjudice considérable à la réputation de la marque. L'intervention de la justice étatique a pour effet de largement déposséder les entreprises de leur sort en les plaçant dans une attitude défensive. Ce n'est pas également vrai dans tous les pays, mais si l'on prend le cas

---

<sup>5</sup> *Racketeer Influenced and Corrupt Organizations Act*

de la France, une fois qu'une instruction est ouverte, il est très difficile de l'arrêter : ni les parties, ni le parquet qui l'a initiée, ni même le juge d'instruction.

Avec le dispositif du FCPA, les entreprises ont un interlocuteur unique et, surtout, plénipotentiaire. C'est assez rare, tout d'abord parce que tous les systèmes ne disposent pas d'un procureur à la fois indépendant (c'est une qualité essentielle aux yeux des Américains, même s'il est encadré par de *guidelines* très strictes), compétent (et, notamment, sensible aux exigences de la vie économique) et central, pour envisager toutes les facettes de l'affaire (ce qui n'est pas le cas non plus en France puisque la fonction est éclatée entre l'AMF et le procureur de la République). Ces accords sont aussi relativement rares pour des raisons de culture, et pas uniquement de procédure. Le sens et la perception de la transaction diffèrent d'un pays à l'autre ; en France, toute transaction est vite suspectée de cacher une privatisation de la justice (en raison notamment d'un autre rapport à l'argent et à l'autorité). Jusqu'à une époque récente, on ne négociait pas avec l'autorité, ou, du moins, pas en matière pénale et encore moins avec un juge d'instruction. C'est un peu moins vrai aujourd'hui du fait de l'introduction de la CRPC<sup>6</sup>. Les avocats français, de leur côté, sont mal à l'aise avec cette nouvelle perspective : ils estiment que leur rôle n'est ni de faire des enquêtes (pas plus que de participer activement à la recherche de la vérité), ni de collaborer avec les autorités (peut-être parce que la fluidité entre professionnels du droit est moins grande qu'aux Etats-Unis) ; ils se cantonnent dans une stricte attitude de défense au sens traditionnel.

### **L'avantage comparatif des enquêtes internes**

En outre, l'enquête policière aurait dû emprunter les voies classiques de l'entraide internationale et des commissions rogatoires internationales, ce qui interdisait de conclure une enquête transnationale de cette ampleur en un temps aussi bref. On sait, en effet, que les services de police n'apportent pas la même diligence à des demandes d'enquête venant de l'étranger, et que, ne disposant pas de tout le dossier, ces auditions sont moins productives. Il est à craindre, enfin, que des policiers non-spécialisés n'aient pas la culture nécessaire pour effectuer de manière satisfaisante ce type d'investigations. Tous les pays, enfin, ne partagent la même sensibilité aux problèmes de la corruption (et dans certains la police elle-même est gangrénée par la corruption).

Pour éviter d'être dépendant des policiers généralistes, à la compétence et à l'éthique si disparates, ces enquêtes sont confiées à des *law firms*. Elles ont pour elles d'être par nature transfrontalières, de partager une même culture, gage d'unité, de bien connaître l'entreprise et de partager avec leurs clients le même rapport au temps accéléré de la mondialisation. Les avocats bénéficient en outre d'un certain savoir faire en matière d'interrogatoire et de contre-interrogatoire, que n'ont pas tous les avocats de culture continentale (encore que l'interrogatoire d'enquête est très différent). Enfin, ces *law firms* sont, pour leur immense majorité, américaines ou culturellement américaines : elles communiquent en anglais, partagent les mêmes codes sociaux et les mêmes représentations du monde. Les agents de la SEC ou de l'OFAC viennent du barreau et retourneront ensuite pour la plupart dans des *law firms*, notamment pour pratiquer les enquêtes qu'ils ont prescrites quand ils étaient de l'autre côté.

Les *law firms*, comme leur nom l'indique, sont des « entreprises de droit », et n'ont plus rien à voir avec des institutions publiques comme la police ou la justice. Elles mélangent

---

<sup>6</sup> Comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité

en elles-mêmes le dynamisme et la réactivité de l'entreprise – prise comme forme d'organisation politique orientée à un seul but maximiser ses intérêts -, et la distance et l'impartialité que requiert l'application du droit. Non seulement le marché et l'impartialité du tiers de justice ne sont plus opposés dans ce modèle, mais, au contraire, ils sont devenus complémentaires : la fonction tierce est le marché lui-même (du moins le pensent-ils, on verra que c'est plus compliqué). Elles sont à la fois dans le marché et prétendent remplir une fonction tierce qui était autrefois exclusivement associée aux pouvoirs publics.

On assiste ainsi à une unification culturelle très en amont, dans la manière même de recueillir les éléments de preuve. Avec cette nouvelle manière de faire on reste entre soi, ce qui montre comment concrètement se réalise la mondialisation : par la création d'une culture commune. Ces *law firms* sont en effet composées de gens culturellement très homogènes: ils sont passés par les mêmes universités, sont familiers à une forme de management, partagent une même approche du droit et parlent le même langage. Cela illustre le rôle du *clubbing* dans la construction d'une mondialisation plus coordonnée : la réduction de la diversité du monde par une mise en contact des hommes ; mécanisme qui se retrouve dans d'autres domaines comme les droits de l'homme, la responsabilité sociale des entreprises (RSE) ou l'environnement.

L'enquête interne est réalisée par de grands cabinets américains (peu d'autres cabinets sont en mesure de les réaliser aujourd'hui) qui jouent tous les rôles puisqu'à la fois ils défendent leurs clients, constituent des class actions pour accuser et enquêtent. Au risque de se trouver à la limite du conflit d'intérêt car ces enquêtes sont sans réel enjeu pour eux (ils ne risquent pas de perdre leur procès !) et qu'ils ont intérêt à faire trainer... C'est la raison pour laquelle les enquêtes sont suspectées par certains de n'offrir ni les mêmes garanties d'impartialité (et notamment parce que les *law firms* sont payées par l'entreprise sous enquête), ni le même niveau de garantie des droits qu'une enquête policière sous le contrôle direct d'un juge. Une telle résistance s'explique par des perceptions très différentes de l'éthique de part et d'autre de l'Atlantique ; nombre de professionnels du droit français ont du mal à croire qu'un enquêteur payé par une entreprise puisse être véritablement indépendant (ils ont la même difficulté avec les *experts witness*, c'est-à-dire les experts payés par chaque partie, dans le procès américain). De la même manière, le *monitor* serait pris dans un conflit de loyauté entre son mandant et l'entreprise. Dans la mentalité romano-canonique, le modèle de l'enquête est intimement lié au pouvoir<sup>7</sup>. Or, dans le système global qui se met en place, c'est bien le modèle de l'enquête qui triomphe (et non le modèle accusatoire de la *discovery*) cependant que l'enquête ne semble plus liée à aucun pouvoir centralisé.

Cette culture globale est, on le voit, très marquée par la culture américaine mais ne peut cependant être réduite à cela. Le débat n'oppose pas les Etats-Unis au reste du monde, mais confronte perception classique du droit à une nouvelle culture globale, beaucoup plus proche des réalités économiques.

### **Une gouvernementalité par le marché**

La recherche d'un accord avec les agences américaines est ainsi forcée par la lenteur des institutions nationales, leur manque de compréhension des enjeux du commerce et par l'effet de dépossession qu'elles opèrent. Mais ce n'est pas tout : quelque soit leur bonne

---

<sup>7</sup> Voir sur ce point : Mirjan R. Damaska, *The Faces of Justice and State Authority. A Comparative Approach to the Legal Process*, 1986, Yale University Press, New Haven, 1986.

volonté, leur diligence, leur expérience et leur coordination, les juges semblent condamnés à n'être que des suiveurs dans la matière. Ils sont dépassés car le droit qu'ils appliquent paraît suranné, parce que leur respect pour des valeurs extra-économiques semble contreproductif, parce que leur conception de la justice est antiéconomique, en bref : parce qu'ils sont trop éloignés du marché.

