

Véronique Jaquier/Camille Montavon/Charlotte Iselin
**Rapports sexuels non consentis en droit pénal
suisse : pourquoi une telle « résistance » ?**

Dorrit Schleiminger
**Wiederholung der Beweiserhebung bei Teilnahme-
rechtsverletzung (Art. 147 Abs. 3 StPO) und Recht
auf Konfrontation (Art. 6 Ziff. 3 lit. d EMRK)**

Grégoire Mégevand
Accords hors procès avec des entreprises

Fabian Brand
**Art. 53 StGB – Verfahrensnorm zwischen
strafrechtlicher Prozeduralisierung und
staatlichem Strafanspruch**

Simon Kottmann
**Problematiken des Einvernahmeprotokolls –
die audiovisuelle Aufzeichnung als denkbare
Alternative?**



ZStrR
RPS
RPS

Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht
Revue Pénale Suisse
Rivista Penale Svizzera

Gegründet von/Fondée par/Fondata da C. Stooss 1888

Herausgeberschaft – Comité de direction – Comitato di direzione

Ackermann Jürg-Beat, Prof., Luzern – *Bommer Felix*, Prof., Zürich – *Cassani Ursula*, Prof., Genève – *Donatsch Andreas*, em. Prof., Unterengstringen – *Gless Sabine*, Prof., Basel – *Kuhn André*, Prof., Neuchâtel – *Kunz Karl-Ludwig*, Prof., Bern – *Moreillon Laurent*, Prof., Lausanne – *Niggli Marcel Alexander*, Prof., Freiburg – *Pieth Mark*, Prof., Basel – *Roth Robert*, Prof. hon., Genève – *Schubarth Martin*, Prof., a. Bundesrichter, Lausanne/Basel – *Sträuli Bernhard*, Prof., Genève – *Vest Hans*, Prof., Bern – *Wohlens Wolfgang*, Prof., Basel

Redaktoren – Rédacteurs – Redattori

Prof. *Sabine Gless*, Juristische Fakultät, Peter Merian-Weg 8, 4002 Basel
Prof. *Bernhard Sträuli*, Faculté de droit, Uni Mail, Boulevard du Pont-d'Arve 40, 1205 Genève

Korrespondenten im Ausland – Correspondants à l'étranger – Corrispondenti all'estero

Cesoni Maria Luisa (B) – *Hörnle Tatjana* (D) – *Lelieur Fischer Juliette* (F) – *Manacorda Stefano* (I) – *Zerbes Ingeborg* (A)

Die Zeitschrift erscheint jährlich in vier Heften, in der Regel im März, Juni, September und Dezember. Sie befasst sich mit Fragen aus dem Gebiet des Strafrechts und des Strafprozessrechts, des Vollzugs der Strafen und Massnahmen sowie der Kriminologie. Sie veröffentlicht nur bisher noch nicht im Druck erschienene Originalbeiträge.

Die Aufnahme von Beiträgen erfolgt unter der Bedingung, dass das ausschliessliche Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung an den Stämpfli Verlag AG übergeht. Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die von der Redaktion oder den Herausgebern redigierten Gerichtsentscheide und Regesten. Kein Teil dieser Zeitschrift darf ausserhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ohne schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form – sämtliche technische und digitale Verfahren eingeschlossen – reproduziert werden.

La Revue paraît quatre fois par an, ordinairement en mars, juin, septembre et décembre. Elle traite des problèmes de droit pénal, de procédure pénale, d'exécution des peines ou mesures et de criminologie. Elle ne publie que des articles encore inédits.

L'acceptation des contributions est soumise à la condition que le droit exclusif de reproduction et de distribution soit transféré à Stämpfli Editions SA. Toutes les contributions publiées dans cette revue sont protégées par le droit d'auteur. Cela vaut également pour les décisions judiciaires et les regestes rédigés par la rédaction ou les rédacteurs responsables. Aucune partie de cette revue ne peut être reproduite en dehors des limites du droit d'auteur sous quelque forme que ce soit, y compris par des procédés techniques et numériques, sans l'autorisation écrite de la maison d'édition.

Abonnementspreis jährlich (inkl. Onlinearchiv): Schweiz Fr. 236.– Ausland € 246.–
inkl. Versandkosten und 2,5% MWSt.

Abopreis reine Onlineausgabe: Fr. 192.–

Schriftliche Kündigung bis 2 Monate vor Ende der Laufzeit möglich.

Résiliation de l'abonnement possible par écrit jusqu'à 2 mois avant la fin de l'abonnement.

Inserate Stämpfli Kommunikation, Postfach, 3001 Bern

Annonces Tel. 031 300 63 82, Fax 031 300 63 90, E-Mail: inserter@staempfli.com

Rezensionsexemplare sind an den Stämpfli Verlag AG, Postfach, 3001 Bern, zu senden.

Les ouvrages pour compte rendu doivent être adressés à la Maison Stämpfli Editions SA, case postale, 3001 Berne.

Abonnements-Marketing Stämpfli Verlag AG, Periodika, Postfach, 3001 Bern

Marketing abonnements Tel. 031 300 63 25, Fax 031 300 66 88, E-Mail: zeitschriften@staempfli.com
www.staempfliverlag.com/zeitschriften

© Stämpfli Verlag AG, Bern 2023. Printed in Switzerland by Stämpfli Kommunikation, Bern
ISSN 0036-7893 (Print) e-ISSN 2504-1452 (Online)

Grégoire Mégevand, Genève

Accords hors procès avec des entreprises

La lutte contre la corruption transnationale entre concurrence et coopération

Sommaire

- I. Introduction
- II. Concurrence et coopération entre autorités
 1. Concurrence
 2. Coopération
- III. Les accords hors procès en Suisse et en France
 1. Cadre légal
 - a) Suisse
 - b) France
 2. Analyse de cas
 - a) Suisse
 - aa) Affaire Odebrecht
 - bb) Affaire SBM Offshore
 - b) France
 - aa) Affaire Société Générale
 - bb) Affaire Airbus
- IV. Conclusion

I. Introduction*

Au sein des 44 États parties à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales du 17 décembre 1997 (ci-après : « Convention de l'OCDE »)¹, 385 entreprises avaient été sanctionnées pour des faits de corruption transnationale au 31 décembre 2021², notamment dans le cadre d'accords hors procès (*non-trial resolutions*). S'ils peuvent désigner des mécanismes variés, dont les conditions de mise en œuvre

* Le projet qui a donné lieu à cette contribution, intitulé *Revamping Anticorruption Criminal Law – Strategies and Consequences* et dirigé par la Professeure Nadja Capus (Université de Neuchâtel), a reçu un financement du Conseil européen de la recherche (CER) dans le cadre du programme de recherche et d'innovation Horizon 2020 de l'Union européenne (projet n° 864498).

1 RS 0.311.21.

2 *OECD Working Group on Bribery*, 2021 enforcement of the anti-bribery Convention, Paris 2022, 1 ss, étant précisé que ce chiffre comprend les sanctions prononcées dans des procédures pénales (264), mais aussi civiles et administratives (121).

sont propres à chaque État, de tels accords ont en commun de permettre à l'autorité de poursuite et à l'entreprise de mettre un terme à la procédure de façon consensuelle, sans qu'un tribunal n'ait à statuer sur le fond de l'affaire lors d'un procès ordinaire³. Fortement imprégnée de la culture judiciaire américaine, qui donne une large place à la coopération⁴, cette forme de « justice négociée »⁵ s'est progressivement imposée dans de nombreuses juridictions comme un standard de la lutte contre la corruption transnationale⁶.

Dans un contexte d'intensification et d'internationalisation de la répression, il arrive de plus en plus fréquemment que plusieurs autorités de poursuite mènent parallèlement des investigations visant une même entreprise, ou des entreprises appartenant à un même groupe de sociétés, en lien avec des faits identiques ou connexes. Par définition, toute affaire de corruption transnationale implique au moins deux États, à savoir celui du siège de l'entreprise corruptrice et celui dont dépend l'agent public corrompu. Peuvent s'y ajouter les États par lesquels les paiements corruptifs ont transité ou depuis lesquels des intermédiaires ou des filiales étrangères de l'entreprise corruptrice ont pris part à la commission de l'infraction⁷. Il s'ensuit que, dans une telle affaire, plusieurs États peuvent décider d'engager des poursuites qui se superposent en tout ou partie⁸. En pareil cas, chaque autorité agit a priori dans le souci de protéger d'abord ses propres intérêts nationaux et d'obtenir le meilleur résultat possible pour elle-même (sanction rapide et dissuasive, recouvrement des amendes et des sommes confiscables, etc.), de sorte qu'une relation de concurrence est susceptible de s'installer. Cependant, il est également conce-

3 OCDE, La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, Paris 2020, 12, 14 s.

4 L. Cohen-Tanugi/E. Breen, Le Deferred Prosecution Agreement américain, un instrument de lutte efficace contre la délinquance économique internationale, La Semaine juridique 2013, 1665 s.

5 Voir p. ex. M. Galli, Une justice pénale propre aux personnes morales : réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public, Revue de science criminelle et de droit pénal comparé 2018, 363 ; C. King/N. Lord, Negotiated justice and corporate crime : the legitimacy of civil recovery orders and deferred prosecution agreements, Berlin 2018, 1 ss ; L. Rousseau/M. Méric, Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière, Dalloz Actualité, 2.6.2020. L'expression « justice négociée » est à notre avis trompeuse, car ce n'est pas la justice qui fait l'objet de négociations, mais bien les termes de l'accord hors procès qui en est une manifestation.

6 M. Pieth, Harmonising anti-corruption compliance : the OECD good practice guidance 2010, Zurich/St. Gall 2011, 95 ; C. Letzien, Internationale Korruption und Jurisdiktionskonflikte : die Sanktionierung von Unternehmen im Fall der Bestechung ausländischer Amtsträger, Berlin 2018, 263.

7 J. Holtmeier, Cross-border corruption enforcement : a case for measured coordination among multiple enforcement authorities, Fordham Law Review 2015, 496.

8 M. Pieth, Article 4 : Jurisdiction, in : M. Pieth/L. A. Low/N. Bonucci (éd.), The OECD Convention on bribery : a commentary, 2^e éd., Cambridge 2014, 327.

vable que cette logique du « chacun pour soi »⁹ s'efface au profit d'une dynamique de coopération, où les États impliqués choisissent de mutualiser leurs efforts en coordonnant leurs enquêtes, voire en se répartissant certains volets d'une même investigation.

À première vue, la pratique répressive ainsi que certaines évolutions législatives récentes en matière de lutte contre la corruption transnationale, privilégiant les accords hors procès, tendent à favoriser la coopération entre autorités nationales plutôt qu'à renforcer leur mise en concurrence. La présente contribution vise à vérifier la validité de cette hypothèse à travers les exemples de la Suisse et de la France, soit deux États utilisant des formes diverses d'accords hors procès et qui, au cours des dernières années, se sont montrés parmi les plus actifs en matière de lutte contre la corruption transnationale¹⁰.

