

Journal du Droit Transnational



Directeurs:
Ilias Bantekas
Catherine Maia
Tarcisio Gazzini
Francesco Seatzu

www.journaldroittransnational.it

Le tribunal pénal : un élément perturbateur dans le flux fluide du droit transnational de la lutte anticorruption ?

Nadja Capus

ORCID [0000-0001-8536-2817](https://orcid.org/0000-0001-8536-2817)

nadja.capus@unine.ch

Faculté de droit, Université de Neuchâtel, Av. du Premier-Mars 26, 2000 Neuchâtel, Suisse

À insérer à un endroit qui convient les rédacteurs

La recherche a bénéficié d'un financement H2020 du Conseil européen de la recherche. Numéro de la bourse : 864498. Bénéficiaire : Nadja Capus. L'auteure remercie la Dre S. Serrano pour son travail de relecture et de correction linguistique, ainsi que pour son indication concernant la littérature en science politique mentionnée dans la note de bas de page 10.

Mots clés

transnationalisation, conformité, justice négociée, affaiblissement judiciaire, gouverner à distance

Keywords

transnationalisation, compliance, negotiated justice, judicial weakening, governing at a distance

Résumé

Le droit anti-corruption se révèle être une fascinante illustration d'un régime transnational structuré autour d'instruments internationaux tels que les Conventions de l'OCDE et de l'ONU. L'extension des mécanismes extraterritoriaux ciblant la corruption des entreprises a transformé le rôle des tribunaux : autrefois moteurs de la transnationalisation du droit, ils sont désormais perçus comme des facteurs de perturbation du développement du droit pénal anticorruption transnational. L'analyse révèle un double déplacement de l'autorité : les normes pénales sont influencées par des standards de conformité privés, tandis que la justice négociée (*Deferred Prosecution Agreements*, *Conventions Judiciaires d'Intérêt Public*) réduit le contrôle judiciaire par les tribunaux sur les faits et la qualification des infractions. Cette évolution soulève des défis pour l'État de droit : En effet, la dépendance aux enquêtes internes menées par les entreprises suspectées affaiblit l'indépendance des juges. Il devient essentiel de

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

renforcer la capacité de contrôle des juges et de redéfinir leur rôle dans les accords transactionnels pour préserver l'impartialité de la justice.

Abstract

Anti-corruption law serves as a fascinating illustration of a transnational legal regime structured around international instruments such as the OECD and UN Conventions. The expansion of extraterritorial mechanisms targeting corporate corruption has reshaped the role of courts: once drivers of legal transnationalisation, they are now perceived as sources of friction in the development of transnational anti-corruption criminal law. Our analysis reveals a dual shift in authority: criminal norms are increasingly influenced by private compliance standards, while negotiated justice mechanisms (Deferred Prosecution Agreements, *Conventions Judiciaires d'Intérêt Public*) limit judicial oversight over the facts and legal qualification of offenses. This evolution raises significant challenges for the rule of law: reliance on internal investigations conducted by the very companies under suspicion weakens judicial independence. Strengthening judicial oversight and redefining the role of courts in settlement agreements is therefore essential to uphold the impartiality of justice.

Sommaire

1 - Introduction

2 - L'usurpation de la justice pénale par la normativité transnationale

3 - Les tribunaux comme facteurs de perturbation ?

A - Le glissement de l'autorité dans la détermination du contenu normatif des normes pénales

B - Le glissement de l'autorité dans la détermination des faits pertinents pour l'appréciation juridique

4 - Conclusion

1 - Introduction

Le droit pénal anti-corruption est sans conteste un parfait exemple de droit transnational. Dès les années 1990, ce régime international se structure autour d'accords majeurs comme la Convention des Nations Unies contre la Corruption (UNCAC) et la Convention de l'OCDE contre la corruption d'agents publics étrangers, mais également au travers d'une multitude de conventions internationales, d'accords multilatéraux et de mécanismes d'application supranationaux. Ces instruments normatifs influencent et pénètrent de plus en plus les systèmes juridiques nationaux.¹ Ils créent une structure globale et transfrontalière qui oblige les États à mettre en œuvre et à faire respecter des mesures anticorruptions spécifiques. Au cours de la dernière décennie, la poursuite pénale s'est intensifiée dans le domaine de la corruption transnationale des entreprises. Celle-ci désigne une forme de corruption dans laquelle des

¹ M. LOHAUS, M. LESCH, 'Das Internationale Korruptionsregime'. In : S. Wolf, O. Meyer (édit.), *Handbuch Korruptionsforschung*, Springer Nature 2024, pp. 1-30.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

entreprises opérant sur des marchés transnationaux ont recours à des transactions financières illégales pour obtenir ou conserver des contrats commerciaux dans des juridictions étrangères.²

Dans ce contexte, le régime international de lutte pénale contre la corruption s'est récemment renforcé, mettant particulièrement l'accent sur la corruption transnationale des entreprises.³ En conséquence, et en raison de l'application extraterritoriale de certaines législations pénales, les entreprises impliquées dans de tels actes sont désormais exposées à un risque accru de poursuites pénales multiples. Une stratégie dite du *bundling* s'est établie entre les juridictions nationales, dans le cadre de laquelle différentes poursuites pénales pour corruption contre des multinationales sont regroupées dans des procédures nationales transfrontalières coordonnées, afin de permettre une application plus efficace.⁴ Simultanément, dans le domaine de la corruption transnationale d'entreprise, il existe non seulement la coopération, mais également la concurrence entre les autorités de poursuite pénale. Ainsi, bien que la coopération internationale soit de plus en plus encouragée, le *forum shopping* peut conduire les entreprises à choisir des juridictions ciblées pour s'auto-dénoncer afin d'obtenir des sanctions moins sévères.⁵

Quels rôles les tribunaux pénaux sont-ils amenés à jouer dans un contexte caractérisé, selon L.C. BACKER, par la fracture, la fluidité, la perméabilité et la polycentricité ?⁶ Il y a deux décennies, les tribunaux étaient en effet encore considérés comme des véritables catalyseurs de la transnationalisation du droit. On leur attribuait une ouverture d'esprit qui a joué un rôle déterminant dans le développement transnational du droit.⁷ C'est précisément grâce à cette ouverture que le droit transnational, marqué par un glissement tectonique des espaces juridiques⁸, a pu émerger et se consolider. Leur réceptivité aux normes internationales et leur volonté de reconnaître mutuellement les décisions étrangères, voire de contribuer à la formation d'une communauté judiciaire mondiale, étaient perçues comme des éléments fondamentaux pour l'établissement d'un espace juridique transnational cohérent.⁹

² N. LORD, M. LEVI, 'Organising the Finances For and the Finances From Transnational Corporate Bribery', *European Journal of Criminology*, 14(3)2016, pp. 365-389, 365.

³ OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, 2019.

⁴ B. HOCK, 'Policing corporate bribery : negotiated settlements and bundling', *Policing and Society* 2020, 1-17.

⁵ G. MÉGEVAND, 'Accords hors procès avec des entreprises', *RPS* 1(2023), pp. 61-88.

⁶ L.C. BACKER, 'The Structure of Global Law : Fracture, Fluidity, Permeability and Polycentricity', *Consortium for Peace & Ethics* 7(1)2012, pp. 102-122.