Ce n'est donc pas seulement une question d'éparpillement géographique, de décalage temporel ou de diversité culturelle : ce sont les postulats mêmes du droit classique qui sont invalidés, ceux d'un droit trop politique, trop lié à un pouvoir politique, trop symbolique, qui se veut indépendant de l'économie. C'est dire si l'écart est profond : c'est tout un modèle de droit qui est subitement obsolète. On constate la même inadaptation du droit interne pour la lutte contre le terrorisme<sup>8</sup> et pour la justice des crimes contre l'humanité,<sup>9</sup> qui vont chacune secréter des droits dérogatoires.

Nous sommes en train de passer d'un système classique, c'est-à-dire triangulaire dans lequel le législateur vote la loi, le juge l'interprète et ordonne son application et le justiciable s'y conforme, sauf à y être contraint par la force publique, à un nouveau système de "régulation intégrée" dans lequel des autorités de régulation (principalement en matière économique mais pas uniquement car la même logique gagne la société dans son ensemble), conçoivent et édictent des normes, généralement, mais pas seulement, sur le fondement de textes de lois qui leur donnent des orientations et/ou les autorisent expressément à créer leurs propres normes.

Ce système, qui se met ainsi en place sans jamais s'annoncer, n'est pas entièrement nouveau tant il est empreint de culture américaine. Mais son application aux relations économiques transnationales lui confère une stature inédite qui ne peut être réduite à une pure et simple américanisation. Il est alimenté par une double source d'énergie : la première émane du pouvoir américain qui y trouve une manière d'étendre son emprise à moindre coût, l'autre réside dans les entreprises elles-mêmes qui sont heureuses de trouver un interlocuteur, certes dur mais sensible à leur préoccupations.

Le scénario mis en place les agences américaines doit être ainsi interprété comme un *dispositif*, et non pas seulement comme une procédure. Quelle différence ? Alors que celle-ci ne ressort que du droit, celui-là doit être considéré comme un nouvel art de gouverner dans le contexte inédit de la globalisation, une forme de gouvernementalité<sup>10</sup> dirait Michel Foucault. Ce mode de gouvernement ébranle les trois piliers sur lesquels reposait le paradigme juridique ancien, à savoir la souveraineté de l'État tout d'abord, l'autorité du droit ensuite (*the rule of law*), et enfin le territoire sur lequel elles s'exerçaient. D'un gouvernement direct par le droit sur un territoire et une population donnés, ces nouvelles pratiques américaines inaugurent un nouveau type de gouvernement, indirect puisque s'appuyant moins sur les mécanismes juridiques que sur les exigences économiques, déterritorialisé car s'appliquant à des opérations commerciales globales, et universel car s'adressant de la même manière aux entreprises, qu'elles soient américaines ou non.

---

<sup>8</sup> Voir à ce sujet Antoine Garapon : "The Oak and the Reed: Counter-Terrorism Mechanisms in France and the United-States", *Cardozo Law Review*, Vol 27, 5, March 2006.

<sup>9</sup> Comme en témoigne l'exemple du jugement du général Magnus Malan en Afrique du Sud.

<sup>10</sup> La gouvernementalité peut se définir comme la méthode de gouvernement par opposition à l'idéologie qui est son discours explicite. Elle renvoie au projet implicite, la cohérence de l'ensemble et la raison sur laquelle s'appuient les règles de droit,

Par ce dispositif, les autorités américaines tentent de remédier au décalage créé par la mondialisation, entre un marché déterritorialisé et des États régulateurs qui ne le sont pas (et ne le seront jamais sauf peut-être les États-Unis). Marché et État ne sont pas des formes homogènes ; et ne se sont superposés qu'occasionnellement dans l'histoire. Le modèle classique – celui du droit international aussi bien public que privé - ne valait que lorsque les marchés étaient territorialisés, donc fragmentés, et qu'ils restaient largement dépendants des États. L'État était censé contrôler politiquement son marché et l'encadrer juridiquement. Mais à présent les marchés sont défragmentés jusqu'à constituer un seul et même marché, par le biais de la finance. Le marché devient trop puissant, et il tend à se mettre hors de portée du droit qui reste national et territorialisé ; d'où la nouveauté de cette stratégie américaine qui s'appuie directement sur le marché. Elle le fait de deux manières : en exploitant tout d'abord la *force* du marché réel, mondialisé, en brandissant la menace d'une ostracisation mortelle à brève échéance, et en puisant ensuite son modèle dans le marché, mais entendu cette fois comme *forme d'organisation de la coexistence humaine* (mise en concurrence des hommes, réduction de l'homme à ses intérêts, sollicitation de la capacité de calcul et sanction automatique) ; un marché sans marché en quelque sorte, ou, pour reprendre l'expression de Foucault, un marché devenu une « instance de vérédiction »<sup>11</sup>. La pratique des agences américaines est un excellent révélateur de ce que devient le droit dans un ère où l'économie est devenue le dernier discours de vérité.

## **D'un gouvernement direct par la loi à un gouvernement indirect par le contrôle des relations**

Pour saisir l'originalité de cette pratique des autorités américaines, il faut d'abord prêter attention à ce qu'elles ne font pas : en l'occurrence mettre en œuvre la Convention de La Haye de 1980<sup>12</sup>, pourtant applicable, qui demande de passer par les autorités judiciaires territorialement compétentes. Les agences américaines traitent comme une entreprise américaine toute entreprise étrangère dès qu'elle est cotée sur le marché américain, en ignorant les critères d'extranéité. Cette pratique est sous-tendue en effet par l'idée que si une entreprise profite du marché américain, elle doit en accepter les servitudes. Il serait anormal, voire anti-concurrentiel, qu'elle ne soit pas soumise aux mêmes contraintes que les entreprises américaines.

Cette extension de la juridiction américaine est quasi-automatique, à tel point qu'elle se fait parfois à l'insu parfois des dites entreprises. Ce mécanisme inclusif est si puissant que, par exemple, lorsque des États voudront faire valoir leurs intérêts, ils n'emprunteront pas la voie diplomatique traditionnelle mais s'associeront à des actions pendantes devant la Cour suprême comme dans l'affaire *Morisson*<sup>13</sup>. La qualité d'étranger s'est déplacée : elle ne se définit plus par rapport à l'État mais par rapport au forum juridique global : il y a les *in* et les *out*, ceux qui sont dedans et les autres.

---

<sup>11</sup> Michel Foucault, *Naissance de la biopolitique. Cours au Collège de France. 1978-1979*, Edition établie sous la direction de François Ewald et Alessandro Fontana, par Michel Senellart, Collec. « Hautes Etudes », Paris, Gallimard/Seuil, 2004, p. 33.

<sup>12</sup> Convention de La Haye sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile et commerciale du 18 mars 1970.

<sup>13</sup> Qu'ils se rassurent néanmoins : c'est également la voie qu'emprunte le gouvernement fédéral lui-même.

Les autorités américaines combinent ainsi leur statut international classique avec leur stature économique. Les États-Unis se comportent indissociablement comme pouvoir de droit et comme puissance de fait. Ils mélangent les formes du droit et la force de la richesse. Le droit est certes présent mais il se tient sur le seuil pour laisser entrer l'économie, ce qui condamne à envisager ces deux plans ensemble.

Tout autre pays exerçant une telle pression sur des entreprises multinationales risquerait de faire fuir les investisseurs. Qui peut se le permettre ? La Chine, peut-être, mais si elle dispose des forces économiques, les convictions juridiques lui font défaut. Le succès de cette pratique tient donc à la taille et à la place de l'économie américaine, qui obligent à prendre au sérieux ses menaces, alliées à une vision de la globalisation. Seul le pays le plus puissant peut le faire sans risquer d'être pénalisé pour sa volonté d'ordre.

### **D'un contrôle politique des États sur leurs territoires à un contrôle des relations par le plus puissant**

Puisque le marché global est à ce point intégré, il faut imaginer une régulation la moins tributaire possible des frontières. Mais où trouver le support du droit si le territoire fait défection ? Dans les *relations* constituant la texture du droit global ; et tous les types de relation : relations internes à l'entreprise, relations des entreprises entre elles, entre les entreprises et les autorités américaines, ou, enfin, dans les relations entre les consommateurs (ou, plus généralement, l'opinion publique) et ces grandes entreprises (ce sera le support de la RSE).

Les rapports globalisés ne sont plus « triangulés » par les États selon les territoires, mais envisagés comme une relation entre des entités calculantes (États, entreprises, ONG, groupes de pression). C'est donc à partir des individus, et par les individus – et non par les États – que va s'échafauder la régulation ; aucune instance ne s'interpose entre les sources de régulation et les individus régulés.