II. Concurrence et coopération entre autorités

Notre propos sera illustré à partir du cas fictif suivant : l'entreprise X a effectué, depuis ses filiales situées dans les États A et B, des paiements corruptifs en faveur d'agents publics étrangers, qui lui ont permis d'obtenir l'adjudication de dix contrats dont la valeur totale représente plusieurs centaines de millions de dollars. Selon leur droit interne respectif, les États A et B sont compétents pour poursuivre et juger les infractions de corruption transnationale ainsi commises sur leur territoire.

1. Concurrence

Différentes situations de concurrence, non exhaustives et schématisées à dessein, peuvent être envisagées sur la base du cas fictif :

Conc. 1 : Après avoir ouvert une enquête, l'État A conclut un accord hors procès avec l'entreprise X portant également sur tout ou partie des faits survenus dans l'État B, sans toutefois en avoir préalablement informé l'État B qui n'avait pas connaissance de ces faits ;

Conc. 2 : Après avoir été informé de l'existence d'une enquête dans l'État A, l'État B ouvre à son tour une enquête et conclut, avant l'État A et

9 Voir *U. Cassani*, *Grenzüberschreitende Korruption: internationale Zuständigkeit der schweizerischen Strafjustiz*, in : J.-B. Ackermann/W. Wohlers (édit.), *Korruption in Staat und Wirtschaft*, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2010, 18.

10 Voir notamment *OECD Working Group on Bribery* (n. 2), 2 ss.

- sans consultation avec lui, un accord hors procès avec l'entreprise X ;
- Conc. 3 : Les États A et B ayant chacun ouvert une enquête, l'État A conclut un accord hors procès avec l'entreprise X, ce qui conduit l'État B, en vertu du principe *Ne bis in idem*, à mettre un terme à son enquête en renonçant à toute sanction à l'encontre de l'entreprise X ;
- Conc. 4 : Les États A et B ayant chacun ouvert une enquête, l'État A conclut un accord hors procès avec l'entreprise X, ensuite de quoi l'État B conclut à son tour un accord hors procès avec l'entreprise X prévoyant une réduction substantielle du montant des sanctions financières en raison de l'accord conclu précédemment dans l'État A ;
- Conc. 5 : Les États A et B ayant chacun ouvert une enquête, l'État A retarde indument l'octroi de l'entraide judiciaire sollicitée par l'État B et conclut dans l'intervalle un accord hors procès avec l'entreprise X.

De telles situations de concurrence peuvent se produire pour différentes raisons, qui tiennent d'abord à la disparité des outils procéduraux dont disposent les autorités étatiques. Les accords hors procès recouvrent en effet une multitude de mécanismes, dont la nature et les conditions d'application varient considérablement d'une juridiction à l'autre. Dans une étude récente portant sur 27 États parties à la Convention de l'OCDE, six formes d'accords hors procès ont ainsi été identifiées, soit (i) le classement d'une enquête sans poursuite moyennant sanction et/ou confiscation, (ii) la suspension, le report ou le retrait des poursuites à certaines conditions spécifiques, (iii) l'accord entraînant des sanctions de nature civile ou administrative sans condamnation pénale, (iv) l'accord avec condamnation pénale mais sans reconnaissance ou déclaration de culpabilité, (v) la transaction pénale valant condamnation et impliquant une reconnaissance de culpabilité, et (vi) les accords mixtes¹¹. Chacune de ces formes d'accords présente, pour les autorités des États concernés mais aussi pour les entreprises potentiellement visées, des avantages et des inconvénients liés aux modalités (incitation à une autodénonciation ou à une coopération de l'entreprise, validation de l'accord par un tribunal, etc.) et au résultat de la procédure (classement, condamnation, reconnaissance de culpabilité, amendes, confiscations, etc.), mais aussi à sa durée et à son degré d'incertitude (risque d'un rejet de l'accord par un tribunal). Tous les États ne se trouvent donc pas sur un pied d'égalité, puisque leur pouvoir de négociation (*bargaining power*) et les contraintes procédurales auxquelles ils font face ne sont pas identiques.

À cette disparité d'outils procéduraux s'ajoute le fait que la compétence répressive des États n'est, elle non plus, pas délimitée de manière uniforme. Les États-

11 OCDE (n. 3), 51 ss.

Unis d'Amérique se distinguent dans ce domaine en raison de leur approche particulièrement extensive des principes de territorialité et d'extraterritorialité¹². Les entreprises se livrant à la corruption transnationale sont ainsi soumises au *Foreign Corrupt Practices Act* de 1977 non seulement si elles sont organisées selon le droit américain ou ont leur principal établissement aux États-Unis d'Amérique (*domestic concerns*), si elles émettent des titres sur le marché américain ou sont tenues de fournir des rapports à la *Securities and Exchange Commission (issuers)*, mais aussi si elles sont basées et actives à l'étranger, auquel cas un appel téléphonique, un e-mail, un message texte ou un fax transitant par un serveur ou un réseau situé sur sol américain, ou encore un virement de fonds en provenance, en faveur ou par l'intermédiaire d'une banque américaine suffisent à fonder un lien de rattachement¹³. Bien que l'interprétation du principe de territorialité soit généralement considérée comme étant plus restrictive en Europe¹⁴, certains États européens ont eux aussi défini leur compétence territoriale de façon étendue. Il en va ainsi de la Suisse¹⁵ et de la France¹⁶, où la loi pénale s'applique dès lors que tout ou partie d'un élément constitutif de l'infraction (p. ex. la remise des fonds destinés à corrompre) est réalisé sur le territoire national. La législation de ces deux pays prévoit en outre certaines compétences extraterritoriales, à l'instar de l'art. 7 CP¹⁷ et surtout de l'art. 453-11-2 CPF, introduit par la loi dite Sapin 2 de 2016, à teneur duquel « la loi française est applicable en toutes circonstances » à l'infraction de corruption d'agents publics

-
- 12 M. Pieth, *Korruptionsstrafverfahren gegen Unternehmen im In- und Ausland – ein ernstzunehmendes Risiko*, in : J.-B. Ackermann/W. Wohlers (édit.), *Korruption in Staat und Wirtschaft*, 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich 2010, 218 ; S. Manacorda, *La dynamique des programmes de conformité des entreprises : déclin ou transfiguration du droit pénal des affaires ?* in : A. Supiot (édit.), *L'entreprise dans un monde sans frontières : perspectives économiques et juridiques*, Paris 2015, 197 s.
- 13 M. S. Diamant/C. W. H. Sullivan/J. H. Smith, *FCPA enforcement against U.S. and non-U.S. companies*, *Michigan Business & Entrepreneurial Law Review* 2019, 360 s. ; W. Magnuson, *International corporate bribery and unilateral enforcement*, *Columbia Journal of Transnational Law* 2013, 396 ss ; voir aussi *U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission*, *A resource guide to the Foreign Corrupt Practices Act*, Washington DC 2020, 9 ss.
- 14 Voir E. d'Achon/C. Trotman, *Application extraterritoriale de la loi en matière de lutte contre la corruption transnationale*, *Rapport de l'Inspection générale des finances établi à la demande du Ministère des finances et des comptes publics*, Paris 2016, 5 ss.
- 15 Cf. art. 3 et 8 CP ; voir aussi OCDE, *Rapport de Phase 1 : Suisse*, Paris 2000, 12 s. ; Cassani (n. 9), 20 ss.
- 16 Selon l'art. 113-2 du Code pénal français (CPF), « la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire » ; voir aussi OCDE, *Rapport de Phase 4 : France*, Paris 2021, 82 s.
- 17 Cette disposition instaure notamment une compétence extraterritoriale fondée sur les principes de la personnalité active (auteur de l'infraction de nationalité suisse) et passive (victime de l'infraction de nationalité suisse).

étrangers commise à l'étranger par une « personne résidant habituellement ou exerçant tout ou partie de son activité économique sur le territoire français ». Cette extraterritorialité a pour corollaire d'accroître le nombre d'affaires dans lesquelles plusieurs États sont susceptibles d'exercer une compétence concurrente pour poursuivre une même entreprise soupçonnée de corruption¹⁸.

La concurrence entre États dans la lutte contre la corruption est également influencée par le pouvoir dissuasif des autorités de poursuite pénale. Là encore, les États-Unis d'Amérique se trouvent en position de force en raison de l'importance que revêtent le dollar et plus largement le marché américain dans les relations commerciales internationales¹⁹. Une violation du *Foreign Corrupt Practices Act* peut entraîner, en plus de lourdes sanctions financières (amendes et privations de gains se chiffrant potentiellement en centaines de millions, voire en milliards de dollars), la suspension ou l'exclusion de l'attribution de marchés publics aux États-Unis d'Amérique et du bénéfice de certains avantages accordés par les pouvoirs publics (notamment en matière de financement), et/ou déclencher une suspension des autorisations d'exportation de biens et services destinés à la défense²⁰, sans compter les autres conséquences dommageables (pertes boursières, atteinte à la réputation, etc.) qui peuvent se manifester déjà au stade d'une mise en accusation²¹. Afin de limiter au maximum les risques encourus, les entreprises sont fortement incitées à s'autodénoncer auprès des autorités américaines et à coopérer avec elles, puisqu'il s'agit là de l'un des principaux facteurs légitimant une réduction de l'amende dans le cadre d'un accord hors procès²². Selon les estimations de l'OCDE en 2020, environ 30 % des affaires de corruption transnationale menées à leur terme par le *Department of Justice* avaient pour origine une autodénonciation des entreprises (*voluntary self-disclosure*)²³. En France, ce chiffre ne s'élevait qu'à 3 % en

18 M. Harari/D. Jobin, Articles 9-11 : International co-operation, in : M. Pieth/L. A. Low/N. Bonucci (édit.), *The OECD Convention on bribery : a commentary*, 2^e éd., Cambridge 2014, 528.

19 F. T. Davies, Where are we today in the international fight against overseas corruption : an historical perspective, and two problems going forward, *ILSA Journal of International & Comparative Law* 2017, 340 ss ; Pieth (n. 12), 219.

20 OCDE, Rapport de Phase 1 : États-Unis d'Amérique, Paris 1999, 12 ss ; OCDE, Rapport de Phase 3 : États-Unis d'Amérique, Paris 2010, 46 ss ; voir aussi *U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission* (n. 13), 69 ss.

21 Voir M. Koehler, The façade of FCPA enforcement, *Georgetown Journal of International Law* 2010, 937 ss ; P. Reilly, Negotiating bribery : toward increased transparency, consistency, and fairness in pretrial bargaining under the Foreign Corrupt Practices Act, *Hastings Business Law Journal* 2014, 378 ss.

22 *U.S. Department of Justice/U.S. Securities and Exchange Commission* (n. 13), 54 s. ; OCDE (n. 3), 103 et 110.

23 OCDE, Rapport de Phase 4 : États-Unis d'Amérique, Paris 2020, 12.

2021²⁴, tandis qu'un seul cas d'autodénonciation d'entreprise a jusqu'ici été recensé en Suisse²⁵.