⁷ P. ZUMBANSEN, 'Transnational Law'. In : J. Smits (éd.), *Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Publishing : 2006, pp. 738-754, 746.

⁸ I. BANTEKAS, 'A General Theory Of Transnational Private Law', *Journal de Droit Transnational*, 0/2023, pp. 2-12.

⁹ A.-M. SLAUGHTER, 'A Global Community of Courts', *Harvard International Law Journal* 44(2003), pp. 191-219, 192 s.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

Pourtant, et de manière en apparence paradoxale, cet article soutient que, dans le cadre de la lutte pénale contre la corruption, les tribunaux jouent un rôle de perturbateurs plutôt que de catalyseurs du développement du droit transnational. En effet, loin d'assurer une continuité fluide des normes et des pratiques en matière de résolution des affaires de corruption, ils introduisent un élément de friction qui bouleverse les attentes et les stratégies des différents acteurs impliqués. D'une part, pour les entreprises, les tribunaux représentent une source d'incertitude et d'instabilité : alors que les accords de non-poursuite ou de poursuite différée offrent une certaine prévisibilité et permettent d'éviter des sanctions imprévisibles, le passage devant un tribunal soumet les entreprises à un contrôle judiciaire autonome, susceptible d'aboutir à des décisions plus sévères et de prolonger leur exposition aux risques réputationnels et financiers. D'autre part, pour les autorités de poursuite, les tribunaux compliquent l'efficacité de l'action répressive : alors que les résolutions négociées permettent un traitement rapide des dossiers, les procédures judiciaires requièrent des ressources considérables et exposent les autorités à des aléas procéduraux et stratégiques.

En somme, la perturbation induite par les tribunaux varie selon les intérêts et contraintes des différents acteurs. Cette dynamique illustre le concept de polycentricité¹⁰, selon lequel les décisions dans un système juridique transnational ne sont pas prises de manière linéaire ou centralisée, mais résultent d'interactions entre une pluralité d'acteurs aux intérêts divergents. Ainsi, le droit transnational de la lutte contre la corruption se développe dans un « chaos organisé », où les tribunaux viennent briser les mécanismes de régulation fluide souhaités par certains, tout en créant des espaces de recomposition normative et institutionnelle. Nous démontrons cette proposition en trois étapes : En premier lieu, nous analysons la manière dont la justice pénale se révèle de plus en plus influencée par la normativité transnationale (2.). Ensuite, en nous appuyant sur les rapports nationaux de l'OCDE et sur l'évolution des pratiques de poursuite pénale dans différents pays, nous évaluons les effets de cette normativité sur les tribunaux pénaux pour le cas spécifique de la corruption transnationale d'entreprise (3.). Enfin, dans la conclusion nous examinons les enjeux de ces évolutions pour l'avenir de l'application transnationale du droit (4.).

2 - L'usurpation de la justice pénale par la normativité transnationale

La corruption est l'une des formes les plus importantes de criminalité transnationale.¹¹ Ceci est encore plus vrai en ce qui concerne la corruption d'agent public étrangers par des entreprises,

¹⁰ V. OSTROM, C.M.TIEBOUT, R. WARREN, 'The Organization of Government in Metropolitan Areas: A Theoretical Inquiry', *American Political Science Review* 55(4)1961, pp. 831-842, 831; P. D. ALIGICA, V. TARKO, 'Polycentricity: From Polanyi to Ostrom, and Beyond', *Governance - International Journal of Policy, Administration, and Institutions* 25(2)2012, pp. 237-262.

¹¹ N. BOISTER, *An Introduction to Transnational Criminal Law*, Oxford University Press 2018, pp. 146-167.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

en particulier lorsque ce sont des multinationales qui corrompent. Cela a comme effet¹² de mettre en péril les institutions des États touchés par la corruption, de fragiliser l'économie, d'abimer le bien-être des peuples et de déstabiliser les relations entre les États. En réponse, les gouvernements de certains États, mais également des organisations intergouvernementales, des organisations non gouvernementales et des acteurs privés se sont engagés dans la création de toute sorte de normes - du *hard law* et du *soft law* – pour encadrer ces phénomènes de corruption.¹³ De plus, transnationalisation de la lutte anti-corruption se poursuit, comme en témoignent les efforts en cours déployés au sein de l'Union Européenne pour que le droit pénal de la corruption devienne une affaire de l'union.¹⁴ C'est ainsi sans surprise que l'évolution du droit transnational en matière de droit pénal anti-corruption a suscité un intérêt accru au sein de la communauté scientifique.¹⁵

La transnationalisation du droit s'intéresse notamment à la production des normes – dans de nombreux domaines tels que le droit commercial, le droit constitutionnel, le droit administratif ou la protection des droits de l'homme¹⁶ – et cette production s'analyse avec des méthodes purement juridiques, mais également dans une perspective interdisciplinaire. P. ZUMBANSEN, par exemple, plaide depuis longtemps pour que la transnationalisation du droit soit comprise non seulement comme un phénomène à étudier, mais aussi comme une méthode d'analyse en soi. Cela signifie qu'au lieu de considérer la transnationalisation du droit uniquement comme un processus objectif – à savoir, l'expansion des normes et institutions juridiques au-delà des frontières nationales –, il est essentiel de l'aborder également comme un prisme analytique permettant de mieux comprendre la transformation des structures normatives et des dynamiques de pouvoir..¹⁷ En effet, l'étude de la transnationalisation du droit et des dynamiques

¹² Cf. F. F. FALCONI, J. UGAZ, J. O. GARCIA, Y. E. SOTO, *Victims of Corruption. Back for Payback*, The World Bank and StAR - the Stolen Asset Recovery Initiative, 2023, pp. 1-60, 6.

¹³ Fondamentalement, sur les mécanismes de la transnationalisation, cf. P. ZUMBANSEN, 'Defining the Space of Transnational Law : Legal Theory, Global Governance and Legal Pluralism', *Comparative Research in Law & Political Economy* 21(2021), pp. 1-37. Pour une telle analyse de l'évolution à partir des États-Unis, cf. E. KATZAROVA, *The social construction of global corruption : From Utopia to Neoliberalism*. Palgrave Macmillan 2019 ; E. KATZAROVA, 'From global problems to international norms : what does the social construction of a global corruption problem tell us about the emergence of an international anti-corruption norm'. *Crime Law Soc Change* 70(2018), pp. 299-313. Concernant le phénomène de la corruption stratégique, cf. B. LANG, 'Strategic corruption'. In : L. de Sousa, S. Corrado (édit.), *Elgar Encyclopedia of Corruption and Society*. Edward Elgar Publishing 2024, pp. 313-317 ; concernant les difficultés liées à leur poursuite pénale, cf. N. CAPUS, M. CHIPOFYA, 'Prosecuting Strategic Corruption : Impact on the Integrity of Criminal Justice and Potential Risks of Non-Trial Resolutions in Sub-Saharan African States', *Journal of Public Integrity* (à paraître en 2025).

¹⁴ COM (2023) 234 : 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.

¹⁵ R. BISMUTH, PH. NICOLS, J. DUNIN-WASOWICZ (édit.), *The Transnationalization of Anti-Corruption Law*. Routledge 2021.

¹⁶ P. ZUMBANSEN, 'Transnational Law'. In : Jan Smits (éd.), *Encyclopedia of Comparative Law*. Edward Elgar Publishing : 2006, pp. 738-754, 740 ss.

