

LA JUSTICE NÉGOCIÉE DANS LA CORRUPTION
TRANSNATIONALE – ENTRE TRANSPARENCE
ET CONFIDENTIALITÉ

NEGOTIATED JUSTICE IN TRANSNATIONAL
CORRUPTION – BETWEEN TRANSPARENCY
AND CONFIDENTIALITY



LA JUSTICE NÉGOCIÉE DANS LA
CORRUPTION TRANSNATIONALE –
ENTRE TRANSPARENCE ET
CONFIDENTIALITÉ

NEGOTIATED JUSTICE IN
TRANSNATIONAL CORRUPTION –
BETWEEN TRANSPARENCY AND
CONFIDENTIALITY

Nadja Capus
Franziska Hohl Zürcher
(Édit./Eds.)

CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel
Helbing Lichtenhahn

www.unine.ch/droit

Information bibliographique de la Deutsche Nationalbibliothek

La Deutsche Nationalbibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie ; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse <http://dnb.d-nb.de>.

Tous droits réservés pour tous pays. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi est strictement interdite et requiert l'accord préalable écrit des éditeurs.

ISBN 978-3-7190-4819-8

© 2024 Helbing Lichtenhahn, Bâle, CEMAJ, Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, Neuchâtel

www.helbing.ch

www.publications-droit.ch

Avant-propos*

Au cours des dernières années, de plus en plus d'Etats ont fait preuve d'une innovation notable en adaptant leur système judiciaire pénal pour mener des poursuites pénales contre la corruption transnationale. Ces adaptations reposent notamment sur la mise en place de cadres légaux et de pratiques permettant de négocier les faits et les sanctions dans une confidentialité totale, en partie loin des regards du public. Alors que le domaine des poursuites pénales, en particulier contre les entreprises, continue d'évoluer, l'importance de la transparence devient cruciale.

Cet ouvrage se consacre ainsi à l'examen de la tension qui peut exister entre transparence et confidentialité lorsque des procédures pénales en matière de corruption transnationale se concluent par des accords entre l'entreprise et l'autorité de poursuite pénale. Bien que la confidentialité – l'absence de publicité durant l'enquête et d'audience publique au tribunal, et de plus, si possible, l'absence de condamnation tout court – soit essentielle pour encourager les entreprises à coopérer et potentiellement à s'auto-dénoncer, et bien que l'intérêt des autorités pénales à cette coopération soit manifeste (sans laquelle une poursuite serait difficilement envisageable avec les ressources légales, financières et humaines actuelles), il demeure un risque. Une confidentialité excessive pourrait mener à une justice pénale opaque, ce qui diminuerait sa prévisibilité, sa sécurité juridique et sa légitimité.

Cet ouvrage aborde ainsi des questions essentielles relatives à la transparence et à la confidentialité dans le but de trouver une position équilibrée entre ces deux pôles.

Toutefois, l'ambivalence inhérente au principe de publicité et de transparence en matière de justice pénale se manifeste dans chaque procédure pénale : le principe exige un contrôle rigoureux de la justice pénale, une transparence qui renforce les connaissances de la société sur le droit pénal. Néanmoins, cette transparence ne doit pas empiéter sur les

* Cet ouvrage a bénéficié du financement du Conseil Européen de la Recherche (ERC) dans le cadre du programme de recherche et d'innovation Horizon 2020 de l'Union européenne (accord de subvention n° 864498).

Avant-propos

droits fondamentaux des prévenus. A cet effet, il convient de rappeler un principe intemporel : bien que les procédures pénales doivent se dérouler sous les yeux du public, elles ne sont pas menées pour le public.

Les 14 contributions rassemblées dans cette publication abordent, à travers différents points de vue, la question de savoir jusqu'où la confidentialité peut être préservée sans nuire à la légitimité de la justice pénale. L'ouvrage souligne ainsi les tensions et les interdépendances entre la transparence, la confidentialité, et l'intégrité du système judiciaire.