Cette nouvelle approche met dans le même panier personnes physiques et personnes morales, car elle sollicite ce qu'elles ont en commun : le moteur de l'intérêt, l'aptitude au calcul et la capacité stratégique. Cette technique de gouvernement est indirecte en ce qu'elle prend pour relai la capacité de calcul des individus. Elle consiste à les mettre en position de faire des choix rationnels, économiquement valides, qui protègent leurs intérêts et maximise leurs profits. C'est ainsi qu'il sera possible d'anticiper leurs décisions et donc d'agir dessus.

En se concentrant sur la relation d'intérêt, elle dépersonnalise le sujet et désocialise l'entreprise. Le point d'appui de ce nouveau mode de gouvernement est l'individu-entrepreneur, et non plus le sujet politique comme dans le modèle « classique ». Ce n'est plus la volonté qui devient la cible des politiques, comme dans la gouvernamentalité précédente, qui reposait sur la loi et le contrat social, mais le calcul qui est supposé être beaucoup plus universalisable. Cette conception de la liberté est typiquement néolibérale car elle se limite à la faculté de faire des choix rationnels mais ne s'étend pas à la liberté de s'opposer, de s'affirmer contre le système éventuellement, de contester l'interprétation de la loi.



### **L'insécurisation de la relation par la génération d'un risque-dénonciation**

Le marché est un monde qui ne répond plus qu'aux risques, où tout, jusqu'à la loi pénale, est assimilé à un risque<sup>14</sup> ? Le droit va renforcer artificiellement le risque d'être dénoncé. C'est ce qu'illustrent aussi bien la procédure de clémence, qui donne une prime à celui qui dénonce le premier, que le *whistleblowing*, que le *Dodd-Frank Act* a rendu plus attractif par une puissante incitation financière. Un même mécanisme, qui s'applique aussi bien à l'entreprise (*clemency*) qu'à l'individu (*whistleblowing*), a pour effet de créer un risque pénal, ou réglementaire, à l'intérieur des relations traditionnellement nouées par la confiance comme celles du commerce ou du lien de subordination du travail, ce qui les précarise en quelque sorte. Alors que le droit classique conférait des statuts en leur garantissant une certaine protection<sup>15</sup>, cette approche n'a de cesse, au contraire, d'*insécuriser* toutes les relations en renchérissant sur elles. Alors que ces relations étaient justifiées par le profit ou le salaire, la loi propose un surprofit ou un substantiel complément de rémunération. Le reste est affaire de calcul. La clé de ce nouvel art de gouverner est de faire converger l'intérêt et le calcul.

Ainsi est institué un contrôle à 180 degrés où les contrôleurs se trouvent aussi bien au dessus, dans les autorités étatiques, mais aussi sur le plan horizontal parmi ses pairs (clémence) et au niveau inférieur par ses subordonnés (*whistleblowing*). Ce contrôle peut-être exercé par des coquins<sup>16</sup>, d'anciens complices que l'appât du gain a retourné, peu importe : seul le résultat compte. À la différence de l'univers juridique soucieux de l'intention, le monde économique est un monde *objectif*.

### **Utiliser les mêmes armes que l'adversaire**

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

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

L'incitation offerte par l'Etat à des personnes physiques ou morales ayant commis des infractions, de se voir accorder une certaine clémence en échange d'informations permettant d'incriminer d'autres personnes délinquantes, a toujours été pratiquée aux

<sup>14</sup> C'est le tournant pris par Gary Becker qui ne considère plus le droit pénal comme l'ensemble des actes punis par la loi mais toute action qui fait courir à un individu le risque d'être condamné à une peine.

<sup>15</sup> Voir à ce sujet Frédéric Gros, *Le principe sécurité*, Paris, Gallimard, 2012, p.

<sup>16</sup> Comme le cas récent d'un whistleblower qui a été largement rémunéré alors qu'il avait été au préalable incarcéré pour des faits connexes.

États-Unis. En revanche, la rationalisation et la mise en œuvre de façon quasi-systématique de l'incitation à la délation sur des fondements légaux, c'est-à-dire prévus par la loi, en matière d'infractions économiques, sont plus récentes<sup>17</sup>. La logique est simple et implacable : l'État a besoin de savoir qui viole la règle pour pouvoir sanctionner les fautifs et faire régner l'ordre. L'entreprise qui sera la première à dénoncer le comportement de ses acolytes sera donc privilégiée dans le traitement de l'infraction et des sanctions afin d'inciter toute partie prenante à une violation collective de la règle à la révéler à l'Etat. Dès lors, un simple raisonnement économique conduira de nombreuses entreprises à aller à Canossa plutôt que de risquer une amende d'un montant très largement supérieur. On voit déjà ici la logique économique qui prévaut. En échange de la dénonciation, le repentir se voit accorder une diminution de peine. Celle-ci n'étant que pécuniaire, c'est donc bien un avantage financier qui est accordé à l'entreprise fautive (sous forme d'une réduction des charges) en contrepartie de l'information. La question qui se pose est de savoir l'usage que fait l'État de cette information. Comme on le verra, on peut tout aussi bien soutenir que c'est dans le but vertueux de sanctionner les coupables et de faire triompher le droit, ou qu'il ne s'agit, en réalité, que d'obtenir le plus grand nombre de transactions, et donc de récupérer le plus d'argent possible.

En apparence, tout le monde y gagne. Moins de procès, moins de publicité, une conformité accrue... Mais à supposer que ces avantages soient acquis, ce qui est très loin d'être le cas si on les mesure objectivement, cette nouvelle conception de la régulation pose d'autres problèmes auxquels peu de réflexions ont été apportées jusqu'ici.

Cette bonne opération s'explique certes par des impératifs budgétaires mais elle trouve aussi sa justification dans le défi que constituent ces nouvelles formes d'illégalismes. La criminalité organisée n'est certes pas nouvelle, pas plus que ne l'est la subversion politique, mais la mondialisation leur accorde une prime en raison de leur souplesse intrinsèque et de leur aptitude à se coordonner de manière secrète (ce qui sera combattu par un surcroît de transparence). L'ouverture des marchés a profité aux entreprises qui sont devenues de véritables mastodontes dont la taille atteint celle de certains États. Cette puissance financière est convertible en intelligence juridique. Le dernier rapport de l'OCDE sur la situation en France<sup>18</sup> montre que les techniques de corruption se sont sophistiquées et qu'il devient de plus en plus difficile de les détecter avec des moyens publics. Si un montage financier est le fruit de 100 heures de travail de juristes très qualifiés, comment un parquet pourra-t-il le « percer » entre mille autres dossiers, en n'ayant que quelques heures à lui consacrer ? L'arithmétique parle d'elle-même...

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

Les États n'ont plus les mêmes moyens de savoir ce qui se passe sur leur territoire et encore moins dans le monde. Les méthodes dont il disposait jusqu'ici – notamment

---

<sup>17</sup> Une telle extension est peut-être née de la poursuite des ententes illicites en droit de la concurrence ; ce point serait à vérifier.

<sup>18</sup> Rapport de phase 3 sur la mise en œuvre par la France de la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, 23 Octobre 2012.

l'enquête classique – peuvent atteindre des coûts exorbitants pour des résultats modestes. Cette difficulté est accrue par le type de délits que combat ce nouveau dispositif : la corruption, les ententes illicites ou le délit d'initié. Ces infractions sont particulièrement difficiles à prouver car elles ne violent pas le droit frontalement mais elles le faussent. Elles mettent en échec non seulement l'ordre public, mais aussi le droit lui-même. La corruption est un crime contre la possibilité même du droit, comme l'entente illicite ou le délit d'initié réduisent à néant la concurrence elle-même, qui est le cœur du marché. Elles ont en commun de faire primer la relation sur la règle.