Il convient encore de mentionner le phénomène du *forum shopping*. La multiplication des possibilités de conclure des accords hors procès, doublée des compétences extraterritoriales dont jouissent certaines autorités de poursuite nationales, comportent en effet le risque que les entreprises privilégient les juridictions leur offrant les conditions les plus favorables pour régler leur situation²⁶. Cela peut se traduire concrètement par la décision de s'autodénoncer dans un État plutôt que dans un autre, ou de participer de façon plus ou moins active à une enquête en cours²⁷. Ces choix stratégiques peuvent avoir pour conséquence – sinon pour objectif – de limiter, voire d'empêcher la coopération entre États, et donc de contribuer à leur mise en concurrence, précisément parce que les entreprises visées cherchent à conclure un accord dans une juridiction particulière afin d'éviter de devoir rendre des comptes et d'être sanctionnées financièrement ailleurs. Un tel effet bouclier peut se manifester à deux niveaux. D'une part, un accord hors procès dans un premier État est susceptible d'empêcher d'autres États de poursuivre la même entreprise pour les mêmes faits, conformément au principe *Ne bis in idem*. Celui-ci a certes une portée très limitée au niveau international²⁸, mais il peut trouver à s'appliquer dans les relations entre États européens²⁹. D'autre part, indépendamment de la question du *Ne bis in idem*, les sanctions financières prononcées dans le cadre d'un accord hors procès dans un premier État peuvent inciter, voire obliger les autres États à revoir à la baisse la quotité de leurs propres sanctions afin de tenir compte des montants déjà payés par l'entreprise³⁰.

24 OCDE (n. 16), 40.

25 OCDE, Rapport de Phase 4 : Suisse, Paris 2018, 18.

26 Q. Bu, Multijurisdictional prosecution of multinational corporations : double jeopardy vis-à-vis sovereign rights in the globalized anti-bribery regime, *International Annals of Criminology* 2022, 4 ; Pieth (n. 12), 220.

27 OCDE (n. 3), 195.

28 U. Cassani, Droit pénal économique : éléments de droit suisse et transnational, Bâle 2020, 44 ss ; K. Villard, L'application du principe ne bis in idem transnational à l'entreprise, RPS 2019, 291 ss ; M. Harari, Quelle coopération internationale dans la lutte contre la corruption ? in : U. Cassani/A. Héritier Lachat (édit), *Lutte contre la corruption internationale : the never ending story*, Genève 2011, 116 ; B. Cazeneuve/B. Van Gaver/A. Mennucci, Justice pénale négociée : quels rapports entre la responsabilité des entreprises et celle des dirigeants ? *Dalloz Actualité*, 26.3.2021 ; D. Spinellis, Global report : the ne bis in idem principle in « global » instruments, *Revue internationale de droit pénal* 2002, 1150.

29 Voir notamment l'art. 54 CAAS. Selon la jurisprudence européenne, un accord conclu avec un Ministère public équivaut à jugement définitif au sens de cette disposition ; voir *Eurojust*, Case law by the Court of Justice of the European Union on the principle of ne bis in idem in criminal matters, La Haye 2020, 19 s.

30 Voir dans ce sens OCDE (n. 3), 47.

2. Coopération

Le cas fictif décrit plus haut permet de concevoir plusieurs situations, là encore non exhaustives et schématisées à dessein :

- Coop. 1 : Après avoir ouvert une enquête et constaté qu'une partie des faits reprochés à l'entreprise X se sont déroulés dans l'État B, l'État A en informe rapidement l'État B, qui ouvre à son tour une enquête ;
- Coop. 2 : Après avoir été informé de l'existence d'une enquête déjà largement avancée dans l'État A, l'État B ouvre à son tour une enquête et obtient l'entraide judiciaire de l'État A, qui transmet les informations et moyens de preuves déjà récoltés, permettant ainsi à l'État B de faire progresser rapidement son instruction ;
- Coop. 3 : Les États A et B ayant chacun ouvert une enquête, ils se concertent et décident de se répartir les faits à instruire ;
- Coop. 4 : Les États A et B ayant chacun ouvert une enquête, ils mettent en place une équipe commune d'enquête à travers laquelle ils échangent les informations et moyens de preuves recueillis au fur et à mesure de l'avancement de leurs investigations respectives ;
- Coop. 5 : Les États A et B ayant chacun ouvert et mené une enquête, ils concluent de façon séparée mais simultanée un accord hors procès avec l'entreprise X, prévoyant une répartition des sanctions financières prononcées (amendes et/ou confiscations).

L'entraide judiciaire est souvent une nécessité pour l'aboutissement des procédures en matière de corruption d'agents publics étrangers³¹. Cela peut être vrai même dans les situations où les autorités d'un État bénéficient de la collaboration active de l'entreprise visée : en pareille hypothèse, il est en effet probable que ni celles-là, ni celle-ci ne soient en mesure d'accéder à l'ensemble des informations et moyens de preuves pertinents pour l'établissement des faits, à l'instar de la documentation bancaire de comptes à l'étranger utilisés par des intermédiaires ou les agents publics corrompus, ou encore de documents localisés dans des filiales étrangères de l'entreprise ne pouvant être remis directement pour des motifs légaux³². Ces informations et moyens de preuves doivent donc être obtenus par le canal de l'entraide judiciaire internationale, à la demande de l'État qui enquête. Ce phéno-

31 B. Perrin, La répression de la corruption d'agents publics étrangers en droit pénal suisse : étude de l'article 322^{septies} du code pénal et de ses enjeux procéduraires, Bâle 2008, 400 s.

32 M. Pieth, Anti-Korruptions-Compliance : Praxisleitfaden für Unternehmen, Zurich/St. Gall 2011, 124 ; en France, voir la Loi n° 68-678 du 26 juillet 1968 relative à la communication de documents et renseignements d'ordre économique, commercial, industriel, financier ou technique à des personnes physiques ou morales étrangères (dite « loi de blocage ») ; en Suisse, voir l'art. 271 CP.

mène a une double conséquence. Premièrement, l'envoi d'une demande d'entraide judiciaire a pour effet de révéler l'existence d'une procédure en cours dans l'État requérant et les faits essentiels sur lesquels elle porte à l'État requis³³. Selon les liens que ce dernier identifie entre ces faits et sa propre juridiction, il peut donc décider d'ouvrir à son tour une enquête et de requérir l'entraide « croisée » auprès de l'autre État, ce qui rend l'interdépendance entre autorités encore plus forte. Deuxièmement, l'État requis qui choisirait, par protectionnisme ou pour d'autres raisons stratégiques, de retarder ou d'empêcher indument l'exécution de l'entraide s'exposerait à subir le même sort dans une situation inverse ; si ce même État requis exécute au contraire l'entraide avec toute la diligence voulue, il pourra alors légitimement attendre de l'État requérant une attitude identique dans l'autre sens. L'importance de l'entraide judiciaire dans les affaires de corruption transnationale apparaît donc comme un facteur de coopération accrue, en ce sens que les États sont incités – par pragmatisme et opportunisme, sans doute plus que par altruisme³⁴ –, à se soutenir mutuellement pour mener à bien leurs enquêtes³⁵.

Dans sa forme la plus aboutie, cette coopération peut se concrétiser par la mise en place d'une équipe commune d'enquête – ou *joint investigation team* –, formée par les autorités de deux ou plusieurs États enquêtant sur des faits connexes. La possibilité de constituer une équipe commune d'enquête est prévue dans plusieurs accords internationaux multilatéraux ou bilatéraux³⁶. L'équipe commune d'enquête permet la collecte et l'échange directs d'informations et d'éléments de preuve sans devoir passer par les canaux traditionnels de l'entraide judiciaire, ce qui facilite la coordination des enquêtes menées dans les États concernés³⁷. Dans le cadre de l'équipe commune d'enquête, ceux-ci peuvent notamment se répartir

33 Une demande d'entraide oblige en principe l'État requérant à exposer au moins sommairement les faits sur lesquels celle-ci repose ; voir p. ex. dans ce sens l'art. 14 ch. 2 CEEJ.

34 En Suisse, l'entraide judiciaire est également encouragée par la Loi fédérale sur le partage des valeurs patrimoniales confisquées du 19 mars 2004 (RS 312.4), laquelle permet à la Confédération de conclure des accords de partage des valeurs patrimoniales confisquées avec des États étrangers lorsque ceux-ci ont soit coopéré avec les autorités suisses, soit reçu la coopération des autorités suisses dans le cadre d'une décision de confiscation. En cas d'accord, les valeurs patrimoniales sont en règle générale partagées à parts égales entre la Suisse et l'État étranger.

35 Ce constat ne vaut évidemment pas pour les États dans lesquels l'obtention de l'entraide est notoirement difficile, voire impossible.

36 Voir p. ex. l'art. 20 du Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 8 novembre 2001 (RS 0.351.12), l'art. 49 de la Convention des Nations Unies contre la corruption du 31 octobre 2003 (RS 0.311.56), l'art. 13 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les États membres de l'Union européenne du 29 mai 2000, ou encore l'art. 5 de l'Accord entre l'Union européenne et les États-Unis d'Amérique en matière d'entraide judiciaire du 19 juillet 2003.

37 *JITs Network*, Équipes communes d'enquête : guide pratique, Bruxelles 2017, 4.

certains volets à investiguer et se concerter avant de prendre des décisions stratégiques pouvant impacter leurs procédures respectives³⁸.

Du point de vue des autorités, la conduite d'enquêtes parallèles et la conclusion d'accords hors procès, dans une démarche concertée au niveau international – par le biais de l'entraide judiciaire traditionnelle ou dans le cadre d'une équipe commune d'enquête –, présente des avantages indéniables. Cela concrétise d'abord l'obligation de coordination telle qu'elle découle de certaines dispositions de droit conventionnel³⁹. Le partage des informations et moyens de preuves récoltés de même que l'éventuelle répartition des faits à instruire favorisent ensuite une allocation plus efficace et moins coûteuse des ressources⁴⁰, tout en multipliant les possibilités de recoupements, ce qui réduit sensiblement le risque de « passer à côté » d'éléments que l'entreprise n'aurait pas suffisamment explicités ou qu'elle chercherait à dissimuler⁴¹. Enfin, la perspective d'un règlement global donne aux États impliqués, tout comme d'ailleurs aux entreprises visées, une prévisibilité plus grande quant à l'issue matérielle et temporelle de l'affaire, ainsi qu'au montant total des sanctions financières qui seront prononcées⁴².

Du point de vue des entreprises, la portée très limitée du principe *Ne bis in idem* au niveau international, déjà évoquée plus haut (cf. *supra* II 1), est également de nature à stimuler la coopération entre États dans certains cas de figure. En effet, une entreprise ayant conclu un accord dans un premier État risque d'être successivement poursuivie et sanctionnée pour les mêmes infractions dans d'autres États ne reconnaissant pas la validité internationale du principe *Ne bis in idem*⁴³, lesquels voient tour à tour leur position renforcée puisqu'ils peuvent s'appuyer sur les faits précédemment reconnus pour mener leur enquête⁴⁴. Ce phénomène, qui a été qualifié de « *carbon copy* » *prosecution*, peut inciter les entreprises à s'autodénoncer de façon simultanée ou rapprochée auprès de plusieurs autorités et/ou de collabo-

38 Voir *JITs Network* (n. 37), 28 ; *Crown Prosecution Services*, Joint investigation teams: legal guidance : <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/joint-investigation-teams> (consulté le 5. 1. 2023).