Cet ouvrage est le fruit d'un partage généreux et éclairé des points de vue provenant de divers acteurs engagés tant dans la théorisation que dans la pratique de ce domaine en constante évolution. Il rassemble ainsi les perspectives croisées des acteurs de la poursuite pénale, de la défense, des médias, des organisations non gouvernementales et de la science. Par ailleurs, il offre une analyse approfondie de la manière dont trois juridictions en plein changement ajustent leur système de justice pénale pour répondre aux défis contemporains, à savoir le Royaume-Uni, la France et la Suisse.

Chaque contribution de cet ouvrage revêt un caractère instructif. Pour résumer succinctement leurs points essentiels ici, nous avons décidé de les regrouper par acteurs, bien que leur chronologie suive celle de leur présentation orale lors du colloque du 2 février 2024.

Le point commun des quatre contributions des autorités judiciaires (Jean-François Bohnert ; Sabha MacManus et James Conroy ; Stefan Blättler et Maria Schnebli ; Yves Bertossa) est, malgré la diversité de leurs pratiques en matière de transparence, la recherche d'une solution équilibrée pour résoudre le dilemme entre les impératifs de publicité et le besoin d'exclure le public. Il y a également un consensus sur la nécessité de rendre publiques les audiences devant un tribunal.

Cet accent traditionnel mis sur la publicité des audiences devant les tribunaux est souligné dans la contribution de Nadja Capus et Franziska Hohl Zürcher. En effet, soit le Royaume-Uni, soit la France ont inséré un contrôle judiciaire, ce qui est particulièrement important. Cependant, comme le démontrent les auteures, de nouvelles plateformes de publicité se sont développées en parallèle : il s'agit des communiqués de presse et

de la divulgation des accords eux-mêmes, qui tentent de répondre à l'exigence d'une justice transparente. Leur autre constat qu'une administrativisation du droit pénal se manifeste dans les adaptations de la procédure pénale en vue des accords est en quelque sorte rejoint par Tina Søreide, qui plaide, quant à elle, en faveur d'une réglementation non pénale.

Alors que les médias (Marie Maurisse) demandent plus d'informations, notamment concernant le contenu des accords mêmes, le point commun entre les trois contributions des avocats (Claudia Götz Staehelin et Saverio Lembo ; Jürg Wernli ; Daniel Kinzer) est en revanche la préoccupation concernant le contrôle de l'information. Des flux d'informations non coordonnés de la part des institutions de justice pénale ou des publications des autorités de poursuite pénales, susceptibles d'être mal interprétées, constituent d'après eux un danger. Ainsi, la transparence est certes souhaitable au sein d'une procédure pénale et même obligatoire pour les entreprises suspectées dans des procédures telles que les accords, mais celles-ci sont conçues comme des systèmes cloisonnés. En ce qui concerne la communication vers l'extérieur, c'est-à-dire vers le public, les représentants des parties aspirent à plus de coordination, de collaboration et d'influence.

Dans les contributions des représentants des organisations non gouvernementales (Martin Hilti ; Chanez Mensous et Jean-Philippe Foegle), la revendication de la participation est manifeste : ils appellent à l'implication du public dans de telles procédures pénales, ainsi qu'à la participation directe des victimes dans le processus conduisant à un accord. Sur le plan théorique également, cette demande de participation est évoquée. Ainsi, Nicholas Lord, du point de vue de la justice restaurative, et Béatrice Lapérou-Schneider plaident pour une plus grande implication des différentes personnes susmentionnées.

Le présent ouvrage, rassemblant les diverses perspectives d'experts sur la transparence et la confidentialité dans la justice pénale et la corruption transnationale, offre une source précieuse d'informations. Il est idéal pour quiconque aspire à découvrir des pratiques exemplaires et des stratégies innovantes.

Avant-propos

Nos remerciements chaleureux vont à Carine Magne, Sylvia Stähli, Cristian Ferrara, Melody Bozinova et Scott Greinig pour leur précieux soutien.

Nadja Capus
Franziska Hohl Zürcher

Preface*

Over the past few years, an increasing number of states have demonstrated notable innovation in adapting their criminal justice systems to conduct criminal prosecutions against transnational corruption. These adaptations particularly rest on the creation of legal frameworks and development of practices that allow for the negotiation of facts and sanctions in complete confidentiality, partly beyond the scrutiny of public view. As the realm of criminal prosecution, particularly against corporations, continues to evolve, the importance of transparency becomes paramount.