En choisissant de se situer sur le plan de la relation, les autorités américaines se situent sur le même registre que celui où le mal se produit. Leur action s'efforce de ressembler le plus possible à celles de leurs adversaires,<sup>19</sup> pour les contrarier mais en adoptant le même langage. Le monde est désormais exclusivement mû par l'intérêt ? Elles renchérissent la prime. Le péril vient d'ententes illicites ? Elles tentent de briser la solidarité malsaine. Le marché est faussé par des délits d'initié ? Elles vont recruter des initiés, des *insiders*. Le statut juridique du repentis mis en place par les différentes législations<sup>20</sup> en matière de lutte contre la criminalité organisée (ou de terrorisme) répond à la même logique.

On retrouve dans la lutte anti-corruption, et plus généralement contre la criminalité économique, des traits communs à la lutte anti-mafia d'avant-hier ou au combat d'hier contre le terrorisme : un certain relâchement des preuves, une tendance inquisitoriale (qui semble historiquement se renforcer à chaque fois que le monde s'ouvre et qu'augmente la mobilité sociale). La lutte contre une criminalité liée à la circulation, profitant de la liquidité de la mondialisation, doit se montrer aussi astucieuse et inventive.

### **Le droit devient un levier pour forcer la relation.**

L'État américain combine donc intelligemment sa qualité de puissance publique dont il suspend la mise en œuvre avec sa puissance économique, bien plus dissuasive, mais qu'il n'utilise pas plus ! Plutôt que d'exercer directement ses prérogatives, il utilise sa puissance comme un levier - *a leverage* – de façon à multiplier les retours d'un investissement initial. Avec moins d'engagement de sa part, il obtient plus d'engagement de la part des entreprises : voilà le tour de force.

L'application stricte du droit comme les possibles sanctions économiques ont valeur de moyens de pression qui doivent être neutralisés à tout prix, voire de chantage<sup>21</sup> (c'est également la logique des *subpoena*). Mais, objectera-t-on, tout pouvoir quel qu'il soit n'est-il pas adossé à une menace ? D'où vient alors la nouveauté ? En ceci : la menace n'est pas destinée à rapatrier sous l'autorité du droit américain, mais à transiger, c'est-à-dire à rester hors du droit. Le but de la contrainte n'est pas de faire respecter le droit mais d'obliger, au contraire, à y renoncer ! L'application du droit – et surtout les sanctions économiques qu'il entraîne - n'est plus vécue comme protectrice mais comme dévastatrice, voire apocalyptique. L'éviter justifie toutes les transactions.

---

<sup>19</sup> On retrouve la même attitude en matière de terrorisme : Les terroristes déformalisent la guerre ? Les États déformalisent leur riposte en envoyant des services secrets. Les organisations criminelles reposent sur le secret et la confiance ? Elles dérogent aux principes du droit pour faire de la relation le support de la politique.

<sup>20</sup> Lois Perben1.

<sup>21</sup> Le même chantage que l'on retrouve en matière de terrorisme ou du marché ?

De nombreux exemples illustrent le fait que la renonciation à ses droits procéduraux est devenue aujourd'hui un enjeu de la vie sociale, (*waiver rights culture*<sup>22</sup>). Le pouvoir renonce à exercer ses prérogatives publiques à condition que les entreprises renoncent elles aussi à leurs prérogatives privées, c'est-à-dire à lui opposer leurs droits<sup>23</sup>. Ce qui compte dans ce mécanisme, c'est l'échange : c'est l'échange qui est créateur d'ordre, non plus l'application directe du droit. L'autorité publique utilise le droit, mais comme une manière d'ouvrir une négociation directe avec les entreprises.

### **De l'observation d'une règle à la coopération avec l'autorité**

Un choix est offert aux entreprises entre, d'une part, la voie pénale « classique », fondée sur la répression, et une démarche plus collaborative, selon un circuit plus court et plus maîtrisé. De l'*imperium* de la Loi, la contrainte a régressé dans un choix.

Il suffit parfois aux autorités concernées de lire le journal le matin pour se saisir d'une nouvelle affaire. Elles écrivent alors à l'entreprise concernée pour lui signifier que des soupçons de non-respect de la réglementation applicable pèsent sur elle et lui demander de bien vouloir procéder aux investigations nécessaires afin d'en établir la réalité. L'autorité se dispense d'une procédure formelle et contradictoire, forcément lourde, coûteuse et aléatoire et présente cette requête à l'entreprise comme une solution beaucoup plus simple et surtout, de façon plus ou moins explicite, comme une alternative bien moins défavorable pour l'entreprise qu'une enquête formelle qui ne manquerait pas de suivre un éventuel refus de sa part de coopérer.

La contrainte ne vise pas directement la normalisation, c'est-à-dire la conformation à un ordre, mais plutôt la *coopération* avec le pouvoir (le terme qui conviendrait le mieux serait celui de « collaboration », s'il n'était, dans son usage en français actuel, aussi connoté péjorativement). C'est donc bien une relation de pouvoir qui doit être analysée en tant que telle, c'est-à-dire en termes politiques.

Cette coopération peut prendre plusieurs formes : la dénonciation d'une illégalité aux autorités (*whistleblowing*), la participation active à la recherche de la vérité en finançant des enquêtes internes, ou encore la coopération volontaire comme, par exemple, la *voluntary disclosure*, c'est-à-dire de la dénonciation spontanée. Les entreprises sont en effet fortement incitées à s'auto-dénoncer, c'est-à-dire à prendre contact avec les autorités américaines pour leur signaler un manquement commis au sein de leur groupe et proposer de coopérer avec les autorités pour en apprécier l'ampleur et y remédier.

Ce dernier système semble en totale contradiction avec la protection constitutionnelle américaine apportée par le cinquième Amendement, contre la *self incrimination*. Pourquoi les raisons, éthiques et philosophiques, qui ont présidé à l'introduction dans la constitution américaine d'un droit à ne pas s'auto-incriminer, n'auraient-elles plus de sens dès lors qu'elles s'appliqueraient à des personnes morales ?

Le fait est que ce mécanisme de l'auto-dénonciation, fortement incitée aussi bien par une épargne de sanction partielle ou totale, se retrouve dans d'autres secteurs comme la

<sup>22</sup> Voir à ce sujet : Dennis Curtis, Judith Resnik, *Representing Justice: Invention, Controversy, and Rights in City-States and Democratic Courtrooms*, New Haven, Yale University Press, 2010.

<sup>23</sup> Très instructive à cet égard est la polémique soulevée par un *memo* qui estimait qu'un signe de bonne volonté, d'une détermination à coopérer de bonne foi avec les autorités, était de renoncer à invoquer le secret professionnel avec son avocat. Même si cette possibilité a été écartée par un *memo* le plus récent, elle n'en demeure pas moins extrêmement révélatrice des dérives possibles de ce nouveau rapport au droit.

justice transitionnelle. On songe aux Commissions Vérité et Réconciliation qui suivent un schéma relativement identique : *come, confess and get amnesty*. Ainsi, l'entreprise contrevenante est recrutée au service de l'autorité ; elle doit se faire l'auxiliaire actif et zélé de la promotion des valeurs qu'elle a bafouées hier. La pression pour coopérer ne concerne pas que les infracteurs mais s'étend à nombre de professions qui se voient imposer une obligation de dénonciation, non seulement de ce qui paraît douteux, mais aussi ce qui pourrait l'être. Le conditionnel s'ajoute au passé.

Le premier modèle juridictionnel cherche à normaliser directement un *comportement*, le second modèle relationnel à forcer un *consentement*. C'est la liberté qui subit le poids de la contrainte, pas le corps. Dans un cas, l'auteur de la contrainte est le moi collectif, dans l'autre le moi individuel. Il s'agit d'un contrôle par la liberté, mais une liberté guidée, sous pression. Le premier modèle a pour siège l'univers impersonnel de la règle, l'autre prend la forme d'une *relation* entre deux interlocuteurs. On est passé d'un paradigme juridictionnel à un paradigme *relationnel*. Il y a une contrainte dans les deux cas mais elle épouse des formes différentes : elle est externe et directe dans le premier cas, indirecte et interne dans le second. Celle-ci correspond à une internalisation d'une fonction régaliennne, à une privatisation d'une fonction publique de traque des délits et des crimes (de certains en tous cas).

Par ce mécanisme, le pouvoir résout un certain nombre de problèmes, à commencer par celui de l'exécution de la volonté politique. La mise en place de programmes de conformité qui doivent exécuter une volonté externe à l'entreprise. Un tel système efface des difficultés comme les lois de blocage : ces dernières ne font plus obstacle à partir du moment où c'est l'entreprise qui ordonne elle-même une enquête interne, celle-ci ne passe pas par les Etats-Unis.