¹⁷ *Ibid.*

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

du droit transnational a été enrichie par la théorie de l'ordre juridique transnational (*transnational legal order*).¹⁸ Cette théorie explore comment les normes juridiques et les réglementations se forment et se diffusent au-delà des frontières nationales. Elle met en lumière les interactions entre différents acteurs, tels que les États, les organisations internationales, les entreprises et les organisations non gouvernementales dans la création et l'application de ces normes. Cette précieuse approche a ouvert la voie à des analyses interdisciplinaires, notamment sociologiques.¹⁹ Ainsi, l'étude de l'ordre juridique transnational en matière de droit pénal anti-corruption et ses effets dans un contexte national a déjà fait l'objet de plusieurs recherches fructueuses.²⁰ Le concept de récursivité joue un rôle important dans la théorie de l'ordre juridique transnational.²¹ La récursivité se réfère au processus par lequel les normes et les règles sont continuellement créées, adaptées et mises en œuvre à différents niveaux de l'organisation sociale (local, national, transnational). Ce processus récursif comprend la formation des normes, c'est à dire l'émergence des normes au travers des interactions et des négociations entre divers acteurs ; la diffusion des normes, car une fois établies, les normes se diffusent/voyagent et sont adaptées aux contextes locaux ; l'institutionnalisation des normes, faisant référence au fait que les normes sont ensuite intégrées dans les structures juridiques et institutionnelles, influençant à leur tour l'ordre juridique à différents niveaux.

Dans le domaine du droit pénal anticorruption, le concept de récursivité est particulièrement visible à travers l'activité du groupe de travail de l'OCDE sur la corruption (*Anti-Bribery Working Group*). En effet, ce groupe de travail exerce une pression sur les législateurs nationaux, mais aussi sur les autorités de poursuite pénale et les tribunaux. Cette pression se fait par le biais d'évaluations régulières des pays par d'autres pays, dans le but de garantir une mise en œuvre effective des conventions anti-corruption. L'évaluation se déroule en plusieurs phases.²² Dans cet article, nous nous intéressons particulièrement à la phase 4, car elle concerne l'évaluation de la jurisprudence. Cette phase examine les efforts d'application des lois, ce qui a été fait par le pays depuis le dernier rapport concernant faiblesse préalablement repérées ainsi que les changements législatifs et institutionnels récents. L'évaluation de la jurisprudence constitue une partie essentielle de cette analyse. Les examinateurs doivent porter une attention particulière à plusieurs aspects, par exemple la manière dont les tribunaux interprètent les infractions de corruption étrangère, l'application des sanctions et des mesures de réparation,

¹⁸ G. SHAFFER, 'Transnational Legal Process and State Change', *Law & Social Inquiry* 37(2)2012, pp. 229-264.

¹⁹ G. SHAFFER (éd.), *Transnational Legal Ordering and State Change*, Cambridge University Press 2013 ; T. HALLIDAY, G. SHAFFER (éd.), *Transnational Legal Orders*, Cambridge University Press 2015.

²⁰ M. R. SANCHEZ-BADIN, A. SANCHEZ-BADIN, 'Anticorruption in Brazil : From Transnational Legal Order to Disorder', *American Journal of International Law* 13(2019), pp. 326-330 ; R. IVORY, 'Transnational Criminal Law or the Transnational Legal Ordering of Corruption ? Theorizing Australian Corporate Foreign Bribery Reforms'. In : G. Shaffer, E. Aaronson (éd.), *Transnational Legal Ordering of Criminal Justice*, Cambridge University Press 2020, pp. 84-119.

²¹ E. ARONSON, G. SHAFFER, 'Defining Crimes in a Global Age : Criminalization as a Transnational Legal Process', *Law & Social Inquiry* 46(2) 2021, pp. 455-486, 461 ss.

²² OECD, *Anti-Bribery Convention and the Country Monitoring Process*, 2024, pp. 1-10.

ainsi que la cohérence des décisions avec les standards internationaux. Ils doivent également évaluer dans quelles mesures les juges tiennent compte des recommandations de l'OCDE et si des écarts persistent dans l'application des normes.²³ En cas de non-conformité persistante, le Groupe de Travail de l'OCDE peut imposer des mesures telles que des rapports accélérés, une surveillance renforcée, des missions techniques ou diplomatiques, des déclarations publiques, voire la suspension de la phase de suivi suivante.²⁴ Une évaluation critique peut ainsi résulter du fait que les organes juridictionnels ne prennent pas de décisions conformes aux attentes de ces acteurs internationaux. Ceci peut être le cas lorsqu'ils s'orientent vers des standards établis dans le contexte local en matière d'interprétation des normes pénales et d'imputation des responsabilités.

Le Groupe de Travail anti-corruption semble reconnaître le caractère récursif du développement du droit transnational et accorde une attention particulière aux décisions des juridictions locales. Il critique notamment les interprétations restrictives qui risquent de limiter l'application de la Convention de l'OCDE, tout en valorisant les jurisprudences progressistes qui élargissent les notions clés du droit anti-corruption. Par exemple, lorsqu'elles adoptent une interprétation jugée trop restrictive de la notion « en violation des devoirs » ou qu'elles imposent des exigences de preuve trop élevées pour le pacte corruptif.²⁵ Une telle tendance pourrait effectivement limiter le droit à une interprétation large imposée par la norme internationale de la Convention de l'OCDE. D'un autre côté, une jurisprudence progressiste, par exemple sous la forme d'une interprétation large d'agent public par l'acceptation d'un concept d'agent public de fait²⁶, est perçue positivement par l'OCDE et est intégrée dans les commentaires de la Convention de l'OCDE²⁷ afin d'à son tour d'influencer d'autres juridictions. Ce processus crée une interaction dynamique entre le droit pénal international et les jurisprudences nationales, influençant ainsi l'évolution du cadre normatif transnational.

Or, le véritable défi de la transnationalisation pour la justice pénale ne réside pas forcément dans le fait que les normes internationales de droit pénal aient été élaborées avec l'aide d'organisations internationales et intergouvernementales telles que l'OCDE. Plutôt, c'est le fait que ces normes aient été inscrites dans des conventions en tant que directives obligatoires et que leur application est contrôlée qui est un enjeu. Le véritable défi réside ainsi dans le fait que

²³ OECD Anti-Bribery Convention, *Phase 4 Monitoring Guide*. Revised November 2023.

²⁴ OECD, *Anti-Bribery Convention and the Country Monitoring Process*, 2024, pp. 1-10, 9.

²⁵ Pour le premier exemple, cf. entre autre le rapport d'évaluation de l'Autriche : OECD, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: Austria*, 2024, p. 39 ; pour le deuxième, cf. par exemple le rapport d'évaluation du Canada : OECD, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: Canada*, 2023, p. 40.

²⁶ OECD, *Implementing the OECD Anti-Bribery Convention Phase 4 Report: Switzerland*, 2018, p. 75.