This volume is dedicated to examining the tension that exists between transparency and confidentiality when criminal proceedings in matters of transnational corruption conclude with settlements between the corporation and the prosecutorial authority. While confidentiality – characterized by the absence of publicity during the investigation and court trials, and, if possible, the complete avoidance of conviction – is essential to encourage corporate cooperation and potential self-reporting, and though the prosecutorial authorities' interest in such cooperation is evident (without which prosecution would be hardly conceivable with current legal, financial, and human resources), there remains a risk. Excessive confidentiality could lead to an opaque criminal justice system, diminishing its predictability, legal certainty, and legitimacy.

This volume thus addresses crucial questions related to transparency and confidentiality with the aim of finding a balanced position between these two poles. However, the inherent ambivalence of the principle of publicity and transparency in criminal justice manifests in every penal procedure: the principle demands rigorous control of criminal justice, a transparency that bolsters society's understanding of criminal law. Yet, this transparency must not infringe upon the fundamental rights of the accused. In this regard, it is worth recalling a timeless principle: although criminal proceedings must unfold in the public eye, they are not conducted for the public.

* This publication has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation program (grant agreement No 864498).

Preface

The 14 contributions gathered in this publication tackle the question of how far confidentiality can be preserved without impairing the legitimacy of criminal justice. The volume thus highlights the tensions and interdependencies between transparency, confidentiality, and the integrity of the judicial system.

This book is the result of a generous and enlightened sharing of viewpoints from a diversity of actors engaged both in theorizing and in practicing this constantly evolving field. It brings together the intersecting perspectives of actors in criminal prosecution, defense, media, non-governmental organizations, and academia. Furthermore, it offers an in-depth analysis of how three jurisdictions undergoing significant change are adjusting their criminal justice systems to meet contemporary challenges—namely, the United Kingdom, France, and Switzerland.

Each contribution to this volume is instructive. To succinctly summarize their essential points here, we have decided to group them by actors, although their chronology follows that of their presentation at the symposium on February 2, 2024.

The shared theme across the four contributions from judicial authorities (Jean-François Bohnert; Sabha MacManus and James Conroy; Stefan Blättler and Maria Schnebli; Yves Bertossa) is, despite the diversity of their practices in terms of transparency, the search for a balanced solution to resolve the dilemma between the imperatives of publicity and the need to exclude the public. There is also a consensus on the necessity of public court trials.

This traditional emphasis on the publicity of court trials is underscored in the contribution of Nadja Capus and Franziska Hohl Zürcher. Indeed, both the United Kingdom and France have inserted judicial review, which is particularly significant. However, as the authors demonstrate, new platforms for publicity have developed in parallel: press releases and the disclosure of the agreements themselves, which attempt to meet the requirement for transparent justice. Their other observation that a bureaucratization of criminal law is manifesting in the adaptations of criminal procedure for agreements is somewhat joined by Tina Søreide, who argues even in favor of non-criminal regulation.

Preface

While the media (Marie Maurisse) demand more information, especially regarding the content of the settlements themselves, the common concern among the three contributions from lawyers (Claudia Götz Staehelin and Saverio Lembo; Jürg Wernli; Daniel Kinzer) is instead the control of information. Uncoordinated information flows from criminal justice institutions or publications by prosecutorial authorities, which are liable to be misinterpreted, pose a danger according to them. Thus, while transparency within a criminal procedure is desirable and even mandatory for companies suspected in such proceedings as agreements, these are conceived as compartmentalized systems. Regarding communication to the outside, that is, to the public, the representatives of the parties aspire to more coordination, collaboration, and influence.

In the contributions from non-governmental organization representatives (Martin Hilti; Chanez Mensous and Jean-Philippe Foegle), the claim for participation is evident: they call for public involvement in such criminal procedures, as well as for the direct participation of victims in the process leading to an agreement. Theoretically, too, this demand for participation is raised. Thus, Nicholas Lord, from the standpoint of restorative justice, and Béatrice Lapérrou-Scheneider advocate for greater involvement of the various persons mentioned above.