Dans ce dispositif, le droit refait son entrée sous le biais du *consent judgment* prononcé par un juge fédéral qui homologue la transaction. Si le droit ne s'applique plus directement aux relations économiques, il intervient à nouveau pour sécuriser les engagements pris à l'égard de l'autorité, voire à l'égard du public<sup>24</sup>. Il punira, non pas ceux qui ont corrompu ou fraudé, mais ceux qui n'ont pas tenu leur parole. Il est beaucoup plus facile de prouver le non respect d'un accord que de prouver une fraude ou un délit d'initié. Le fondement est plus clair et parfaitement cohérent avec ce nouvel esprit des institutions : le droit pénal vient moins punir l'infraction à une loi commune, qu'une incohérence individuelle. Rien n'obligeait l'individu ou l'entreprise à prendre de tels engagements (du moins en principe, car en pratique on a vu qu'ils étaient sous pression), et donc s'ils ne respectent pas leurs engagements, qui sont devenus leur loi (dans une perspective individualiste où l'on est son propre législateur et son propre juge), l'entreprise s'accuse elle-même et il n'y a plus besoin de faire d'enquête : elle s'est *elle-même condamnée*.

### **Transaction et espace public**

Ce nouveau modèle se caractérise par une disparition concomitante du conflit, du tiers de justice et de l'espace public.

La plupart des entreprises soumises à un tel traitement ne contestent pas la méthode qui leur est appliquée et semblent s'incliner devant les décisions des autorités américaines. Il n'est pas responsable de refuser la proposition de transaction et de se lancer dans une procédure contentieuse. Une des raisons tient au rapport au temps : le recours est long,

<sup>24</sup> Voir à ce sujet *Nike Inc. V. Kasky*, 539 U.S. 654 (2003).

alors qu'il est facile pour l'autorité de régulation de mettre à exécution des mesures *immédiates* comme la suspension de l'autorisation de mise sur le marché. Cela revient à pénaliser *de facto* l'exercice d'un droit.

La sanction réelle qui motive ces transactions avec les agences de régulation est la *mise à l'écart* du marché. Le risque est donc celui d'un bannissement mortel (ce qui était à l'origine même du bannissement qui jetait les individus hors de la cité, c'est-à-dire sans protection). Lors de l'affaire Siemens, beaucoup de commentateurs ont insisté sur le fait que ce qui était en jeu pour la firme allemande n'était ni plus ni moins que sa survie. Les menaces drastiques de suspension pendant trois années, par exemple, mettaient en péril la viabilité économique du géant allemand. La sanction est d'ordre existentiel, elle ne passe plus par l'opprobre moral jeté par une autorité. Le caractère infâmant de la sanction ne pèse pas beaucoup par rapport à la menace que brandit l'autorité de régulation. La punition est moins grave que le déréférencement par la Banque mondiale.

Alors que le propre de la prison ou de l'amende était d'être des instruments d'équivalence universelle, qui rapatriaient des actes de nature très différente dans une échelle de peine commune, une amende transigée est particulière : elle ne signifie rien, ou presque. D'autant que pèse sur elle un soupçon d'arbitraire puisque le montant des amendes n'est prévu par aucun catalogue. Ce système dresse l'acte de décès du principe de la légalité des délits et des peines. L'incitation est de réduire l'amende, mais l'amende est fixée par celui qui la réduit.

Cette pression, non pas pour se conformer à un ordre moral ou politique, mais pour coopérer, s'éclaire par une logique partenaire/paria qui est un mode très particulier de lien. Il renvoie à une logique primaire du « nous et eux », du « qui n'est pas de notre côté est nécessairement contre nous ». Elle a beau être habillée de noms plus élégants, comme la « lutte contre les juridictions non-coopératives », c'est bien de cette logique qu'il s'agit. La même philosophie se retrouve dans le mécanisme du *listing* qui est si prisé, c'est-à-dire de la liste noire ; ou encore dans le mécanisme du *naming and shaming*, c'est-à-dire de la liste stigmatisante<sup>25</sup>. C'est le recours, en d'autres termes, à la *honte* : non à une honte éthique, mais à la stigmatisation qui blesse la réputation d'une marque, et donc son capital.

Le rapport partenaire/paria n'offre pas de voie médiane, c'est pourquoi il est oppressif : il n'y a pas de place pour la liberté, entendue comme possibilité de la différence sans dissidence, car cette position n'a de sens qu'au niveau d'une communauté politique interne. Ce dispositif témoigne d'un gouvernement à distance, qui manie l'exclusion, le bannissement, la suspension, mais pas de juste distance. Parce que la juste distance trouve sa place dans le cadre d'un espace public, c'est-à-dire dans un espace où chacun est lié par un pacte politique sous-jacent et profond, qui fait ici défaut.

Le système ainsi construit présente une grande efficacité, mais sans passer par l'espace public ; il n'y a pas la possibilité d'être neutre, de rester indépendant vis-à-vis du pouvoir : c'est ce qu'il y a derrière l'obligation de coopérer. Il n'y a d'autres choix que de « marcher dans la combine ». Alors qu'un long processus historique est parvenu à introduire un espace entre le souverain et les sujets, la tendance ici décrite semble marcher en sens contraire, c'est-à-dire de les rapprocher dans une relation, certes moins conflictuelle, mais possiblement plus oppressante.

La différence entre l'ordre impersonnel de la loi et la contrainte relationnelle ainsi mise en place, c'est que l'une est médiatisée par une règle, l'autre non. Une règle de droit

---

<sup>25</sup> Voir l'action de certaines ONG contre des grandes entreprises.

réclame interprétation, un jeu dans tous les sens du terme, c'est-à-dire une articulation qui n'est pas totale et une dimension ludique, alors que la contrainte relationnelle non. Alors que le territoire produisait un type de relations marquées par la « réciprocité conditionnelle », qui avait pour effet que les relations et les transactions ne reposaient pas sur « des relations bilatérales entre agents, mais sur des règles »<sup>26</sup>. Les citoyens acceptent les règles générales de coopération car ils ont la certitude que les autres sont aussi disposés à s'y plier du fait de leur appartenance à une même collectivité politique. Il s'agit donc d'une règle qui contraint le comportement de l'extérieur. Bien différente est la transaction qui nous intéresse ici, qui doit trouver dans son économie interne sa raison de l'exécuter : « ce qui fonde alors la règle, ce n'est pas l'accord de l'autre à la respecter, mais la rationalité *intrinsèque* de la règle. Ce déplacement fait disparaître la conditionnalité et transforme une règle réciproque en une valeur qui subsiste par elle-même : le '*raisonnable*' ou '*l'équité*' »<sup>27</sup>. Remarquons que ce sont les termes mêmes employés en matière d'arbitrage commercial international ou d'investissements.

La négociation entre une entreprise et une agence n'est pas assimilable à la délibération à propos d'une règle. Une des difficultés des *settlements* signés, c'est qu'ils ne disent rien des faits ou du « récit de justice » : ils ne s'expliquent que par des motivations stratégiques, économiques, réputationnelles, et non pas juridiques ou politiques. Jon Elster oppose le paradigme du marché et des processus de marchandage d'une part, et, de l'autre, celui du forum, de l'argumentation et de la procédure du vote<sup>28</sup>.

Cette relation déshabillée du droit qui est désormais la source de droit, et qui n'a de cesse que de court-circuiter le droit – que l'on retrouve aussi bien entre des entreprises elles-mêmes pour faire un *deal*, qu'entre ONG et gouvernements - ouvre la voie à toutes sortes de perversions qui ne sont pas sans rappeler les maux que le droit démocratique prétendait soigner. Cela alimente l'hypothèse d'une certaine régression des pratiques postmodernes qui se trouvent avoir des relents pré-modernes. De la relation au droit ... et retour ! Il y a un parfum de retour à l'état de nature.