39 Voir en particulier l'art. 42 par. 5 de la Convention des Nations Unies contre la corruption et l'art. 4 par. 3 de la Convention de l'OCDE.

40 A. S. Boutros/T. M. Funk, « Carbon copy » prosecutions: a growing anticorruption phenomenon in a shrinking world, *University of Chicago Legal Forum* 2012, 288 ; *Pieth* (n. 6), 95.

41 J.-F. Bohmert, « Nous sommes en capacité de travailler à armes égales avec les autorités judiciaires anglo-saxonnes », *Daloz Actualité*, 18. 3. 2021.

42 *Pieth* (n. 32), 123 s. ; *OCDE* (n. 3), 138.

43 Tel est notamment le cas des États-Unis d'Amérique ; voir à ce sujet *OCDE* (n. 3), 196 ss ; A. J. Colangelo, Double jeopardy and multiple sovereigns : a jurisdictional theory, *Washington University Law Review* 2009, 779 ; voir aussi *Pieth* (n. 6), 19.

44 *Boutros/Funk* (n. 40), 269 ss, citant notamment l'exemple des accords conclus successivement par l'entreprise française Alcatel-Lucent avec les autorités du Costa Rica et des États-Unis d'Amérique, qui ont par la suite conduit à la réouverture d'une enquête portant sur des faits similaires au Honduras ; pour d'autres exemples, voir *OCDE* (n. 3), 198 ss.

rer avec elles, dans la perspective de parvenir à un règlement global coordonné – y compris en matière de sanctions – d’une affaire de corruption transnationale⁴⁵. Dans de telles circonstances, les autorités étatiques sont ainsi amenées à coopérer étroitement à l’initiative, ou en tout cas avec le concours des entreprises visées.

III. Les accords hors procès en Suisse et en France

1. Cadre légal

Durant des années, la Suisse et la France, tout comme de nombreux autres pays, n’ont pas été en capacité de poursuivre et de sanctionner les entreprises pour des actes de corruption transnationale commis en leur sein, laissant les États-Unis d’Amérique exercer une forme de monopole de fait dans ce domaine. Sur le plan matériel, des règles permettant de fonder une responsabilité pénale des personnes morales notamment en matière de corruption d’agents publics étrangers avaient été adoptées dès 1994 en France⁴⁶ et en 2003 en Suisse⁴⁷. Il a cependant fallu attendre 2011 en Suisse⁴⁸ et 2017 en France⁴⁹ pour voir apparaître les premières sanctions infligées à des entreprises. Les autorités ont attribué ce retard en particulier à l’« absence de réflexe chez les procureurs [suisses] à utiliser les dispositions en matière de responsabilité pénale des entreprises »⁵⁰, respectivement au « bouleversement opéré dans la culture juridique française »⁵¹. Ces explications étaient sans doute pertinentes durant une phase transitoire, mais elles ne suffisent pas à comprendre pourquoi une si longue période s’est écoulée avant que le « nouveau » régime légal ne soit effectivement mis en œuvre. Le recours aux accord hors procès semble avoir été un facteur tout aussi décisif que l’évolution des mentalités.

a) Suisse

Depuis 2011, le nombre de procédures pénales menées en Suisse à l’encontre d’entreprises en lien avec des infractions de corruption d’agents publics étrangers

45 *Boutros/Funk* (n. 40), 287 ss ; *L. Martinet/K. Coppens*, La France : un nouvel acteur majeur de la lutte internationale contre la corruption, Affiches parisiennes, 20. 3. 2020.

46 Art. 121-2 CPF ; voir *OCDE*, Rapport de Phase 2 : France, Paris 2004, 44 ss.

47 Art. 102 CP (anciennement art. 100^{quater} CP) ; voir *OCDE*, Rapport de Phase 2 : Suisse, Paris 2005, 6 et 41 ss.

48 *OCDE*, Rapport de Phase 3 : Suisse, Paris 2011, 17 s.

49 *OECD Working Group on Bribery*, 2017 enforcement of the anti-bribery Convention, Paris 2018, 5 ; *OECD Working Group on Bribery*, 2016 data on enforcement of the anti-bribery Convention, Paris 2017, 5.

50 *OCDE* (n. 48), 14.

51 *OCDE* (n. 46), 44.

ne cesse de croître⁵². D'après les chiffres de l'OCDE, au 31 décembre 2021, la Suisse avait sanctionné 12 entreprises dans ce contexte⁵³. Dans leur rapport de Phase 4, les examinateurs de l'OCDE ont souligné que « [l]a Suisse peut se targuer d'une augmentation significative du nombre de poursuites et condamnations de personnes physiques et morales pour corruption transnationale »⁵⁴. L'ONG *Transparency International*, qui évalue la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE selon quatre niveaux (*Active, Moderate, Limited, No or Little Enforcement*), classe quant à elle la Suisse, aux côtés des États-Unis d'Amérique, parmi les deux seuls États du premier groupe assurant une application active (*Active Enforcement*)⁵⁵.

En pratique, deux formes d'accords hors procès ont jusqu'ici été privilégiées par les autorités de poursuite suisses pour mettre un terme aux procédures dirigées contre des entreprises, à savoir la condamnation par ordonnance pénale (art. 352 ss CPP) ainsi que le classement consécutif à une réparation du tort causé selon l'art. 53 CP. Les rapports d'évaluation de la Suisse de l'OCDE décrivent quatre affaires dans lesquelles des entreprises ont été sanctionnées par ordonnance pénale pour des faits de corruption transnationale⁵⁶, ainsi que trois cas d'application de l'art. 53 CP à des entreprises dans ce domaine⁵⁷. Au moins deux autres affaires ont été conclues par ordonnance pénale depuis lors⁵⁸.

L'ordonnance pénale et le classement consécutif à une réparation du tort causé ont en commun de laisser au Ministère public la maîtrise du dossier jusqu'au prononcé de la décision finale, sans qu'une intervention du juge ne soit nécessaire – sauf en cas d'opposition ou de recours, en principe exclus dans le cadre d'une issue consensuelle. Il en résulte une certaine marge de négociation pour les parties en présence, à la fois quant au périmètre des faits retenus ainsi qu'à la fixation de la peine et des éventuelles mesures ou de la réparation⁵⁹. Dans le cas d'une ordonnance pénale, l'entreprise pourra par exemple reconnaître certaines infractions – à tout le moins implicitement, en s'engageant à ne pas faire opposition par la suite –

52 OCDE (n. 25), 11 ss.

53 OECD Working Group on Bribery (n. 2), 2 ss. Ces chiffres se rapportent aux sanctions infligées par les autorités fédérales et ne tiennent pas compte des classements fondés sur l'art. 53 CP.

54 OCDE (n. 25), 13.

55 *Transparency International*, Exporting corruption 2022 : assessing enforcement of the OECD anti-bribery Convention, Berlin 2022, 7 ss.

56 Il s'agit des affaires Alstom (2011), « des engrais » (2016), « Odebrecht-CNO » (2016) et « des infrastructures portuaires » (2017) ; voir OCDE (n. 48), 17 ss, 63 s. ; OCDE (n. 25), 85 ss.

57 Il s'agit des affaires Alstom (2011), « des gazoducs » concernant Siemens (2013) et « de la société pétrolière » concernant Addax (2017) ; voir OCDE (n. 48), 17 ss, 63 s. ; OCDE (n. 25), 88 s.

58 Il s'agit des affaires Gunvor (2019) et SBM Offshore (2021).

59 N. Oberholzer, Grundzüge des Strafprozessrechts, 4^e éd., Berne 2020, N 1969 ; *Transparency International*, Punissabilité de l'entreprise, Berne 2021, 16.

en échange d'une amende moins élevée ou de la renonciation par le procureur à instruire certains soupçons moins étayés. Dans l'hypothèse d'un classement selon l'art. 53 CP, les pourparlers se concentreront le plus souvent sur l'ampleur des faits admis par l'entreprise et le montant de la réparation. La loi ne fixe pas de critères objectifs permettant de déterminer la voie à suivre, de sorte que le Ministère public choisit celle qui lui paraît la plus appropriée en fonction des circonstances du cas d'espèce. Toutefois, au niveau fédéral et contrairement à certains parquets cantonaux, le Ministère public de la Confédération exclut dorénavant toute application de l'art. 53 CP en matière de corruption transnationale, même en cas d'autodénonciation de l'entreprise⁶⁰.

Ni l'ordonnance pénale, ni le classement fondé sur l'art. 53 CP n'ont été conçus spécifiquement pour encadrer des accords hors procès impliquant des entreprises⁶¹. Leur utilisation fréquente dans ce domaine est donc davantage le résultat d'une approche pragmatique des procureurs ainsi que des entreprises et de leurs avocats, que d'une volonté claire du législateur. L'OCDE n'en a pas moins reconnu que l'ordonnance pénale constituait un « outil efficace dans la conduite et la résolution d'enquêtes de corruption transnationale », tout en recommandant qu'elle fasse l'objet d'une publicité plus large⁶². Concernant l'art. 53 CP, l'OCDE s'est en revanche montrée beaucoup plus critique et a préconisé que cette disposition ne soit plus appliquée dans les affaires de corruption transnationale, non sans rapporter les avis contraires exprimés par certains procureurs ayant « unanimement loué son utilité dans les affaires de criminalité économique complexes où la prescription est en jeu et les preuves sont difficiles à obtenir »⁶³.

Les autorités de poursuite suisses disposent d'un troisième outil pour la conclusion d'accords hors procès : la procédure simplifiée (art. 358 ss CPP), similaire dans ses effets au *Plea Agreement* américain⁶⁴. Celle-ci permet au Ministère public de soumettre au juge, pour approbation, un accord négocié impliquant une reconnaissance préalable de culpabilité du prévenu⁶⁵. L'adoption de la procédure simplifiée a été justifiée par la volonté de décharger les autorités en matière de lutte

60 *Ministère public de la Confédération*, Rapport de gestion 2017, Berne 2018, 8 ; OCDE (n. 25), 41.

61 Voir *J. Wenk*, *Strafbefehle im Unternehmensstrafverfahren*, in : M. J. Lehmkuhl/W Wohlers (édit.), *Unternehmensstrafrecht*, Bâle 2020, 406 ss.

62 OCDE (n. 25), 40 ; voir aussi OCDE (n. 48), 21 s.

63 OCDE (n. 25), 42 s. ; voir aussi *K. Villard/Y. Bertossa*, *La Suisse, l'OCDE et la corruption : enjeux actuels au regard de révisions législatives récentes*, SJ 2020 II 158 ss.

64 *Office fédéral de la justice*, *De 29 à l'unité ... en route*, Berne 2001, 5.