²⁷ OECD, *Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions*, OECD/LEGAL/0293, 2025, par. 16, 12 ; pour plus de détails concernant cette jurisprudence sur les agent publics de fait, cf. K., LASSLETT, N. CAPUS, 'Shadow state structures and the threat to anti-corruption enforcement: evidence from Uzbekistan's telecommunications bribery scandal'. *Crime Law Soc Change* 81(2024), pp. 343-364.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

le droit transnational dépasse la dichotomie entre le droit national et le droit international. En effet, dans le cas de la lutte anti-corruption, la co-régulation est particulière dès lors qu'elle implique la participation d'acteurs non-étatique.²⁸ C'est cet aspect qui a durablement modifié la justice pénale dans le domaine du droit pénal économique. En effet, depuis les années 2000, une imbrication croissante des normes de droit pénal avec des normes informelles, prétendument valides, s'est développée dans le domaine de la « compliance ».²⁹

L'imbrication des normes pénales et des normes de « compliance » ou de conformité en français se manifeste à plusieurs niveaux et transforment profondément l'application du droit pénal en matière de corruption d'agents publics étrangers.

Tout d'abord, les normes de conformité, initialement conçues comme des instruments d'autorégulation des entreprises, sont désormais utilisées par les tribunaux et les autorités de poursuite comme des critères d'évaluation de la responsabilité pénale des entreprises. Ainsi, l'existence d'un programme de conformité robuste au sein d'une entreprise et son application effective peuvent être invoquées pour atténuer une sanction ou, dans certains systèmes, justifier une exemption de responsabilité. À l'inverse, l'absence ou l'inefficacité d'un tel programme peut être interprétée comme un défaut organisationnel constituant en soi une faute pénale.³⁰

Ensuite, ces normes influencent directement l'interprétation des infractions elles-mêmes. Par exemple, dans certaines juridictions, la diligence raisonnable exercée par une entreprise pour prévenir les actes de corruption est devenue un élément clé pour établir l'intention ou la négligence dans les poursuites contre les personnes morales. De même, les seuils de responsabilité pénale se calquent de plus en plus sur des standards issus des lignes directrices de l'OCDE, des recommandations du FCPA américain ou des guides de bonne conduite d'organisations professionnelles. En conséquence, les normes de conformité ne sont plus de simples outils de gestion des risques, mais des référentiels normatifs qui façonnent les contours de la responsabilité pénale en matière de corruption transnationale.

En d'autres termes, les normes de conformité en tant que cadre de référence pour l'interprétation des normes pénales a vu le jour en dehors des processus législatifs démocratiques et de manière autonome, en fonction des intérêts propres des entreprises.³¹ Cette

²⁸ F. JESSBERGER, 'Transnational Strafrecht, Internationales Strafrecht, Transnational Strafrechtsgeltung - eine Orientierung'. In : G.-P. Calliess (éd.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Mohr Siebeck 2014, pp. 527-537, 527.

²⁹ I. ZERBES, 'Transnationales Korruptionsstrafrecht: Gestaltungsmacht privater Akteure hinter staatlichem Regelungsanspruch'. In : G.-P. Calliess (éd.), *Transnationales Recht. Stand und Perspektiven*, Mohr Siebeck 2014, pp. 539-554, 543.

³⁰ OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, 2019, pp. 101 ss, 124 ss.

³¹ G. V. VILAÇA, 'Transnational Legal Normativity'. In : M.N.S. Sellers, St. Kirste (édit.), *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*, 2017, pp. 1-8, 1. Mais, concernant l'autonomie de la réglementation des entreprises multinationales, cf. déjà J.-Ph. Robé, 'L'entreprise en droit', *Droit et Société* 29(1995), pp. 117-136.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

évolution renforce le rôle des acteurs privés dans la définition et l'application du droit pénal économique. Cela pose des défis majeurs en matière de transparence et de contrôle judiciaire. Bien que le processus législatif classique soit lui aussi entaché de lobbying, il est néanmoins soumis à une procédure pluraliste dans laquelle différents acteurs peuvent exercer une influence. En revanche, les normes de conformité reposent sur une expertise extra-juridique spécialisée, développée en premier lieu par les acteurs qu'elle est censée réglementer.³²

L'imputation pénale d'un acte de corruption au sein d'une entreprise dépend en grande partie de la manière dont son système de conformité identifie, encadre et documente les comportements répréhensibles. Plusieurs paramètres de contrôle essentiels doivent être pris en compte afin d'évaluer la pertinence et l'impact du dispositif de conformité dans la prévention et la détection des infractions. Premièrement, les autorités examinent si des mesures préventives - par exemple des formations, des règlements internes ou des procédures de *due diligence* - existent réellement et sont appliquées. Deuxièmement, l'analyse porte sur l'existence de mécanismes de contrôle interne performants, en particulier sur la capacité de l'entreprise à identifier et documenter les cas suspects et, le cas échéant, sanctionner les auteurs. Troisièmement, la réaction aux incidents concrets joue un rôle essentiel, notamment si des enquêtes internes ont été lancées, si des mesures correctives ont été prises et si, le cas échéant, une coopération avec les autorités de poursuite pénale a été assurée. Cela montre bien qu'à présent, la conformité anti-corruption remplit une double fonction. D'une part, elle protège les entreprises contre la responsabilité pénale en documentant le respect des obligations de diligence, d'autre part, elle est de plus en plus utilisée comme critère normatif pour l'évaluation pénale du comportement des entreprises.³³

L'importance croissante des programmes de conformité dans le domaine de la lutte contre la corruption est l'expression d'un changement profond et plus large dans la gouvernance par le droit. Ce changement se traduit par le passage d'une gouvernance classique et binaire par le droit (« c'est bien, c'est mal ») à une forme décentralisée de régulation, dans laquelle l'État n'est plus le seul acteur du contrôle de la criminalité, mais fait appel à des instances non gouvernementales. Cette forme de régulation rappelle le concept de gouvernementalité au sens foucauldien de *gouverner à distance*.³⁴ Le principe de la « conduite des conduites » identifié par

³² U. SIEBER, 'Compliance-Programme im Unternehmensstrafrecht. Ein neues Konzept zur Kontrolle von Wirtschaftskriminalität'. In : U. Sieber, G. Dannecker, U. Kindhäuser, J. Vogel, T. Walter (édit.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Verlag 2008, pp. 461-496 ; M. PIETH, 'Co-Regulierung im Wirtschaftsstrafrecht'. In : U. Neumann, F. Herzog (édit.), *Festschrift für Winfried Hassemer*, C.F. Müller Verlag, 2010, pp. 891-898.

³³ Pour un exemple d'un soulignement de l'importance de la conformité d'un point de vue d'une autorité de contrôle étatique cf. Agence Française Anticorruption, *Guide pratique. La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise*, Paris 2019, pp. 1-18.