## Une redéfinition du droit par l'économie ?

En plaçant l'économie au cœur du monde, et non plus la politique, ce mode de gestion des agences américaines trouve un puissant soutien à ses objectifs. Ce faisant, elle substituent une réalité – le marché et ses forces – à la forme juridique. C'est pourquoi la mondialisation a pour effet de « dé-formaliser » le droit, c'est-à-dire de désarmer ses formes et de rendre ses fictions un peu plus inopérantes. La prééminence de l'économie vide les catégories juridiques d'une partie de leur sens, mais pour y substituer un autre. Le droit devient contingent à la relation : « le droit n'est plus tant un cadre figé dans lequel se déroulerait l'interaction, qu'un ensemble de caractéristiques de cette interaction même »<sup>29</sup>. L'économie détient désormais la capacité de théoriser systématiquement les déterminants

<sup>26</sup> Paul Dumouchel, *Le Sacrifice inutile. Essai sur la violence politique*, Paris, Flammarion, 2011, p. 276.

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 277.

<sup>28</sup> « Le marché et le forum », in Charles Girard et Alice Le Goff, *La Démocratie délibérative. Anthologie des textes fondamentaux*, Paris, Herman, Collec. « L'avocat du diable », 2010.

<sup>29</sup> Emmanuel Picavet, « L'approche économique du droit, l'éthique et les normes d'efficacité », *Klêsis, Revue philosophique*, 2011.

des choix individuels qui sont le produit direct de ces interactions. Examinons les déplacements de sens des catégories traditionnelles du droit vers une redéfinition plus compatible avec l'hégémonie du discours économique.

### **L'application se confond avec l'exécution**

Il n'y a pas de traduction satisfaisante en Français qui résume en un seul mot, le concept d'*enforcement* qui recouvre d'une part l'idée d'application de la règle par l'autorité qui en est dépositaire et donc les notions de contrôle, de supervision, et d'enquête et de sanction<sup>30</sup>, et, de l'autre, celle d'exécution<sup>31</sup>. L'application se confond avec l'exécution : cette confusion est très révélatrice d'une éliasion dans la culture juridique américaine entre la forme du droit et sa substance, entre le droit et sa réalité. Mais est-ce un problème culturel ou l'amorce d'un nouvel état de la régulation juridique. Michel Foucault pencherait pour la seconde solution<sup>32</sup> en percevant qu'il ne s'agissait pas que d'un problème technique mais d'une entrée privilégiée dans un nouveau mode de régulation. Il n'y a plus de distance entre la norme et son exécution : dans la régulation par le marché, la réalité elle-même est normative mais c'est une réalité en partie artificielle (modélée par des règles d'efficience). Pour influencer sur le comportement des justiciables, rien ne sert de leur intimer des ordres, mieux vaut agir directement sur leur environnement d'action pour les amener à adopter l'attitude la plus conforme à leur intérêt qui rejoint les intérêts de la loi.

### **Modèle rétrospectif et punitif, modèle préventif et constructif**

L'objectif des autorités américaines n'est pas d'ordre moral, mais d'assurer en même temps l'intégrité du marché et de l'entreprise<sup>33</sup>. Il faut protéger le marché de tout ce qui pourrait le fausser, et donc le menacer à terme en altérant son efficience. Le but n'est plus la réparation morale de la souveraineté ou la rééducation des personnes, mais un perfectionnement des performances du marché, et donc un renforcement de la confiance dans ses mécanismes. Le marché, en tant que formidable système de coordination, se pose comme le véritable moteur de l'intégration des hommes dans un monde sans frontières.

L'objectif affiché dissimule des fondements et des objectifs nettement distincts aux États-Unis et dans nombre de pays européens : là ce sont des personnes morales qui sont en cause, et le but des pouvoirs publics est moins la répression que la restauration d'un marché, car c'est de lui que sont attendues la prospérité et la protection du bien collectif.

Un tel programme est bien éloigné de l'approche plus classique, toujours présente en Europe, pour laquelle la sanction doit viser des personnes physiques qui, en mettant en avant leur intérêt personnel, ont faussé les règles de définition de l'intérêt général. Si, de l'autre côté de l'Atlantique, c'est l'avenir qui compte – et donc le rétablissement d'une concurrence saine et l'exemplarité d'une bonne conduite – ici c'est la punition d'un

<sup>30</sup> On parlera, par exemple, des *enforcement powers of the SEC*.

<sup>31</sup> On dira d'un jugement exécutoire ou d'une clause contractuelle valide qu'il ou elle est « *enforceable* ».

<sup>32</sup> « *L'enforcement of law*, c'est plus que, l'application de la loi, puisqu'il s'agit de toute une série d'instruments réels qu'on est obligé de mettre en œuvre pour appliquer la loi. {} C'est l'ensemble des instruments mis en œuvre pour donner, à cet acte d'interdiction en quoi consiste la formulation de la loi, réalité sociale, réalité politique, etc. » (Michel Foucault, *ibidem*, p. 259).

<sup>33</sup> « A deferred prosecution or non prosecution agreement can help restore the integrity of a company's operations and preserve the Financial viability of a corporation that has engaged in criminal conduct, while preserving the government's ability to prosecute a recalcitrant corporation that materially breaches the agreement » (U.S.A.M. 9-28.1000).



comportement passé. Ce choix proposé à une entreprise mondiale est d'autant plus difficile qu'elle évolue dans plusieurs cultures et qu'elle est partagée entre des élites plus sensibles aux évolutions mondialisées d'une part, et des consommateurs dont les représentations sont davantage liées à un contexte national dont les évolutions sont plus lentes.

On en revient toujours au même décalage entre des territoires, et donc des univers moraux fragmentés et un monde unifié par le marché : les conceptions morales de la punition sont par définition particulières, liées à des valeurs partagées, à un « système de préférences » diraient les économistes, et seule une réaction pertinente en raison, sur le plan universel, est pertinente pour un monde unifié par un marché unifié. Mais l'avenir semble être à la disparition de ces références nécessairement plurielles dans le monde. Il est donc beaucoup plus sûr de substituer à la négativité de la punition, à son inefficacité économique, la positivité des programmes de *compliance*<sup>34</sup>.

### **Un monde objectif et fonctionnel qui relègue la vérité et la justice**

Une des grandes attractions de ce système est son efficacité. À la différence de nombre de législations – notamment continentales – qui ne sont pas ou peu appliquées (on songe bien sûr aux fameuses lois de blocage), les menaces sont réelles et les amendes sont réellement acquittées et les programmes de compliance effectivement mis en œuvre. Un seul dollar pris en défaut par l'OFAC est immédiatement sanctionné par une amende de milliers de dollars : c'est pour cela que ce système est aussi dissuasif. La vigueur de la réaction, l'opiniâtreté à la mener à son terme et le montant très élevé des amendes sont la clé du « sérieux » de ce dispositif. Il est redoutablement efficace, ce qui suffit à ses yeux pour être légitime.

La culture américaine, centrée sur l'action et la responsabilité plus que n'importe quelle autre, n'aime pas les lois restant lettre morte et les dispositions symboliques. Pour elle, le droit doit toujours être référé à une entreprise qui implique de prendre ses responsabilités et d'honorer ses dettes. D'autant que l'Amérique, du fait de son histoire et de la vastitude de son territoire, pense au niveau mondial, avant et mieux que les autres pays. Elle ose hisser son droit au niveau mondial comme elle l'a montré lors du procès de Nuremberg. Les dimensions du monde ne lui font pas peur.

L'objectif, avoué d'ailleurs, des autorités chargées de faire appliquer la loi (ou, encore une fois, un règlement qu'elles auront elles-mêmes édicté) est l'efficacité plus que la justice. Il est certain que cette méthode permet de clore beaucoup plus de dossiers chaque année (et donc de faire rentrer beaucoup plus d'argent dans les caisses de l'Etat) que si ces autorités devaient conduire elles-mêmes l'instruction de ces dossiers et faire la démonstration de la faute alléguée, de son importance dans le temps, dans l'espace ou dans la gravité et justifier enfin les montants d'amende imposés. Et si le nombre d'infractions identifiées, reconnues et sanctionnées est plus important, c'est que le droit est mieux appliqué, que justice est faite et que, par conséquent, « *we live in a better world* » comme aiment à dire les Américains (notamment chaque fois qu'un terroriste ou un dictateur est abattu).