65 *B. Perrin/P. De Preux*, in : Y. Jeanneret/A. Kuhn/C. Perrier Depeursinge (édit.), *Commentaire romand, Code de procédure pénale suisse*, 2^e éd., Bâle 2019, Intro art. 358-362 N 1.

contre la criminalité économique⁶⁶. Quelque dix ans après son introduction, la procédure simplifiée a acquis une importance pratique non négligeable, y compris, quoique de façon plus marginale qu'initialement escompté, dans certaines affaires de criminalité économique⁶⁷. S'agissant plus particulièrement de la corruption d'agents publics étrangers et à notre connaissance, les accords soumis à ce stade aux tribunaux concernent exclusivement des personnes physiques⁶⁸. Il paraît probable que, pour les entreprises, la perspective de devoir comparaître devant un tribunal lors d'une audience publique exerce un certain effet dissuasif, alors que cette contrainte est absente en cas d'ordonnance pénale et que l'atteinte réputationnelle peut donc s'avérer moindre. À cela s'ajoute que la procédure simplifiée comporte une part d'incertitude liée au risque de refus d'approbation de l'accord par le juge, ce que l'ordonnance pénale permet d'éviter tout en laissant au Ministère public la possibilité de prononcer une peine et des mesures identiques.

Contrairement à la situation prévalant aux États-Unis d'Amérique et désormais en France (cf. *infra* III 1 b), le droit suisse ne prévoit pas l'éventualité d'une suspension ou d'un report des poursuites contre une entreprise. Une proposition allant dans ce sens, soumise par le Ministère public de la Confédération en 2018⁶⁹, a été refusée par le Conseil fédéral notamment au motif qu'elle offrirait la possibilité « d'acheter » la renonciation à la poursuite pénale », ce qui a été jugé problématique sous l'angle de la prévention générale⁷⁰. Dans le cadre d'un accord hors procès, la seule alternative envisageable à ce jour demeure donc la condamnation – par

66 Voir le Message du Conseil fédéral du 21 décembre 2005 relatif à l'unification du droit de la procédure pénale, FF 2006 1279 : « Dans ce domaine, les affaires sont complexes, exigent d'abondants moyens de preuves et, parfois, manquent de clarté sur le plan juridique. Cette situation devrait avoir pour incidence de renforcer la tendance et d'accroître la propension des dites autorités à passer des conventions, même en l'absence de bases légales, aux fins de simplifier la procédure. Le Conseil fédéral estime qu'il est plus correct de créer les normes légales permettant de passer de telles conventions et, partant, d'éliminer les « zones grises » (pour ne pas dire noires) en la matière que de tolérer le recours à de tels procédés en l'absence de bases légales. »

67 S. Grodecki, Expériences pratiques de la procédure simplifiée, *forum* 2016, 47 ss.

68 Voir notamment, pour des procédures simplifiées jugées par le TPF : SK.2014.24 ; SK.2018.38 ; SK.2019.58 ; SK.2020.8 ; voir aussi OCDE (n. 25), 40 s., 87 s., qui évoque une « affaire jugée à l'issue d'une procédure simplifiée », mais dans laquelle l'entreprise, après avoir sollicité l'exécution d'une procédure simplifiée, a finalement été condamnée par ordonnance pénale.

69 Cette proposition portait sur l'introduction dans le CPP d'une nouvelle disposition intitulée « Report de la mise en accusation dans les procédures ouvertes contre des entreprises », très largement inspirée du *Deferred Prosecution Agreement* américain ; pour plus de détails, voir *Ministère public de la Confédération*, *Revision der Strafprozessordnung (StPO) : Aufschub der Anklageerhebung bei Strafverfahren gegen Unternehmen (AAU)*, Berne 2018, 1 ss.

70 Message du Conseil fédéral du 28 août 2019 concernant la modification du code de procédure pénale, FF 2019 6375 s.

ordonnance pénale ou à l'issue d'une procédure simplifiée – voire le classement en application de l'art. 53 CP : *tertium non datur*.

b) France

Durant plusieurs années, la France a essuyé les critiques de l'OCDE pour sa passivité en matière de lutte contre la corruption transnationale⁷¹. À la faveur de divers changements structurels, incarnés par la création du Parquet national financier en 2013 et l'adoption de la loi Sapin 2 en 2016, les autorités ont opté pour une approche plus offensive dans ce domaine⁷². Alors que, selon les données de l'OCDE, le bilan était encore nul au 31 décembre 2016, la France avait sanctionné 23 entreprises en lien avec des actes de corruption d'agents publics étrangers au 31 décembre 2021⁷³. Cette intensification de la répression se reflète également dans la dernière évaluation de la mise en œuvre de la Convention de l'OCDE faite par l'ONG *Transparency International*, où la France figure parmi les États du deuxième groupe assurant une application modérée (*Moderate Enforcement*)⁷⁴.

La loi Sapin 2 a en particulier marqué l'introduction de la convention judiciaire d'intérêt public⁷⁵. Ce nouvel instrument procédural, qui transpose en droit français, avec quelques adaptations, le mécanisme du *Deferred Prosecution Agreement* américain, permet au procureur de la République de conclure un accord hors procès avec des personnes morales (à l'exclusion de personnes physiques) mises en cause pour des faits de corruption active d'agents publics étrangers notamment. La convention judiciaire d'intérêt public, qui doit être validée par un juge lors d'une audience publique, a pour effet d'éteindre l'action publique si la personne morale s'acquitte de ses obligations (paiement d'une amende, application d'un programme de mise en conformité, réparation du dommage éventuel). Tant la convention que la décision de validation, qui n'emporte pas déclaration de culpabilité ou condamnation mais reconnaissance des faits exposés, sont publiées et consultables sur Internet⁷⁶. Les dispositions légales régissant la convention judiciaire d'intérêt public et leurs conditions d'application sont précisées par une circulaire de la Direction

71 OCDE, Rapport de Phase 3 : France, Paris 2012, 10 s. ; OCDE, Rapport de suivi écrit de Phase 3 : France, Paris 2014, 4 ss.

72 *L'Opinion*, « La France a enfin une stratégie offensive face à la corruption internationale », 12.6.2020 ; *Le Point*, Enquêtes pour corruption en France : les entreprises ont-elles du souci à se faire ? 8.12.2017 ; *Les Échos*, Les bataillons anticorruption passent à l'offensive, 6.3.2018.

73 OECD Working Group on Bribery (n. 2), 2 ss ; OECD Working Group on Bribery (n. 49), 5 s.

74 *Transparency International* (n. 55), 7 ss.

75 Art. 41-1-2 et 180-2 du Code de procédure pénale français (CPPF).

76 Voir <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/convention-judiciaire-dinteret-public> (consulté le 5.1.2023) ; <http://www.justice.gouv.fr/publications-10047/cjip-13002/> (consulté le 5.1.2023) ; <https://www.economie.gouv.fr/node/36492> (consulté le 5.1.2023).

des affaires criminelles et des grâces⁷⁷, ainsi que par des « Lignes directrices » émanant du Parquet national financier et de l'Agence française anticorruption⁷⁸. Celles-ci constatent que « la lutte contre la corruption transnationale présente des difficultés particulières » et que « [p]our la réprimer, plusieurs pays ont développé des moyens procéduraux plus adaptés, en particulier des transactions pénales conclues entre l'autorité de poursuite d'un État et une entreprise ». Au 31 décembre 2022, d'après les publications officielles, 31 conventions judiciaires d'intérêt public avaient été conclues, dont huit dans des affaires portant sur des faits de corruption transnationale⁷⁹.

La loi confère au Ministère public un poids significatif durant tout le processus d'élaboration de la convention judiciaire d'intérêt public. C'est en effet le procureur de la République qui propose la convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale et en détermine le contenu et les sanctions. Ce pouvoir est toutefois contrebalancé par l'intervention, certes plus limitée mais néanmoins décisive, du juge chargé de la validation. Ce dernier n'est pas réduit à un simple contrôle formel des termes de l'accord, comme dans le contexte d'un *Deferred Prosecution Agreement* américain, mais il doit vérifier, après audition de l'entreprise et des victimes éventuelles, le bien-fondé du recours à la convention judiciaire d'intérêt public, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites légales et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements⁸⁰. À ce jour, force est de constater que le Ministère public a été systématiquement suivi, puisque les 31 conventions judiciaires d'intérêt public conclues ont été homologuées⁸¹, non sans susciter d'ailleurs certaines critiques tirées de la

77 Circulaire du 31 janvier 2018 relative à la présentation et la mise en œuvre des dispositions pénales prévues par la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique.

78 Les Lignes directrices sont consultables sur le site Internet de l'Agence française anticorruption : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%0directrices%0PNF%0CJIP.pdf> (consulté le 5. 1. 2023).

79 Ces huit conventions judiciaires d'intérêt public concernent les entreprises Société Générale (2018), Egis Avia (2019), Airbus (2020), Bolloré (2021), Systra (2021), Doris Group, Idemia et à nouveau Airbus (2022) ; voir aussi OCDE (n. 16), 14.

80 Art. 41-1-2 CPPF ; M. Galli, Une justice pénale propre aux personnes morales : réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2018, 365 s. ; E. Vergès, La procédure pénale hybride : à propos de la convention judiciaire d'intérêt public issue de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2017, 585.

81 La convention judiciaire d'intérêt public conclue avec la société Bolloré en 2021 a elle aussi été validée, mais le juge a en revanche refusé d'homologuer les accords conclus simultanément avec trois de ses hauts dirigeants ; pour plus de détails, voir E. Brunelle/M. Lachassagne/S. Brihi/A. Bousquet, L'affaire Bolloré ou les limites d'une justice pénale négociée, *Daloz Actualité*, 21. 3. 2021.

motivation parfois sommaire des ordonnances de validation⁸². En dépit du débat concernant la comptabilité de la convention judiciaire d'intérêt public avec la conception française de la justice pénale, l'introduction de cet instrument procédural, doublée du constat d'une augmentation du nombre d'entreprises sanctionnées, a été accueillie positivement par les examinateurs de l'OCDE⁸³.

Outre la convention judiciaire d'intérêt public, le droit français connaît un autre outil susceptible d'être mis en œuvre dans les affaires de corruption transnationale : la comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité⁸⁴, procédure de plaider coupable s'apparentant au *Plea Agreement* américain et présentant également certaines similitudes avec la procédure simplifiée suisse. La comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité permet au procureur de la République de proposer une peine (d'amende notamment) à la personne physique ou morale qui reconnaît les faits reprochés. Cette peine doit être soumise en audience publique à un juge qui, en cas d'homologation, rend une ordonnance qui a les effets d'un jugement de condamnation. Jusqu'ici, le Parquet national financier a utilisé la comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité en complément à certaines conventions judiciaires d'intérêt public, afin de sanctionner les personnes physiques ayant agi au sein des entreprises visées⁸⁵. En revanche, nous n'avons pas connaissance d'affaires de corruption d'agents publics étrangers dans lesquelles une comparaison sur reconnaissance préalable de culpabilité aurait été acceptée par une personne morale⁸⁶. Cela s'explique certainement par le fait que contrairement à la convention judiciaire d'intérêt public, ce type d'accord est conditionné à une reconnaissance de culpabilité, laquelle peut entraîner des conséquences économiques (y compris l'exclusion de passation de marchés publics) et réputationnelles potentiellement lourdes⁸⁷.