³⁴ Cf. pour une analyse dans le contexte de l'antiblanchiment qui est comparable au domaine de l'anticorruption, cf. N. CAPUS, 'Self-Regulation in Combating Money Laundering', *Journal of Money Laundering Control* 6(4)2003, pp. 355-366, 359 avec renvoi (p. 365, note 55) à l'origine de ce concept, dans les travaux de N. ROSE,

Foucault³⁵ est central pour le régime de conformité actuel : l'État continue certes à fixer les normes pénales, en instaurant par exemple la responsabilité pénale des entreprises, mais d'une manière qui laisse indéterminé le choix des mesures nécessaires et appropriées pour prévenir la corruption, transférant ainsi aux entreprises elles-mêmes la tâche de définir et de mettre en œuvre les standards de conformité qui détermineront in fine leur responsabilité pénale. Dans ce modèle, les entreprises et les auditeurs jouent un rôle central en agissant en tant que « co-régulateurs » et en établissant des systèmes de conformité qui doivent avoir un effet préventif. Cette autorégulation conduit à une fragmentation du contrôle de la criminalité³⁶, dans laquelle interviennent de multiples acteurs aux intérêts parfois divergents.³⁷

Dans l'ensemble, il apparaît que la montée en puissance des programmes de conformité ne peut pas être comprise uniquement comme un instrument technique de lutte contre la criminalité économique, mais comme l'expression d'une transformation fondamentale de la relation entre l'État, le droit et l'économie.³⁸ Les mécanismes classiques du droit pénal sont complétés par des stratégies de gouvernance qui misent sur l'autorégulation, la gestion des risques et le contrôle indirect. Il en résulte une nouvelle configuration du pouvoir et de la responsabilité, dans laquelle l'État n'abandonne pas sa fonction de contrôle, mais la multiplie et la décentralise par le biais d'une multitude d'acteurs non étatiques – un processus qui brouille de plus en plus les frontières entre régulation publique et privée. Dès lors que les normes et les régulations sur la lutte anti-corruption émanent d'efforts conjoint entre secteur public et privé, quel impact cela aura sur les tribunaux, une entité encore entièrement publique ?

3 - Les tribunaux comme facteurs de perturbation ?

A - Le glissement de l'autorité dans la détermination du contenu normatif des normes pénales

Le glissement de l'autorité en ce qui concerne la détermination du contenu normatif des normes pénales anti-corruption co-construite avec des acteurs non-étatique peut être perçu comme

P. MILLER, 'Political Power Beyond the State : Problematics of Government', *British Journal of Sociology*, 43(2)1992, pp. 173-205, qui l'ont eux-mêmes emprunté de Latour et Callon à travers la notion d'*action à distance* qui désigne la manière dont une autorité peut maintenir le contrôle sur un processus sans y être directement impliquée.

³⁵ M. FOUCAULT, 'Préface à l'histoire de la sexualité', *Dits et Écrits*, tome IV, 1984, pp. 578-584, 582 ; cf. aussi F. AGGERI, 'La gouvernementalité chez Foucault : une perspective sur l'instrumentation de gestion'. In : P. Gilbert, et D. Mourey (édit.), *Philosophe et outils de gestion : Entre dévoilement des impensés et nouvelles potentialités de théorisation*, Editions EMS, 2021, pp. 73-96 ; C. GORDON, 'Foucault in Britain'. In : A. Barry, T. Osborne, N. Rose (édit.), *Foucault and political reason*, The University of Chicago Press 1996, pp. 253-270, 2.

³⁶ N. CAPUS, *Die Fragmentierung der Kriminalitätskontrolle*, Haupt Verlag, 2002, pp. 43-46.

³⁷ M. PIETH, 'Multi-stakeholder initiatives to combat money laundering and bribery'. In : Ch. Brüttsch, D. Lehmkuhl (édit.), *Law and Legalizations in Transnational Relations*, Routledge 2007, pp. 81-100, 93 ss.

³⁸ E. OSTROM, 'Beyond Markets and States: Polycentric Governance of Complex Economic Systems', *American Economic Review* 100(3) 2010, pp. 641-672.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

défendable au premier abord. En effet, la doctrine du droit pénal reconnaît que les tribunaux peuvent avoir recours à des normes externes, en particulier dans les domaines qui requièrent des connaissances techniques spécifiques.³⁹ Cela correspond au principe selon lequel les dispositions du droit pénal doivent être interprétées dans le contexte de la matière concernée afin de garantir une application conforme au droit.⁴⁰

Ainsi, en droit pénal de l'environnement, il s'avère que les tribunaux se réfèrent souvent à des réglementations techniques, telles que les valeurs limites d'émission issues de décrets de droit de l'environnement ou les normes de sécurité usuelles dans l'industrie, pour juger de la punissabilité d'un acte. La responsabilité pénale en cas de pollution de l'eau, par exemple, s'oriente régulièrement vers les prescriptions du droit de l'eau. De même, en droit pénal médical, par exemple lors de l'examen d'un homicide involontaire dû à une faute médicale, on se réfère de manière déterminante à des directives médicales ou à des normes professionnelles généralement reconnues.

Une telle référence à des normes spécialisées s'inscrit toutefois toujours dans le cadre des principes dogmatiques du droit pénal, notamment la précision des normes pénales et le principe de culpabilité. Alors que le tribunal peut se référer à des normes externes pour concrétiser des faits pénaux, il reste néanmoins lié aux prescriptions de la légalité. Une reprise non critique de normes spécialisées pourrait sinon conduire à un transfert inadmissible du pouvoir de fixation des normes à des institutions non légitimées démocratiquement.

La difficulté consiste donc à contrebalancer la prise en compte nécessaire d'un savoir spécialisé pour la concrétisation appropriée de normes pénales et la délégation inadmissible d'un pouvoir de décision normatif à des acteurs non-étatique. La solution requise par l'État de droit consiste à ne recourir à des normes spécialisées externes qu'à titre d'orientation et à soumettre l'évaluation normative finale à des principes dogmatiques du droit pénal. En d'autres termes, il ne doit pas y avoir de lien avec des organes spécialisés pour, par exemple, la détermination du seuil de négligence en droit pénal.

Or, les normes de conformité dans le domaine du droit pénal des affaires posent, selon nous, un problème catégoriquement différent, particulièrement en ce qui concerne la responsabilité des entreprises et la lutte contre la corruption. Dans les domaines précédemment cités, tels que le droit pénal de l'environnement ou le droit pénal médical, il est fait recours à des paramètres de mesure claires et empiriquement vérifiables ou à des données techniques hautement spécialisées - par exemple des mesures de limite pour les émissions ou des paramètres de traitement médical. En revanche, l'intégration des normes de conformité ne concerne pas des

³⁹ L. BOY, 'Normes techniques et normes juridiques', *Cahiers du conseil constitutionnel* n° 21, janvier 2007.

⁴⁰ F. OST, M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Presse Universitaire Saint-Louis Bruxelles, 2010, p. 120.

paramètres physiques ou scientifiques objectifs. Ces normes de conformité pourraient plutôt s'apparenter à une attribution normative de valeurs, c'est-à-dire à l'évaluation de certains comportements comme « appropriés », et « raisonnables » ou « nécessaires ».

Un exemple primordial est celui de l'évaluation des stratégies de gestion des risques des entreprises dans le domaine de la prévention de la corruption. Définir si une entreprise facilite sciemment la corruption en recourant à des intermédiaires ou si elle se contente d'entretenir des relations commerciales légitimes n'est pas possible sur la base de critères neutres et objectifs, cela va dépendre d'une appréciation normative. Il en va de même pour l'utilisation de structures complexes de sociétés de domicile : selon les normes juridiques actuelles, celles-ci constituent dans certains cas des possibilités légitimes d'organisation fiscale et de gestion d'entreprise. Mais dans d'autres contextes, elles peuvent être interprétées comme des actes de dissimulation et ainsi devenir l'indice d'un contournement évident des règles anti-corruption.