---

<sup>34</sup> « Si l'on ne parvient pas à attribuer un sens clair à l'idée d'une sanction intrinsèquement liée au délit – et comment le pourrait-elle aujourd'hui ? – la sanction n'est défendable que si elle est orientée vers la production de quelque chose qui constitue un bien pour les individus au moins. Ainsi par sa valeur préventive, la sanction peut-être associée à un bien futur, tel que l'absence de délit causant un tort à certains » (*Ibidem*, p. 201).

Le raisonnement des autorités repose sur le postulat que la « justice » ou le sentiment de la justice, doit être proportionnel au nombre ou au montant des sanctions infligées. Logique du « chiffre » dont on a pu maintes fois constater l'absence de fondement ? Cynisme d'une politique qui se borne à de la communication ? Que signifie, en effet, pour le citoyen le fait de savoir que telle banque ou telle entreprise a accepté de verser une somme, même considérable, pour mettre fin aux poursuites dont elle était menacée ? Croit-on vraiment qu'il va se féliciter de la diligence des autorités administratives et avoir le sentiment qu'il vit dans un monde meilleur ? Ne risque-t-il pas de supposer, au contraire, que si l'entreprise en question a accepté de verser une telle somme, c'est qu'elle y gagne encore ? Ne va-t-il pas penser qu'elle s'en tire finalement à bon compte et que tous ces arrangements se font sur le dos du peuple ? C'est la position que défend le juge Rakoff au long de ses décisions, ce qui le fait taxer de « robin des bois » par ses adversaires.

La tension entre l'efficacité économique d'une part, et la justice de l'autre est au cœur d'au moins deux décisions de ce juge. Dans chacune de ces décisions, il tente de réintroduire la justice dans des *consent judgments*, non sans soulever d'intenses polémiques révélatrices du rôle attendu de cette intervention judiciaire.

Dans la première affaire où il lui était demandé de valider une transaction entre la SEC et Bank of America, le juge Rakoff avait dans un premier temps refusé de donner son aval en examinant au fond l'équilibre et l'équité de l'accord intervenu en faisant observer que demander à la banque de payer une amende pour avoir trompé les actionnaires revenait à pénaliser deux fois les actionnaires : la première par un défaut d'information complète en leur direction, la seconde pour payer pour cette faute ... dont ils avaient été victimes !

Dans la seconde, plus récente, le juge refusa d'avaliser une transaction entre la SEC et la banque Citigroup, d'un montant de 285 millions de dollars qui ne demandait pas à celle-ci de reconnaître les faits en vertu de l'usage « *neither admit nor deny* ». Le juge Rakoff se demande si « un *consent judgment* qui ne comporte aucune reconnaissance des faits et dont le montant est somme toute assez modeste, n'est pas simplement, comme il est souvent vu par les affaires, le coût pour entretenir des bonnes relations de travail avec les agences, plutôt qu'une indication de là où se trouve la vérité ». Remarquons la mention explicite à l'importance de la relation qui finit par primer le souci de la vérité. La transaction vaut pour elle-même au regard de sa seule efficacité économique, comme manière de surmonter un blocage, un irritant. Sa valeur de facilitateur qui restaure la circulation des biens et des valeurs, abstraction faite de toute considération de justice, l'emporte sur sa vertu extinctive qui se réfère à un contentieux juridique. Dans le premier cas, elle ne dit rien et se résume à une pure fonctionnalité, dans l'autre, elle ne peut effacer ni les faits auxquels elle acquiesce, ni le récit de justice auquel elle fait allégeance. L'intervention de la justice est en voie d'instrumentalisation ; alors que dans le modèle classique, la justice doit rester une référence commune qui rapatrie tous les secteurs de la vie collective sous des valeurs partagées – le procès se posant comme le lieu où l'on peut obtenir la vérité<sup>35</sup> aussi bien factuelle que morale d'un fait (ce que montre la justice transitionnelle) - la tendance tend à s'inverser au point que l'économie colonise petit à petit les institutions, y compris la justice. Ce n'est là que l'aboutissement de la redéfinition du droit par la justice.

---

<sup>35</sup> Aristote remarquait déjà que trouver et dire la vérité des faits était un des rôles – voire le principal rôle – du procès (Robert P. Burns, *The Death of the American Trial*, Chicago, University of Chicago Press, 2009, p. 10).

## **Au service du droit ou de la puissance américaine ?**

Le passage du modèle classique à ce nouveau modèle qu'illustre la pratique des agences américaines judiciaire à la régulation, renvoie à la distinction de Michel Foucault entre voie révolutionnaire et voie radicale. « La loi est conçue comme l'expression d'une volonté, d'une volonté collective manifestant la part de droit que les individus ont accepté de céder et la part qu'ils veulent réserver. Dans l'autre voie, l'utilitaire, la loi est le fruit d'une transaction entre la sphère d'intervention de la puissance publique et le mécanisme du marché, qui manifeste la sphère d'indépendance des individus »<sup>36</sup>. Mais jusqu'où peut aller cette voie utilitaire ? Est-elle universalisable ?

### **Un dispositif très efficace au service de fins très disparates**

Que le marché « pur » soit un mythe, on le sait depuis longtemps : il a besoin de règles de droit (luttant contre la tendance au monopole ou contre la corruption qui l'empêche de produire ses effets vertueux) non seulement pour l'étayer mais tout simplement pour lui permettre d'exister. Si la première puissance économique, la mieux placée pour le faire, se charge de les faire respecter, qui s'en plaindrait ? Dans un monde où aucune instance ne surplombe les États, ce tiers ne peut être qu'impur en mélangeant les intérêts moraux et ses propres intérêts. La puissance américaine se hisse au-dessus des autres nations pour tenter de mettre un peu d'ordre dans la mondialisation, mais ses intérêts ne sont pas jamais loin. Les organes de régulation sont doublement locaux, par la matière et par leur juridiction liée à un territoire. Certains protègent le marché (autorités de la concurrence), d'autres défendent quelques valeurs universelles (lutte contre la corruption, contre le blanchiment d'argent ou la concentration) mais aucun de ces objectifs ne peut être totalement séparés de la politique. D'autres, comme l'OFAC, poursuivent des objectifs liés à la sécurité nationale (mais peut-être peut-on converger autour de l'idée de sécurité), d'autres enfin sont étroitement liés à la politique extérieure d'un État (songeons au blocus à l'égard de Cuba). S'agit-il d'une défense des droits de l'homme ou d'instruments de politique étrangère, se demande Hubert de Vauplane<sup>37</sup> ? La réponse est dans la question... Ce que montre la pratique de ces agences, c'est qu'une séparation totale du marché global et de la politique n'est pas non plus pensable.

### **Quel rôle pour l'Europe ?**

Nous disions en commençant que la nouveauté et la généralisation de cette pratique bousculaient nos pratiques et poussaient non seulement les entreprises mais aussi le barreau, les pouvoirs publics et les institutions européennes à réagir. Dans quel direction ? Un tel système, on l'a vu, a certes des travers – et de taille – mais il a l'immense vertu d'exister, et d'être efficace. Il n'est donc pas possible de répondre par un anti-américanisme aussi répandu que stérile.

Cette évolution interpelle tout d'abord l'Europe judiciaire. Le temps n'est-il pas venu pour elle de s'organiser non pas pour contrer ce système mais pour le rendre plus universel ? L'Europe a aujourd'hui les inconvénients de la fédération mais sans en avoir les

---

<sup>36</sup> Michel Foucault,

<sup>37</sup> Hubert de Vauplane, "Embargos, gels des avoirs : défense des droits de l'homme ou instruments de politique étrangère ? *Revue Banque*, n° 755-756, janvier 2013.

avantages, à savoir la protection au niveau de l'union, comme cela se produit aux Etats-Unis. Elle a les embarras d'une puissance sans être toutefois capable d'en percevoir les fruits et d'en faire profiter ses ressortissants.

Il n'est donc pas pensable de faire abstraction ni de la culture, ni de la géopolitique. Les Etats-Unis ont pris un leadership dans la régulation du marché global parce qu'ils sont la première puissance du monde, mais aussi parce qu'ils portent dans leur culture un rapport paradoxal au pouvoir, considéré comme un mal nécessaire et non comme l'instituteur de la société<sup>38</sup>. Dans l'attitude des agences américaine perce également une culture puritaine pour laquelle chacun se sent responsable de la moralité de tous.