2. Analyse de cas

Le présent chapitre analyse quatre affaires de corruption transnationale récentes traitées par les autorités suisses et françaises. Sur la base d'informations pu-

82 *L. d'Ambrosio*, L'implication des acteurs privés dans la lutte contre la corruption : un bilan en demi-teinte de la loi Sapin 2, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2019, 21 ss.

83 OCDE (n. 16), 159 ; voir aussi OCDE (n. 3), 39 s.

84 Art. 495-7 à 495-16 CPPF.

85 Tel a notamment été le cas dans la convention judiciaire d'intérêt public conclue avec la société Bolloré en 2021 ; à ce sujet, voir *Brunelle/Lachassagne/Brihi/Bousquet* (n. 81) ; *Cazeneuve/Van Gaver/Mennucci* (n. 28) ; *P. Dufourq/C. Lanta de Berard*, Justice négociée : quel sort pour les personnes physiques ? *Dalloz Actualité*, 9.9.2019.

86 Dans le même sens : OCDE (n. 3), 39.

87 *E. Daoud/H. Partouche*, Étude comparative des CJIP : bilan et perspectives, *Dalloz Actualité*, 27.4.2020.

bliquement disponibles, l'objectif consiste à mettre en évidence les situations de concurrence ou de coopération ayant pu se produire, à la lumière des illustrations évoquées au chapitre II. D'un point de vue méthodologique, seules les affaires ayant abouti, en Suisse ou en France, à la conclusion d'un accord hors procès tout en donnant lieu à des poursuites dans un État tiers en lien avec des faits connexes ont été retenues.

a) Suisse

aa) *Affaire Odebrecht*

En décembre 2016, l'entreprise brésilienne Odebrecht et sa filiale Braskem ont conclu des accords avec les autorités brésiliennes, suisses et américaines, et se sont engagées à payer à tout le moins USD 3,5 milliards à titre d'amendes et de confiscations⁸⁸. Il s'agissait à l'époque de la plus lourde sanction financière totale infligée à une entreprise pour des faits de corruption transnationale⁸⁹. Cette affaire s'inscrit dans le contexte du scandale de corruption et de blanchiment d'argent ayant éclaté en 2014 au Brésil autour de la société pétrolière étatique Petrobras, sous le nom d'opération *Lava Jato*⁹⁰.

Les procédures conduites au Brésil et en Suisse à l'encontre d'Odebrecht et de ses dirigeants ont démarré à la même période, entre juin et juillet 2015⁹¹, alors que les investigations américaines ne semblent pas avoir véritablement débuté avant

88 Communiqué de presse *Ministério público federal*: www.mpf.mp.br/pg/documentos/nota-acordo-de-leniencia-odebrecht-e-braskem_ingles.pdf (consulté le 5. 1. 2023); Communiqué de presse Ministère public de la Confédération: <https://www.bundesanwalt.schaffhausen.ch/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-65077.html> (consulté le 5. 1. 2023); Communiqué de presse *Department of Justice*: <https://www.justice.gov/opa/pr/odebrecht-and-braskem-plead-guilty-and-agree-pay-least-35-billion-global-penalties-resolve> (consulté le 5. 1. 2023); *Plea Agreement* Odebrecht: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919916/download> (consulté le 5. 1. 2023); *Plea Agreement* Braskem: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/919906/download> (consulté le 5. 1. 2023). Le montant total à payer devait être revu et éventuellement adapté en fonction de l'évolution de la situation financière d'Odebrecht, ce qui a été fait en 2017 et où la part revenant aux autorités américaines a été ramenée à USD 93 millions.

89 OCDE (n. 3), 16.

90 Ou « lavage express », en référence à la station-service dont la perquisition, dans le cadre d'une affaire de blanchiment d'argent, est à l'origine du scandale.

91 *The New York Times*, Brazil arrests head of Odebrecht in Petrobras scandal, 20. 6. 2015; *Reuters*, Brazil prosecutors present charges against Odebrecht CEO, 24. 7. 2015; *Neue Zürcher Zeitung*, Die Schweiz weitet Ermittlungen im Schmiergeld-Skandal aus, 22. 7. 2015; *Le Temps*, La Suisse étend son enquête dans l'affaire Petrobras, 23. 7. 2015. La compétence suisse résultait de l'utilisation par Odebrecht de comptes bancaires en Suisse pour le versement de pots-de-vin.

fin 2015, voire début 2016⁹². La perspective d'un accord tripartite a quant à elle été évoquée dans les médias à partir de novembre 2016⁹³. En l'absence d'une autodénonciation d'Odebrecht ou de Braskem⁹⁴, il apparaît que le déclenchement et la progression de ces procédures ont été rendus possible grâce à l'accumulation d'éléments à charge, obtenus non seulement dans le cadre d'enquêtes nationales connexes, principalement au Brésil et en Suisse⁹⁵, mais aussi à travers l'entraide judiciaire internationale⁹⁶.

Concrètement, Odebrecht et Braskem ont chacune conclu un « accord de clémence » (*Acordo de Leniência*) avec le *Ministério público federal* brésilien ainsi qu'un *Plea Agreement* avec le *Department of Justice* américain. En Suisse, Odebrecht et une entité affiliée ont été condamnées par ordonnance pénale du Ministère public de la Confédération et reconnues responsables d'actes de corruption d'agents publics étrangers et de blanchiment d'argent commis en leur sein, tandis que la procédure visant Braskem a été classée en raison du *Plea Agreement* américain parallèle. S'agissant des sanctions financières, les trois autorités impliquées ont convenu que le Brésil en percevrait respectivement 80 % (Odebrecht) et 70 % (Braskem) du produit, la Suisse et les États-Unis d'Amérique recevant chacun 10 % (Odebrecht) et 15 % (Braskem)⁹⁷. Il ressort des communiqués de presse officiels que la clôture simultanée de ces procédures est intervenue de façon coordonnée entre les autorités des trois pays concernés. Le rapport de Phase 4 de l'OCDE concernant la Suisse mentionne à cet égard que « dans la procédure Odebrecht, plusieurs séances de

92 *Reuters*, U. S. probes Brazil's Odebrecht, Braskem for corruption – Valor, 29. 3. 2016. La compétence américaine se fondait, d'une part, sur la participation d'employés d'Odebrecht au schéma de corruption depuis le territoire américain et l'utilisation de comptes bancaires américains liés à Odebrecht pour le versement de pots-de-vin et, d'autre part, sur le fait que Braskem était cotée à la Bourse de New York (voir *Plea Agreement* Odebrecht [n. 88], B-1 ss et *Plea Agreement* Braskem [n. 88], B-1).

93 *Reuters*, Exclusive : leniency deal for Brazil's Odebrecht may be world's largest, 8. 11. 2016.

94 *Plea Agreement* Odebrecht (n. 88), 2 et *Plea Agreement* Braskem (n. 88), 2, étant observé que le *Plea Agreement* Odebrecht (B-22 s.) fait état d'actes d'obstruction à la justice commis par Odebrecht jusqu'en janvier 2016, notamment par la destruction de moyens de preuves.

95 Il est notoire que ces deux pays ont conduit dès 2014 de nombreuses procédures dans le contexte du scandale Petrobras, visant à la fois des présumés corrompus, corrupteurs et intermédiaires.

96 Dès 2015, l'entraide judiciaire entre la Suisse et le Brésil a été particulièrement intense et décisive pour faire avancer les procédures menées dans les deux pays ; voir *Office fédéral de la justice*, Rapport d'activité 2016, Berne 2017, 13 ; Communiqué de presse Ministère public de la Confédération : <https://www.bundesanwalt.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-56605.html> (consulté le 5. 1. 2023) ; Communiqué de presse *Ministério público federal* : <http://www.mpf.mp.br/pgt/noticias-pgr/pgrs-de-brasil-e-suica-se-comprometem-a-intensificar-cooperacao-juridica-para-combater-crimes-transnacionais> (consulté le 5. 1. 2023).

97 Communiqué de presse *Department of Justice* (n. 88).

coordination ont été organisées avec le Brésil, les USA et la Suisse, soit au Brésil, soit par vidéoconférence. C'est dans le contexte de ces rencontres que la stratégie, comme la répartition des affaires ou des prévenus, a été discutée »⁹⁸. S'agissant de la clé de répartition des sanctions financières, « le [Ministère public de la Confédération] a considéré que le centre de gravité de cette affaire était le Brésil, raison pour laquelle la plus grande partie de la somme confisquée devait lui revenir »⁹⁹, tandis que les autorités américaines ont indiqué que cela visait à récompenser les pays qui détectent, enquêtent et coopèrent pour résoudre des cas de corruption transnationale¹⁰⁰.

Dans cette affaire, le partage d'informations et de moyens de preuves entre autorités constitue un indice clair de coopération¹⁰¹. Cela vaut à l'égard des autorités brésiliennes et suisses qui, alors qu'elles étaient probablement plus avancées dans leurs enquêtes, en ont fait profiter les autorités américaines au moment où celles-ci ont initié leurs propres investigations. De même, les nombreux documents transmis par Odebrecht et Braskem aux autorités américaines¹⁰² ont sans doute bénéficié aux autorités brésiliennes et suisses. L'entraide judiciaire a ainsi joué un rôle essentiel en créant les conditions d'un accord global coordonné¹⁰³. Dans ces circonstances, il était en effet dans l'intérêt d'Odebrecht et de Braskem de collaborer avec les autorités et de favoriser un tel accord, plutôt que de s'exposer à des sanctions en cascade dont les conséquences financières cumulées auraient pu être plus lourdes encore. Du point de vue des trois autorités concernées, cette voie permettait la finalisation rapide et efficace des procédures en cours.

Un autre élément important attestant d'une coopération étroite entre autorités réside dans la répartition de certains faits à investiguer et du produit des sanctions financières, dans le cadre d'accords hors procès simultanés¹⁰⁴. Le pourcentage limité des sanctions financières alloué à la Suisse et aux États-Unis d'Amérique par rapport au Brésil, conformément aux discussions tripartites, pourrait d'ailleurs inciter d'autres États dont les agents publics ont été corrompus à participer à des enquêtes similaires dans une même logique de coopération.

Enfin, le classement intervenu en Suisse dans la procédure visant Braskem, en raison du *Plea Agreement* conclu par cette entreprise avec les autorités américaines, peut quant à lui être interprété comme un indice de concurrence¹⁰⁵. Celui-ci doit néanmoins être relativisé par le fait que cela n'a pas empêché les autorités

98 OCDE (n. 25), 38.

99 OCDE (n. 25), 86.

100 OCDE (n. 23), 45.

101 *Supra* II 2 Coop. 2.

102 Voir *Plea Agreement* Odebrecht (n. 88), 2 s. ; *Plea Agreement* Braskem (n. 88), 2 s.

103 OCDE (n. 3), 48.

104 *Supra* II 2 Coop. 3 et Coop. 5.