Cette évolution est particulièrement problématique lorsque les normes de conformité ne sont plus, comme décrit auparavant, seulement utilisées comme repères pour l'évaluation de la faute d'organisation, mais qu'elles fixent de fait le critère même de la responsabilité pénale. La question de savoir si une entreprise a mis en œuvre des contrôles internes « suffisants » pour s'exonérer d'une responsabilité pénale n'est plus seulement déduite de dispositions légales ou de principes dogmatiques du droit pénal, mais de normes et de meilleures pratiques développées par le secteur privé. Contrairement aux domaines techniques, dans lesquels des méthodes de mesure spécialisées ou des tests empiriques permettent une vérification indépendante, les normes de conformité transnationales reposent sur une construction consensuelle sociale et économique qui évolue de manière dynamique et qui ne correspond pas nécessairement aux exigences de l'intérêt public en matière de responsabilité pénale.

B - Le glissement de l'autorité dans la détermination des faits pertinents

Toutefois, dans le domaine du droit pénal transnational de la corruption, il est possible d'observer une particularité allant au-delà du glissement de l'autorité normative. En effet, outre l'autorité normative, l'autorité sur la constatation des faits s'est également déplacée. L'établissement croissant des instruments transactionnels de justice pénale - la justice négociée - montre une transformation profonde de la répression pénale des crimes économiques.⁴¹ Il s'agit de processus permettant de clore des procédures pénales de corruption et de criminalité

⁴¹ N. LORD, 'Responding to Transnational Corporate Bribery Using International Frameworks for Enforcement: Anti-Bribery and Corruption in the UK and Germany', *Criminology & Criminal Justice*, 14(1)2014, pp. 100-120; A. MAKINWA, T. SØREIDE, *Structured Criminal Settlements: Towards Global Standards in Structured Criminal Settlements for Corruption Offences*, The International Bar Association (IBA), Anti-Corruption Committee, Structured Criminal Settlements Sub-Committee, December 2018; F. LÜTH, 'Corporate non-prosecution agreements as transnational human problems: transnational law and the study of domestic criminal justice reforms in a globalised world', *Transnational Legal Theory*, 12(2)2021, pp. 315-333.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

économique par des négociations avec les autorités compétentes, sans qu'il y ait de procédure judiciaire complète et contradictoire. La négociation implique notamment que les autorités de poursuite pénale récompensent certains « bons » comportements tels que l'auto-dénonciation, ou la coopération des entreprises pendant les enquêtes pénales. Ces récompenses prennent la forme de réductions de peine ou, selon le système en vigueur, d'exemption de peine. Certaines variantes particulièrement favorables aux entreprises de ces résolutions de justice négociées prévoient que la sanction pénale ne soit pas assortie d'une déclaration de culpabilité, afin de ne pas nuire à leur position concurrentielle dans les appels d'offres publics.⁴² Selon une étude de l'OCDE, près de 80 % des affaires de corruption internationale ont été résolues par des résolutions transactionnelles.⁴³

Le rôle des tribunaux a dû être repensé dans ces procédures afin de limiter au maximum leur intervention tout en maintenant une forme d'implication.⁴⁴ Cela a été réalisé, par exemple, dans le cadre des *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) au Pays de Galles et des *Conventions Judiciaires d'Intérêt Public* en France.⁴⁵ Ainsi, ces accords continuent de nécessiter une approbation judiciaire ou sont au moins soumis à un contrôle judiciaire. Cela entraîne un déplacement de la fonction initiale des tribunaux. D'un contrôle substantiel des faits et des normes, les tribunaux se retrouvent à endosser un rôle de « validateur » d'accords déjà négociés entre le ministère public et les entreprises. Cela pose la question de savoir dans quelle mesure les tribunaux demeurent réellement une instance de contrôle efficace ou s'ils se transforment en simples organes d'approbation.

Au Pays de Galles, dans le cas des DPA, l'examen se déroule en deux phases. Tout d'abord, une audience préliminaire à huis clos a lieu, au cours de laquelle le tribunal décide si l'accord peut en principe être approuvé.⁴⁶ Ce n'est qu'après cette phase qu'une audience publique a lieu,

⁴² J.-F. BOHNERT, 'La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence'. In : N. Capus, F. Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Helbing 2024, pp. 33-46, 38.

⁴³ OCDE, *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: Settlements and Non-Trial Agreements by Parties to the Anti-Bribery Convention*, 2019.

⁴⁴ N. CAPUS, F. HOHL ZÜRCHER, 'Revamping Anticorruption Criminal Law – The Making of (In-)Transparency'. In : N. Capus, F. Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Helbing 2024, pp. 1-24, 2 ss.

⁴⁵ Cf. la section 45 de la partie 17 de *Crime and Courts Act 2013*, entrer en vigueur le 24 février 2014. Cette loi est complétée et soutenue par un Code de pratiques (« le Code DPA »), des Directives conjointes de poursuites concernant les entreprises et la Partie 11 des *Criminal Procedure Rules 2020* ; 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.

⁴⁶ S. MACMANUS, J. CONROY, 'Negotiated Justice in Transnational Corruption – A UK Perspective on Transparency'. In : N. Capus, F. Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Helbing 2024, pp. 47-62, 50.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

au cours de laquelle l'approbation finale est donnée.⁴⁷ En théorie, les tribunaux possèdent ainsi une fonction de contrôle essentielle en ce sens qu'ils doivent vérifier si l'accord est dans l'intérêt public et si ses conditions sont équitables, appropriées et proportionnées.⁴⁸ Bien que les tribunaux aient la possibilité de rejeter un accord, cela se produit rarement dans la pratique. Leur rôle est essentiellement réactif, puisqu'ils confirment surtout les accords plutôt que d'intervenir activement dans le processus de négociation.

En France, on observe une situation similaire dans le cadre des Conventions Judiciaires d'Intérêt Public. Or, le contrôle judiciaire sur ces conventions est encore plus limité qu'au Pays de Galles, le rôle du tribunal se bornant à une validation ou un rejet formel d'un accord, sans pouvoir y apporter des modifications.⁴⁹ Cela laisse peu de place à une adaptation dans le but de l'intérêt public ou à une analyse plus approfondie des faits sous-jacents. De plus, dans le cas des CJI, le tribunal n'intervient dans le processus de négociation qu'à un stade tardif, c'est à dire lorsque l'accord a déjà été négocié entre le ministère public et l'entreprise alors que le tribunal intervient plus tôt au Pays de Galles – pendant la négociation et avant l'approbation.

Enfin, toutes les formes d'instruments transactionnels se caractérisent en général par le fait qu'elles répondent dans une large mesure au besoin de discrétion des acteurs économiques. Une part importante du contenu de ces accords reste confidentielle, notamment lorsqu'il s'agit d'actes de corruption non poursuivis, d'individus ou d'autres entreprises impliquées. Il en résulte que les instruments transactionnels sont des procédures opaques.⁵⁰ Mais la vraie question, semble-t-il, est de savoir quelle est l'autonomie réelle du pouvoir de contrôle judiciaire. Pour le vérifier, il faut tenir compte de l'importance croissante des enquêtes internes, menées par les entreprises elles-mêmes ou par des cabinets d'avocats externes.⁵¹

Ces enquêtes internes jouent un double rôle : d'une part, elles sont un facteur décisif pour que les autorités de poursuite pénale de l'État envisagent une justice négociée. En effet, la

⁴⁷ F. CHAN, G. CAROLE, B. RACHEL, M. SPEERS, 'Understanding transnational bribery: a corporate crime framework', *Crime Law Soc. Change* 75 (3), pp. 221–245; N. CAPUS, M. BOZINOVA, 'Impression Management in Corporate Corruption Settlements: The Storied Self of the Prosecutorial Authority', *International Journal of Law, Crime and Justice* 73/2023, 10578, pp. 1-11, 3.