Le génie américain consiste à faire de la politique avec du droit privé. On a vu tout au long du XXe siècle des illustrations de ce *strategic legalism*, notamment en matière de justice pénale internationale où des règles du droit pénal, donc de droit privé interne, sont utilisées pour régler des problèmes internationaux. C'est aussi vrai aujourd'hui en matière économique. Comme à Nuremberg hier, les Etats-Unis s'arrogent le pouvoir d'accuser qui est un pouvoir énorme, c'est-à-dire le pouvoir d'isoler, de désigner, d'agresser éthiquement, l'accusation conférant implicitement à celui qui accuse la reconnaissance d'une stature morale. Comme ces règles servent à la fois à promouvoir les valeurs américaines de justice et à servir les intérêts des Etats-Unis sans qu'il soit possible de faire prévaloir l'un sur l'autre, la puissance dominante reculera toujours au moment de franchir le dernier pas, qui est celui d'une véritable universalisation de la suprématie du droit (on le voit dans la politique américaine à l'égard de la CPI qui ferait perdre aux Etats-Unis leur prééminence et leur exceptionnalité tant cette moralisation du monde fait partie de l'exceptionnalisme américain).

Tout autre est la situation de l'Europe qui a mis en place des règles mais en faisant abstraction du reste du monde. Ainsi, ces règles n'ont de cesse que de faire tomber toute barrière nationale, toute exception immédiatement ressentie commun obstacle à la libre circulation. Mais cette neutralisation de la puissance opère également à l'extérieur où les règles européennes inhibent les souverainetés nationales. Ce qui conduit au constat suivant : alors que les règles juridiques aux États-Unis potentialisent la puissance, elles la neutralisent en Europe. Ce sentiment est renforcé par les compensations et l'attitude européenne qui consiste à les interdire et qui donc ouvrent démesurément le marché européen à des joueurs qui, comme les Américains, se protègent par le *Buy American Act* ou le *Small Buy American Act*.

Qui sait ce que fera demain un pays comme la Chine qui ne partage pas le même substrat culturel et religieux, ni la même confiance dans le droit ?

## Un nouveau rôle pour l'avocat ?

Ces pratiques interpellent les entreprises qui sont mis en demeure de définir une stratégie. Elles obligent aussi nos institutions judiciaires à réagir : la justice doit-elle, par exemple, instituer un procureur indépendant, capable de transiger sur des affaires de cette nature ? On en est loin en France. Mais la plus grande urgence semble être du côté de la profession d'avocat dont ces pratiques modifient profondément le rôle. Le rôle de l'avocat connaît un basculement dans lequel la relation entre lui et son client a du mal à retrouver ses marques.

---

<sup>38</sup> Je me permets de renvoyer sur ce point à «La place paradoxale de la culture juridique américaine »,

La (relative) disparition du droit induit un reprofilage du rôle de l'avocat. Dans cette forme de justice, l'avocat n'est plus référé du tout au contentieux mais il devient *l'ingénieur d'une relation* avec les autorités principalement américaines mais pas uniquement. Comme des ingénieurs, ils connaissent l'historique, les usages, les points de cristallisation.

Les conséquences les plus défavorables possibles pour l'entreprise en cas de non coopération de sa part et d'imposition de sanctions maximales par l'autorité compétente, ou par un jugement en dernier ressort en cas de contestation de celles-ci, sont tellement effrayantes que l'avocat ne peut guère que recommander à son client de coopérer. Cela est d'autant plus vrai dans un contexte américain où le mensonge est considéré comme le péché capital et son corollaire, la dissimulation, comme une circonstance particulièrement aggravante de toute situation<sup>39</sup>.

Compte tenu du rôle très important que vont jouer les avocats dans la conduite de l'enquête interne à laquelle l'entreprise qui décide de coopérer, et qui est sa cliente, doit procéder, l'avocat peut apparaître comme un supplétif de l'autorité bien plus que comme un professionnel de la défense dont toute l'énergie doit tendre à éviter ou minimiser toute sanction pour son client. Les avocats américains ne risquent-ils pas de se faire les auxiliaires du pouvoir américain en recommandant à leurs clients de « coopérer ». C'est un point classique de la sociologie des avocats qui se font les relais de la machine judiciaire<sup>40</sup> en préparant objectivement leur client à son traitement pénal (et notamment en lui recommandant à plaider coupable). Ils sont pris dans un conflit de loyauté entre leur pays et leur client.

Compte tenu du très grand nombre de dossiers dans lesquels les entreprises coopèrent et consentent *in fine* au paiement d'une amende, il est très difficile de démontrer que, sans l'apport de l'expertise de l'avocat, la sanction eut été bien plus importante.

Le secret professionnel est lui aussi malmené. On a pu constater, dans un nombre important de dossiers, que, face à une objection de la part de l'entreprise à communiquer volontairement certaines informations, par exemple sur le fondement de la protection de la vie privée, des données personnelles, du secret bancaire ou de la loi dite de blocage, les autorités demandaient à recevoir copie des avis juridiques remis par les avocats à leur client dans lesquels il leur conseille de ne pas transmettre les informations litigieuses. On voit bien le piège qu'une telle demande constitue :

Si l'entreprise refuse de communiquer ces avis juridiques, l'autorité peut considérer qu'elle ne coopère pas pleinement ou que leur contenu doit poser quelque problème à l'entreprise concernée.

Si l'entreprise communique ces avis et qu'ils ne prennent pas position de façon tranchée ou, plus généralement, contiennent des développements qui peuvent venir au soutien de l'interprétation des autorités américaines<sup>41</sup>, ces dernières pourraient s'en prévaloir, ce qui non seulement affaiblirait la position de l'entreprise française, mais constituerait de fait une

---

<sup>39</sup> Comme le dicton populaire le résume si bien : « *it is not about the fuck up, it is about the cover up* » que l'on pourrait traduire très librement (et très pudiquement) par : « ce n'est pas tant la faute qui est grave que la tentative de la dissimuler ».

<sup>40</sup> Voir l'article fondateur d'Abraham S. Blumberg, « The Practise of Law as a Confidence Game: Organizational Cooptation of a Profession », *Law & Society Review*, 1967, n°2.

<sup>41</sup> On pense notamment à des avis juridiques qui mentionneraient que la loi de blocage n'a jamais été utilisée par les pouvoirs publics français, à la seule exception d'un cas d'espèce ou bien qu'il existe un principe du droit à la défense de nature constitutionnelle qui pourrait permettre de s'en dispenser.

violation grave du sacro-saint principe de la confidentialité des échanges entre un client et son avocat.

Les autorités concernées ne faisant pas mystère de ce qu'elles conservent copie des avis reçus, elles pourraient donc se servir d'un précédent préparé par le même cabinet, mais dans un autre dossier pour contredire les positions prises pour un autre client. On imagine déjà le sentiment du client face à une telle situation.

\*

\* \*

Si ces nouvelles pratiques des autorités américaines n'étaient qu'une méthode plus pragmatique, plus astucieuse et plus économique d'*enforcement*, elles ne mériteraient sans doute pas qu'on y consacre trop de temps. Les avantages pour l'État, qui réalise de substantielles économies et pour les entreprises, qui en font les frais à tous les sens du terme mais qui s'y retrouvent, convergeraient avec les intérêts du peuple. Dans ce monde merveilleux, le *win-win contract* se substituerait au contrat social. Mais peut-on réduire la justice à une recherche de rentabilité – non seulement des ressources mais aussi des forces de l'Etat ? On voit poindre un spectre que nous voudrions évoquer, ne serait-ce que pour le conjurer. Est-ce extrapoler que de voir dans ces pratiques une mauvaise augure, celle d'un État qui non seulement réclamerait que les justiciables observent ses lois mais aussi qu'ils les intériorisent, qu'ils se fassent les enquêteurs zélés de leurs manquements, les accusateurs impitoyables des fautifs - même si c'est eux-mêmes qu'ils doivent dénoncer -, les tuteurs convaincus de leur redressement, mieux : les agents efficaces de leur prévention. Quel monde merveilleux que celui où, par économie, chacun doit se faire délateur, procureur et juge ! Mais est-ce celui qu'avaient imaginé les Pères fondateurs ou celui décrit par Orwell ?

Antoine Garapon, Pierre Servan-Schreiber