105 *Supra* II 1 Conc. 3.

suisse de prononcer, dans cette même procédure, une créance compensatrice de CHF 94,5 millions¹⁰⁶, étant rappelé qu'en cas de condamnation, l'amende prononcée n'aurait pas pu excéder CHF 5 millions.

bb) Affaire SBM Offshore

En novembre 2021, trois filiales suisses de l'entreprise néerlandaise SBM Offshore ont été reconnues responsables, par ordonnance pénale du Ministère public de la Confédération, de corruption d'agents publics étrangers en Angola, en Guinée équatoriale et au Nigéria entre 2006 et 2012, et condamnées au paiement de plus de CHF 7 millions, tandis que le volet brésilien de l'affaire a fait l'objet d'une décision de classement séparée¹⁰⁷. La procédure suisse s'inscrit dans le prolongement de trois autres accords hors procès concernant le même complexe de faits. Aux Pays-Bas, SBM Offshore et l'*Openbaar Ministerie* ont conclu, en novembre 2014, un accord prévoyant le versement de USD 240 millions en lien avec des actes de corruption d'agents publics étrangers s'étant déroulés entre 2007 et 2011 en Guinée équatoriale, en Angola et au Brésil¹⁰⁸. En novembre 2017, SBM Offshore et sa filiale américaine, auxquelles étaient reprochés des infractions de corruption transnationale commises entre 1996 et 2012 au Brésil, en Angola, en Guinée équatoriale, au Kazakhstan et en Irak, ont respectivement signé un *Deferred Prosecution Agreement* et un *Plea Agreement* avec le *Department of Justice*, et se sont engagées à payer USD 238 millions¹⁰⁹. Enfin, en août 2018, SBM Offshore et l'une de ses filiales suisses ont conclu au Brésil un « accord de clémence » (*Acordo de Leniência*) avec le *Ministério público federal* dans le contexte de paiements corruptifs en faveur d'agents publics brésiliens, et ont accepté de s'acquitter de l'équivalent d'environ USD 360 millions¹¹⁰.

106 Communiqué de presse Ministère public de la Confédération (n. 88).

107 Communiqué de presse Ministère public de la Confédération : <https://www.bundesamt.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-86009.html> (consulté le 5. 1. 2023). L'auteur de la présente contribution a eu à connaître de cette affaire en sa qualité de procureur fédéral ; il est rappelé que les faits rapportés ici reposent exclusivement sur des informations publiquement disponibles.

108 Communiqué de presse *Openbaar Ministerie* : <https://www.prosecutionservice.nl/latest/news/2014/11/12/sbm-offshore-n.v.-settles-bribery-case-for-ususd-240000000> (consulté le 5. 1. 2023).

109 Voir Communiqué de presse *Department of Justice* : <https://www.justice.gov/opa/pr/sbm-offshore-nv-and-united-states-based-subsidiary-resolve-foreign-corrupt-practices-act-case> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Deferred Prosecution Agreement* SBM Offshore N.V. : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1014801/download> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Plea Agreement* SBM Offshore USA Inc. : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1014846/download> (consulté le 5. 1. 2023).

110 Communiqué de presse *Ministério público federal* : <https://mpf.jusbrasil.com.br/noticias/621950726/mpf-firma-novo-acordo-de-leniencia-com-a-sbm-offshore> (consulté le 5. 1. 2023).

Cette affaire se distingue ainsi par le fait que, sur une période de sept ans, SBM Offshore et certaines de ses filiales ont conclu des accords hors procès dans pas moins de quatre juridictions, se voyant infliger des sanctions financières totalisant près de USD 850 millions. Ces accords en cascade constituent un indice de concurrence que deux constats viennent corroborer.

Premièrement, l'enquête néerlandaise a démarré sur la base d'une autodénonciation de SBM Offshore en 2012 consécutive à une enquête interne¹¹¹. À l'époque, SBM Offshore a également porté certains soupçons d'irrégularités à la connaissance des autorités américaines, lesquelles ont ensuite décidé de mettre un terme à leurs investigations pour défaut de compétence, avant de les reprendre en 2016 à la faveur d'informations complémentaires¹¹². Au Brésil, un premier « accord de clémence » a été rejeté en 2016 au motif que la collaboration de SBM Offshore était insuffisante¹¹³. Il y a tout lieu de penser que ces contretemps auraient pu être évités si les procédures avaient été menées de façon coordonnée et si les moyens de preuves récoltés avaient pu être partagés entre les différentes autorités dès le départ¹¹⁴.

Deuxièmement, certaines autorités ont été contraintes de tenir compte des accords conclus précédemment dans le cadre de la résolution de leurs propres enquêtes¹¹⁵. Tel a été le cas des autorités américaines, qui ont fixé leur amende en intégrant les USD 240 millions payés par SBM Offshore aux Pays-Bas en 2014, ainsi que le montant provisionné par SBM Offshore en vue d'une issue négociée au Brésil¹¹⁶. Les autorités suisses ont pour leur part renoncé à toute confiscation des gains réalisés par SBM Offshore en Angola et en Guinée équatoriale, ceux-ci ayant déjà été inclus dans les accords conclus aux Pays-Bas en 2014 et aux États-Unis d'Amérique en 2017, et elles ont de surcroît classé le volet brésilien de l'affaire au motif que l'une des filiales suisses était partie à l'accord conclu au Brésil en 2018 en lien avec les mêmes faits¹¹⁷. Là encore, un accord global coordonné aurait sans doute permis aux autorités impliquées de déterminer d'entente entre elles une répartition des faits à investiguer et/ou du produit des sanctions financières prononcées.

111 Voir Communiqué de presse *Openbaar Ministerie* (n. 108).

112 Voir *Deferred Prosecution Agreement SBM Offshore* (n. 109), 4 s.

113 *The Wall Street Journal*, Brazil prosecutors suspends leniency deal with SBM Offshore, 2.9.2016.

114 Dans le même sens : *OCDE* (n. 3), 199.

115 *Supra* II 1 Conc. 3 et Conc. 4.

116 *Deferred Prosecution Agreement SBM Offshore* (n. 109), 13.

117 Communiqué de presse Ministère public de la Confédération (n. 107).

La situation de concurrence illustrée par l'affaire SBM Offshore ne doit cependant pas occulter l'existence d'une forme de coopération dans l'avancement des enquêtes. Les autorités américaines ont ainsi bénéficié de l'entraide judiciaire accordée par le Brésil, les Pays-Bas et la Suisse¹¹⁸. Les sources publiques relatives aux procédures conduites aux Pays-Bas, au Brésil et en Suisse sont muettes à ce sujet, mais l'entraide judiciaire y a vraisemblablement aussi été mise en œuvre, compte tenu des nombreux aspects internationaux de l'affaire¹¹⁹. Il convient enfin de relever que les autorités américaines, brésiliennes et suisses ont logiquement vu leurs positions respectives renforcées, sur le plan matériel, par les accords conclus précédemment par SBM Offshore. Un phénomène de « *carbon copy* » *prosecution*¹²⁰ s'est donc manifesté, puisque les quatre accords couvrent des faits en partie identiques.

b) France

aa) *Affaire Société Générale*

En juin 2018, les autorités françaises et américaines ont annoncé la conclusion d'accords avec la banque française Société Générale, laquelle s'est engagée à verser une somme totale de plus de EUR 500 millions (USD 585 millions) à titre d'amendes¹²¹. Du côté français, cette affaire marque l'avènement de la première convention judiciaire d'intérêt public en lien avec des faits de corruption d'agents publics étrangers. Du côté américain, l'accord s'est traduit par la signature d'un *Deferred Prosecution Agreement* par Société Générale ainsi que d'un *Plea Agreement* par l'une de ses filiales incorporée à Curaçao.

118 Communiqué de presse *Department of Justice* (n. 109).

119 Cf. p. ex. Communiqué de presse *Ministério público federal* (n. 110), dont il ressort que les paiements corruptifs reprochés à SBM Offshore ont transité par des comptes bancaires en Suisse.

120 *Supra* II 2.

121 Voir Communiqué de presse Parquet national financier : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Communiqu%3%9%0CJIP%0SG%0LIA%0-%04%0juin%02018.pdf> (consulté le 5. 1. 2023) ; Convention judiciaire d'intérêt public Société Générale : https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/2018-10/24.05.18_-_CJIP.pdf (consulté le 5. 1. 2023) ; Communiqué de presse *Department of Justice* : <https://www.justice.gov/opa/pr/soci-t-g-n-rale-sa-agrees-pay-860-million-criminal-penalties-bribing-gaddafi-era-libyan> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Deferred Prosecution Agreement* Société Générale : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1068521/download> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Plea Agreement* SGA Société Générale Acceptance N. V. : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1068526/download> (consulté le 5. 1. 2023).

Il ressort de ces accords que les investigations menées par le *Department of Justice* ont débuté en 2014, sans autodénonciation préalable de Société Générale, tandis que le Parquet national financier a ouvert une enquête préliminaire en 2016 sur la base d'articles de presse¹²². Le rapport de Phase 4 de l'OCDE concernant la France précise que le Parquet national financier a eu connaissance des investigations américaines suite à la réception d'une demande d'entraide judiciaire, alors que la procédure française était déjà en cours¹²³, c'est-à-dire après 2016. Par la suite, « [l]e [*Department of Justice*] et le [Parquet national financier] ont partagé leurs éléments de preuve et se sont entendus pour parvenir à une résolution coordonnée de leurs enquêtes respectives » et ont décidé de se répartir à concurrence de 50 % chacun le montant des pénalités versées par Société Générale¹²⁴.

Ces développements reflètent une double dynamique, d'abord de concurrence, puis de coopération entre autorités. Dans une première phase, le *Department of Justice* et le Parquet national financier ont mené leurs enquêtes de façon séparée, sans échange ni concertation. Si elle avait perduré, cette situation aurait pu entraîner la conclusion d'accords non coordonnés, susceptibles notamment d'imposer à l'un des deux États de réduire le montant des sanctions financières prononcées à l'encontre de l'entreprise¹²⁵. Dans une seconde phase, les deux autorités ont partagé des moyens de preuves et décidé de mettre un terme à leurs investigations par des accords simultanés, tout en prévoyant une répartition des sanctions financières¹²⁶. C'est l'envoi d'une demande d'entraide judiciaire américaine à la France qui semble avoir rendu possible cette coopération, puisque le *Department of Justice* et le Parquet national financier ignoraient manifestement jusqu'alors l'existence d'une procédure parallèle dans l'autre État.

Comme le relève l'OCDE, les accords coordonnés conclus dans le cadre de l'affaire Société Générale ont certainement été facilités par la nouvelle convention judiciaire d'intérêt public¹²⁷. Celle-ci a en effet donné au Parquet national financier des outils et des moyens d'action similaires à ceux du *Department of Justice*, permettant une synchronisation des enquêtes et de leur résolution.

122 *Deferred Prosecution Agreement* Société Générale (n. 121), 4; Convention judiciaire d'intérêt public Société Générale (n. 121), 6.

123 OCDE (n. 16), 179.

124 Convention judiciaire d'intérêt public Société Générale (n. 121), 6.

125 *Supra* II 1 Conc. 4.

126 *Supra* II 2 Coop. 5.

127 OCDE (n. 3), 40.

bb) *Affaire Airbus*

En janvier 2020, les autorités françaises, britanniques et américaines ont annoncé la conclusion d'accords avec l'entreprise française Airbus, aux termes desquels celle-ci a été condamnée à payer près de EUR 3,6 milliards (plus de USD 3,9 milliards) à titre d'amendes¹²⁸. Trois ans après l'affaire Odebrecht, un nouveau record était ainsi atteint, la sanction financière totale infligée à Airbus devant la plus importante à ce jour dans une affaire de corruption transnationale.