⁴⁸ N. LORD, 'Prosecution Deferred, Prosecution Exempt: On the Interests of (In)Justice in the Non-trial Resolution of Transnational Corporate Bribery', *The British Journal of Criminology* 63(4)/2023, pp. 848-866.

⁴⁹ J.-F. BOHNERT, 'La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence'. In : N. Capus, F. Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Helbing 2024, pp. 33-46, 37.

⁵⁰ N. CAPUS, M. BOZINOVA, 'Impression Management in Corporate Corruption Settlements: The Storied Self of the Prosecutorial Authority', *International Journal of Law, Crime and Justice* 73/2023, 10578, pp. 1-11.

⁵¹ C. GÖTZ STAEHELIN, S. LEMBO, 'Transparency in Cross- Border Corruption Cases – From Investigation to Disclosure and Resolution'. N. Capus, F. Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Helbing 2024, pp. 63-96, 70.

LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?

Vol. 1 – 2025

réalisation d'une enquête interne est considérée comme une volonté de coopérer, ce qui est l'un des critères afin d'engager une résolution transactionnelle. Dans une étape ultérieure, c'est-à-dire seulement après l'accord, elles servent alors de mécanisme de contrôle et de suivi du respect des obligations de conformité.⁵²

Les enquêtes internes sont menées soit par les services de conformité de l'entreprise, soit par des cabinets externes ou des spécialistes en criminalistique. L'objectif est de déterminer d'éventuels faits relevant du droit pénal, d'identifier les responsabilités et de préparer l'entreprise à une approche coopérative avec les autorités de poursuite pénale. La coopération implique également le partage des conclusions des enquêtes internes et la remise des preuves trouvées dans ce cadre.

La coopération avec les autorités de poursuite pénale par le biais de la transparence sur les résultats de l'enquête interne, de la divulgation des preuves et d'un soutien proactif à l'enquête est explicitement prônée par les autorités de poursuite pénale de l'État. Dans le système judiciaire américain, le **manuel de justice** du ministère de la justice (DOJ) stipule que la qualité des enquêtes internes et la volonté de coopérer des entreprises déterminent l'ampleur des sanctions et la possibilité d'un DPA.⁵³ Au Royaume-Uni également, cela a été un élément central de la jurisprudence, par exemple dans la **décision Rolls-Royce** du Serious Fraud Office (SFO). Dans ce cas, le tribunal a souligné que la divulgation des résultats de l'enquête interne était une condition essentielle à la négociation d'un DPA.⁵⁴ De même, en France, l'**Agence Française Anticorruption (AFA)** et le **Parquet National Financier (PNF)** soulignent que les enquêtes internes sont des facteurs essentiels dans la résolution des cas suspects et sont cruciaux pour les entreprises qui souhaitent obtenir des réductions de peine.⁵⁵

Cependant, dès lors que ce sont des enquêtes internes, il est raisonnable de questionner leur réelle indépendance et objectivités. Le fait les acteurs menant l'enquête soient soit les départements de compliance des entreprises des cabinets externes mandatés par les entreprises soulève en effet des questions fondamentales sur la crédibilité de ces enquêtes. Ironiquement, une des raisons pour laquelle les autorités de poursuite pénale sont prêtes à entrer en matière sur la justice négociée réside précisément dans le fait qu'elles ne disposent pas des ressources nécessaires pour mener elles-mêmes de telles enquêtes. De plus, le corset de la prescription fait que les chances de succès de l'obtention des mêmes informations par le biais de la procédure d'entraide judiciaire sont très faibles.

⁵² N. CAPUS, B. LAPÉROU-SCHENEIDER, 'L'articulation entre enquête judiciaire et enquête interne. Le recours au partenariat public-privé dans le cadre de l'instruction de dossiers en matière de corruption' (à paraître).

⁵³ U.S. Department of Justice, *Justice Manual*, § 9-28.000, « Principles of Federal Prosecution of Business Organizations », 9-28.700 - The Value of Cooperation.

⁵⁴ Serious Fraud Office v Rolls-Royce, case no. U20170036, jugement du 17 janvier 2017, para. 17.

⁵⁵ AFA/PNF, Les enquêtes internes anticorruption. Guide pratique, Mars 2023.

Les autorités de poursuite pénale de l'État dépendent ainsi de plus en plus des enquêtes internes menées par les entreprises elles-mêmes. Ces enquêtes ont l'avantage d'être plus agiles et plus rapides. Cependant, cette situation soulève des inquiétudes. En effet, les entreprises peuvent choisir quels faits elles souhaitent divulguer et lesquels elles préfèrent garder confidentiels. Il existe donc un risque qu'elles ne communiquent les informations que de manière sélective, dans le but de minimiser d'éventuelles conséquences pénales.

Ce problème des autorités de poursuite pénale se perpétue et concerne également les tribunaux. L'une des questions centrales, à laquelle il ne peut être répondu que de manière empirique, est de savoir si les tribunaux sont en mesure d'agir en tant qu'instances indépendantes lorsque la base de leurs décisions est largement influencée par des enquêtes internes pilotées par les entreprises elles-mêmes. La compétence de contrôle judiciaire se trouve ainsi à la croisée des chemins entre **la justice négociée, l'autonomie des entreprises et la nécessité d'un système de justice pénale efficace.**

Le risque est évident de voir s'éroder la fonction des tribunaux d'établir et d'évaluer les faits pertinents. Les tribunaux sont de plus en plus poussés dans le rôle d'approbateurs passifs d'accords dont ils ne peuvent guère vérifier les bases factuelles de manière indépendante. Un contrôle judiciaire efficace implique nécessairement une part d'imprévisibilité. Les tribunaux, qui agissent de manière indépendante et non hiérarchique, sont alors susceptibles de perturber le processus de négociation entre les entreprises et les procureurs. C'est précisément cette imprévisibilité des décisions judiciaires qui pousse de plus en plus à écarter les tribunaux de ces procédures.

4 - Conclusion

Nous l'avons vu, le droit anti-corruption est un exemple crucial de droit transnational qui s'immisce en profondeur dans les systèmes juridiques nationaux par le biais de conventions internationales telles que la Convention de l'OCDE et de l'ONU contre la corruption, d'accords bilatéraux et de mécanismes supranationaux.

L'analyse montre que la transnationalisation du droit pénal des affaires ne se limite pas à une simple adaptation des lois pénales nationales. La réglementation et la sanction des délits de corruption se sont de plus en plus déplacées vers un ordre hybride dans lequel les organisations internationales, les acteurs non étatiques et les entreprises jouent un rôle décisif. Cette évolution est particulièrement visible au sein du groupe de travail anti-corruption de l'OCDE, qui exerce une pression continue sur les législateurs nationaux et les autorités de poursuite pénale par le biais d'évaluations par pays, afin de garantir une mise en œuvre efficace des normes internationales de lutte contre la corruption. Il en résulte des interactions complexes entre l'élaboration de normes internationales et l'interprétation juridique nationale. Cela conduit à une mise en œuvre variable et remet ainsi en question la sécurité juridique.

**LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?**

Vol. 1 – 2025

L'un des principaux constats de ce papier est l'importance croissante des programmes de conformité dans les procédures judiciaires et de prévention. Initialement développés par les entreprises, ces mécanismes de contrôle interne ont depuis longtemps dépassé le cadre de l'autorégulation et servent désormais de référence en matière de responsabilité pénale. Les tribunaux et les autorités de poursuite pénale s'orientent de plus en plus vers des normes établies par le secteur privé, offrant ainsi le pouvoir de définir des normes pénales dans le domaine de la gouvernance d'entreprise à la sphère privée. Cette situation paradoxale est le résultat d'un manque de ressources et de procédures d'enquête interminables pour les autorités de poursuite pénale de l'État, tandis que les acteurs privés assument de plus en plus le rôle d'interprétation et d'application des normes, mais en fonction de leurs propres intérêts.

Pourtant, et de manière en apparence paradoxale, notre analyse met en évidence que, dans le cadre de la lutte pénale contre la corruption, les tribunaux semblent jouer un rôle de perturbateurs plutôt que de catalyseurs du développement du droit transnational. En effet, loin d'assurer une continuité fluide des normes et des pratiques en matière de résolution des affaires de corruption, ils introduisent un élément de friction qui bouleverse les attentes et les stratégies des différents acteurs impliqués. D'une part, pour les entreprises, les tribunaux représentent une source d'incertitude et d'instabilité : alors que les accords de non-poursuite ou de poursuite différée offrent une certaine prévisibilité et permettent d'éviter des sanctions imprévisibles, le passage devant un tribunal soumet les entreprises à un contrôle judiciaire autonome, susceptible d'aboutir à des décisions plus sévères et de prolonger leur exposition aux risques réputationnels et financiers. D'autre part, pour les autorités de poursuite, les tribunaux compliquent l'efficacité de l'action répressive : alors que les résolutions négociées permettent un traitement rapide des dossiers, les procédures judiciaires requièrent des ressources considérables et exposent les autorités à des aléas procéduraux et stratégiques.

Notre étude met ainsi en lumière cette transformation en profondeur du rôle des tribunaux dans le droit pénal anti-corruption transnational. Alors qu'ils étaient autrefois considérés comme des catalyseurs de la transnationalisation, ils sont de plus en plus perçus comme des obstacles, des perturbateurs, dans le cadre de l'évolution vers la justice négociée. Nous avons évalué de manière critique le transfert du pouvoir de définition normative des tribunaux vers les acteurs du secteur privé. Le fait que les normes de conformité ne soient pas des critères objectifs et empiriquement vérifiables, mais qu'elles se développent à partir de considérations économiques et stratégiques, est particulièrement problématique.

Elles ne reflètent pas des principes universels de droit pénal, mais plutôt les meilleures pratiques basées sur le consensus, qui servent souvent les intérêts des entreprises. Il en résulte une distorsion potentielle de la responsabilité pénale, car les entreprises peuvent influencer le niveau de responsabilité auquel elles seront tenues grâce à la conception de leurs propres mécanismes de contrôle. La sécurité juridique et l'égalité de traitement sont ainsi menacées,

**LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?**

Vol. 1 – 2025

car les acteurs économiquement puissants disposent de ressources supérieures leur permettant d'échapper de facto aux poursuites pénales grâce à une gestion stratégique de la conformité. En outre, nous avons mis en évidence que le déplacement du pouvoir de définition des faits pertinents pour l'évaluation pénale des faits constitue un autre facteur central de l'évolution du droit pénal anticorruption. L'importance croissante des résolutions de justice négociée et la prédominance des enquêtes internes qui en découle ont pour conséquence que les tribunaux agissent de moins en moins en tant qu'instances de contrôle indépendantes, mais tendent simplement à confirmer des accords déjà négociés. Cela réduit leur rôle à une validation purement formelle, au lieu de procéder à un examen substantiel des accusations.

Il en résulte un affaiblissement structurel du contrôle judiciaire dans ce domaine. L'indépendance des tribunaux est compromise par le fait que leur base de décision repose de plus en plus sur des informations fournies par les entreprises elles-mêmes. Cela soulève des questions considérables quant à la transparence et à la crédibilité de ces procédures, notamment lorsque les entreprises sélectionnent et présentent des informations de manière ciblée afin d'obtenir des réductions de peine.

Les principaux défis de cette évolution sont multiples. D'une part, la composante négociée permet de résoudre les affaires de corruption de manière plus efficace et pragmatique, ce qui semble souvent nécessaire dans un contexte transnational marqué par la complexité des faits et la présence d'entreprises multinationales. D'autre part, l'éviction croissante des tribunaux des poursuites actives mine les principes essentiels de l'État de droit. Lorsqu'ils sont réduits à un rôle formel, les tribunaux se trouvent dessaisis de leur rôle de contrôle judiciaire, ce qui donne une influence disproportionnée à des acteurs économiquement puissants sur les poursuites pénales. Cela comporte le risque que la lutte contre la corruption soit considérée moins comme un instrument d'administration de la justice que comme un moyen de négociation politico-économique. Pour contrer cette tendance, il conviendrait de réévaluer le rôle des tribunaux dans le droit pénal économique transnational. Un contrôle judiciaire plus accru des preuves et des enquêtes internes utilisées dans les résolutions de justice négociée serait une première étape pour garantir la transparence et l'indépendance. Il conviendrait également d'examiner dans quelle mesure les tribunaux pourraient être impliqués plus tôt dans les processus de négociation de tels accords afin de garantir un contrôle efficace de l'État de droit. Sans de telles réformes, l'autorité judiciaire risque de s'affaiblir progressivement, ce qui pourrait, à long terme, non seulement menacer la crédibilité du droit pénal anticorruption, mais aussi la légitimité du droit pénal économique dans son ensemble.

En outre, le pouvoir de contrôle judiciaire ne peut se concrétiser que s'il peut être exercé efficacement, et ce, même dans les affaires pénales économiques complexes. Toutefois, cela nécessite à la fois une grande compétence technique des tribunaux et des ressources adéquates, sans oublier la nécessité de repenser le cadre juridique général. Il est en effet paradoxal de créer

**LE TRIBUNAL PÉNAL : UN ÉLÉMENT PERTURBATEUR DANS LE FLUX FLUIDE DU DROIT
TRANSNATIONAL DE LA LUTTE ANTICORRUPTION?**

Vol. 1 – 2025

et de maintenir un cadre juridique qui permet aux entreprises de mettre en place des structures financières et organisationnelles extrêmement complexes, souvent dans le but de dissimulation, tout en privant la justice pénale des outils essentiels pour percer cette complexité. L'essence même de la responsabilité pénale, à savoir l'évaluation publique et indépendante de faits potentiellement incriminants et l'attribution de la culpabilité, est systématiquement sapée par ce système. La disparition des tribunaux en tant qu'instance centrale dans la poursuite de la criminalité économique ne signifie donc pas seulement une décharge de l'appareil judiciaire, mais plutôt un affaiblissement de la légitimité et de l'applicabilité du droit pénal dans un domaine particulièrement vulnérable aux abus de pouvoir et aux incitations erronées du système.