L'origine de l'affaire remonte à une autodénonciation d'avril 2016, par laquelle Airbus, entreprise européenne dont le siège opérationnel se trouve en France, a informé le *Serious Fraud Office* britannique avoir identifié des problèmes dans ses déclarations à l'agence britannique de crédit-export en lien avec l'activité d'intermédiaires commerciaux auxquels elle avait eu recours dans ses négociations avec des clients étatiques et privés¹²⁹. Ces informations ayant par la suite été communiquées par les autorités britanniques aux autorités françaises, le Parquet national financier et le *Serious Fraud Office* ont chacun ouvert, en juillet 2016, une enquête séparée du chef de corruption d'agents publics étrangers notamment. En janvier 2017, le Parquet national financier et le *Serious Fraud Office* ont signé un accord d'équipe commune d'enquête (*joint investigation team*) « afin de mettre en place une stratégie d'enquête coordonnées, faciliter le recueil des preuves [...] ainsi que d'utiliser ces preuves en vue de poursuites pénales ou de la conclusion d'accords transactionnels »¹³⁰. Dans ce cadre, le Parquet national financier et le *Serious Fraud Office* se sont répartis les « priorités d'enquêtes » en fonction des pays où des paiements corruptifs étaient susceptibles d'avoir été effectués, tout en se partageant des éléments issus de leurs investigations respectives ainsi que de l'enquête interne conduite par Airbus, dans le respect du secret professionnel français et du *legal pri-*

128 Voir Communiqué de presse Parquet national financier : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/CP%0PNF%0CJIP%0Airbus%030%0janvier%02020.pdf> (consulté le 5. 1. 2023) ; Convention judiciaire d'intérêt public Airbus : <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/20200129%0CJIP%0AIRBUS%0sign%3%9e.pdf> (consulté le 5. 1. 2023) ; Communiqué de presse *Serious Fraud Office* : <https://www.sfo.gov.uk/2020/01/31/sfo-enters-into-e991m-deferred-prosecution-agreement-with-airbus-as-part-of-a-e3-6bn-global-resolution/> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Deferred Prosecution Agreement UK Airbus (Statement of Facts et Approved Judgment)* : <https://www.sfo.gov.uk/download/airbus-se-deferred-prosecution-agreement-statement-of-facts/> (consulté le 5. 1. 2023) ; Communiqué de presse *Department of Justice* : <https://www.justice.gov/opa/pr/airbus-agrees-pay-over-39-billion-global-penalties-resolve-foreign-bribery-and-itar-case> (consulté le 5. 1. 2023) ; *Deferred Prosecution Agreement US Airbus* : <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1241466/download> (consulté le 5. 1. 2023).

129 Cette autodénonciation a été précédée de plusieurs échanges intervenus, dès avril 2015, entre Airbus et l'agence britannique de crédit-export ; voir *Deferred Prosecution Agreement UK Airbus* (n. 128), 9 ; Convention judiciaire d'intérêt public Airbus (n. 128), 6.

130 Convention judiciaire d'intérêt public Airbus (n. 128), 6.

vilege anglo-saxon¹³¹. Parallèlement, le *Department of Justice* et le *Department of State* américains ont ouvert leur propre procédure portant sur des possibles violations par Airbus du *Foreign Corrupt Practices Act* et de la réglementation dite ITAR (*International Traffic in Arms Regulations*)¹³². Des éléments de l'enquête du Parquet national financier ont également été partagés avec les autorités américaines par le biais de l'entraide judiciaire internationale¹³³.

Afin de mettre un terme aux poursuites, suspendues pour une période de trois ans dans les trois pays, Airbus a conclu une convention judiciaire d'intérêt public avec le Parquet national financier, un *Deferred Prosecution Agreement* avec le *Serious Fraud Office* et un *Deferred Prosecution Agreement* avec le *Department of Justice*. Les sanctions financières totales ont été partagées à hauteur de EUR 2,083 milliards en faveur des autorités françaises (soit 58 % du montant total), EUR 983,9 millions en faveur des autorités britanniques (27 %), ainsi que USD 527,2 millions et EUR 50 millions en faveur des autorités américaines (15 %). Les accords ne permettent pas de comprendre sur quelle base cette répartition a été effectuée, mais celle-ci a manifestement tenu compte des efforts engagés par chacune des trois autorités dans l'instruction des faits reprochés, dont le Parquet national financier a assumé le *leadership* au motif que « [leur] centre de gravité était incontestablement du côté français »¹³⁴.

L'affaire Airbus fournit l'illustration d'une coopération particulièrement étendue entre autorités. Celle-ci s'est matérialisée d'abord dans l'attitude des autorités britanniques qui, après l'autodénonciation d'Airbus au Royaume-Uni, ont rapidement transmis des informations aux autorités françaises, ce qui a permis l'ouverture d'enquêtes coordonnées dès le départ¹³⁵. Ensuite et surtout, la volonté manifestée par le Parquet national financier et le *Serious Fraud Office* de collaborer s'est traduite par la mise en place d'une équipe commune d'enquête six mois à peine après l'ouverture des procédures¹³⁶. En dynamisant le processus d'entraide,

131 Convention judiciaire d'intérêt public Airbus (n. 128), 7 s.; *Deferred Prosecution Agreement* UK Airbus (n. 128), 10. Le Parquet national financier a ainsi concentré ses investigations sur les Émirats Arabes Unis, la Chine, la Corée du Sud, le Népal, l'Inde, Taïwan, la Russie, l'Arabie Saoudite, le Vietnam, le Japon, la Turquie, le Mexique, la Thaïlande, le Brésil, le Koweït et la Colombie; le *Serious Fraud Office* a pour sa part concentré ses investigations sur la Corée du Sud, l'Indonésie, le Sri Lanka, la Malaisie, Taïwan, le Ghana, la Colombie et le Mexique.

132 La compétence américaine se fondait sur le fait que des employés et des intermédiaires liés à Airbus avaient envoyé des courriels depuis le territoire américain et voyagé aux États-Unis d'Amérique dans le cadre du schéma de corruption (voir *Deferred Prosecution Agreement* US Airbus [n. 128], A-4).

133 Convention judiciaire d'intérêt public Airbus (n. 128), 7 s.

134 *Bohnert* (n. 41). À cela s'ajoute que c'est l'Agence française anticorruption qui a été chargée de l'examen et du suivi du programme de conformité d'Airbus dans le cadre des trois accords.

135 *Supra* II 2 Coop. 1.

136 *Supra* II 2 Coop. 3 et Coop. 4.

cet instrument a sans doute permis d'accélérer considérablement la progression des investigations. Il a également contribué, grâce à la répartition claire des priorités d'enquêtes entre autorités, à une prise en compte du principe *Ne bis in idem* (potentiellement pertinent ici, vu l'implication de deux États européens)¹³⁷ et à une réduction du risque de *forum shopping*¹³⁸.

L'entraide judiciaire traditionnelle a également joué un rôle important, puisque c'est grâce à ce canal que les autorités américaines, qui ne participaient pas à l'équipe commune d'enquête, ont obtenu certains moyens de preuves issus de la procédure française¹³⁹. Enfin, la coopération entre les trois États concernés est encore marquée par la conclusion simultanée des trois accords hors procès, incluant un partage des sanctions financières¹⁴⁰.

IV. Conclusion

Les développements qui précèdent reflètent une réalité complexe et contrastée, dans laquelle les dynamiques de concurrence et de coopération entre autorités coexistent à des degrés divers¹⁴¹. Force est néanmoins de constater que trois des quatre affaires examinées (Airbus, Odebrecht et Société Générale) s'inscrivent dans un contexte de coopération plus ou moins étroite, ce qui vient accréditer l'hypothèse selon laquelle les accords hors procès favorisent une telle coopération plutôt qu'une mise en concurrence des autorités.

Plusieurs facteurs doivent cependant être mentionnés qui imposent de relativiser ce constat. D'une part, seules quatre affaires, concernant des accords hors procès conclus entre 2016 et 2021, ont été analysées. Il s'agit donc d'un échantillon de taille limitée, et la tendance qui s'en dégage devra être vérifiée sur la base d'accords futurs. D'autre part, les accords hors procès et les informations publiques qui s'y rapportent ne permettent pas toujours de se faire une idée précise des circons-

137 P. Dufourq, Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus, Dalloz Actualité, 18.2.2020.

138 Cela ressort expressément du *Deferred Prosecution Agreement* UK Airbus (n. 128) : « The parties have been required to work within the framework of the overall financial settlement agreed across the three jurisdictions. In light of this, the approach taken reflects to an extent French primacy in the investigation. It is important, from the court's perspective, that international co-operation is encouraged. In R v Innospec 2010 WL 3580845, the point was made that coherence in the level of financial penalties across different jurisdictions in cases of corporate wrongdoing is important so that forum shopping for the settlement of these kinds of cases is avoided. » (*Approved Judgment*, ch. 92).

139 *Supra* II 2 Coop. 2.

140 *Supra* II 2 Coop. 5.

141 Constat similaire : E. K. Spahn, Multijurisdictional bribery law enforcement : the OECD anti-bribery Convention, Virginia Journal of International Law 2012, 43.

tances dans lesquelles les autorités ont été amenées ou non à collaborer. Il en résulte une certaine difficulté à identifier tous les indices attestant de l'existence d'une dynamique de concurrence ou de coopération dans un cas particulier. Enfin, la conduite et l'issue d'une affaire ne sauraient être réduites à la manifestation d'une volonté des autorités de se faire concurrence ou de coopérer. Certaines contingences, à l'instar du moment auquel des informations pouvant déclencher l'ouverture d'une enquête deviennent accessibles, des ressources disponibles ou même des éventuels liens tissés entre procureurs de plusieurs États, sont également susceptibles d'influencer le développement d'une procédure.

Il convient de garder à l'esprit que la poursuite pénale demeure l'expression d'un acte souverain à travers lequel les États protègent leurs intérêts propres. Même lorsqu'ils sont le fruit d'une coopération entre autorités, les accords hors procès demeurent des instruments au service de la défense de ces intérêts. Jusqu'ici, les États ayant conclu de tels accords se situent presque exclusivement du côté de l'offre de corruption (*supply side*), ce qui semble assez logique puisque ceux-ci visent à sanctionner le comportement d'entreprises corruptrices. Il n'est toutefois pas exclu que les autorités de certains États dont les agents publics ont été corrompus, se situant donc du côté de la demande de corruption (*demand side*), cherchent désormais aussi à y participer et se dotent des outils nécessaires à cette fin¹⁴².

142 Pour quelques exemples, voir *Stolen Assets Recovery Initiative, Left out of the bargain : settlements in foreign bribery cases and implications for asset recovery*, Washington DC 2014, 53 ss ; voir aussi *N. Capus/K. H. Brodersen, Negotiating without the victim State : the exclusiveness of anticorruption settlements*, *Journal of Financial Crime* 2022, 1249 ss.