This present work, assembling the diverse expert perspectives on transparency and confidentiality in criminal justice and transnational corruption, offers a valuable resource of information. It is ideal for anyone seeking to discover exemplary practices and innovative strategies.

We are grateful to Carine Magne, Sylvia Stähli, Cristian Ferrara, Melody Bozinova, and Scott Greinig for their valuable support.

Nadja Capus
Franziska Hohl Zürcher



Sommaire

NADJA CAPUS and FRANZISKA HOHL ZÜRCHER Revamping Anticorruption Criminal Law – The Making of (In-)Transparency.....	1
JEAN-FRANÇOIS BOHNERT La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence.....	33
SABHA MACMANUS and JAMES CONROY Negotiated Justice in Transnational Corruption – A UK Perspective on Transparency.....	47
CLAUDIA GÖTZ STAEHELIN and SAVERIO LEMBO Transparency in Cross-Border Corruption Cases – From Investigation to Disclosure and Resolution.....	63
BÉATRICE LAPÉROU-SCHENEIDER La place des O.N.G. et associations dans le traitement consensuel de la corruption en droit français.....	99
MARTIN HILTI Les déficits de transparence en matière de punissabilité de l'entreprise en Suisse.....	131
CHANEZ MENSOUS et JEAN-PHILIPPE FOEGLE La CJIP : une justice expéditive au détriment des droits des victimes et de la transparence judiciaire ?.....	145

Sommaire

STEFAN BLÄTTLER et MARIA SCHNEBLI La poursuite pénale efficace en Suisse dans le contexte d'enquêtes de corruption internationale – un acte de balance entre le secret d'instruction et la transparence envers le public.....	159
YVES BERTOSSA Les exigences de l'OCDE en matière de transparence et de répression de la corruption transnationale : de la théorie à la pratique.....	191
JÜRIG WERNLI Transparency: Corporations Caught between a Rock and a Hard Place.....	203
MARIE MAURISSE L'affaire Sicpa : quand les journalistes cherchent la transparence.....	231
DANIEL KINZER Les enjeux de la transparence du point de vue de la défense.....	243
TINA SØREIDE Principled and Transparent Settlement-Based Enforcement of Corporate Liability.....	269
NICHOLAS LORD Accommodating Transnational Corporate Bribery Revisited: Performing Transparency in the Shadows of Negotiation.....	289

Revamping Anticorruption Criminal Law – The Making of (In-)Transparency

by

Nadja Capus

Professor, Faculty of Law, University of Neuchâtel

and

Franziska Hohl Zürcher

Post-doctoral researcher, Faculty of Law, University of Neuchâtel

I. Introduction.....	2
II. The making of (in)transparency by the OAG.....	7
III. Concluding discussion	20
Bibliography	25
Abbreviations	30
Appendix.....	31

I. Introduction

1. In recent years, numerous nations have embarked on concerted endeavours to reconfigure their anti-corruption criminal laws.¹ These efforts are aimed at enhancing the prosecutorial efficacy against corruption, targeting both natural persons and legal entities. The overhaul encompasses both substantive and procedural dimensions of law, impacting the criminal justice system as a whole. The modifications unfold in European jurisdictions through formal legislative enactments (*de jure* models), exemplified by France and the United Kingdom, as well as through pragmatic, bottom-up approaches without statutory amendments (*de facto* models), as observed in Switzerland. In Switzerland, transnational corporate corruption cases are settled by mean of Summary Penalty Orders.²
2. The result of this is quickly summarized: just as a compass needle invariably points north, all restructured criminal justice systems rely on the cooperation of suspects and the enhancement of consensus-based settlement of proceedings with as little court publicity as possible. In this article, we use the term ‘settlement’ for such procedures.
3. However, despite the importance of such consensus-based elements in settlements giving the appearance of a partner-like (horizontal) approach, the authoritative (vertical) relationship between the criminal prosecution authorities with its monopoly of coercion, that is the exclusive prosecution and punishment power and the suspects subjected to coercion, when becoming the object of a criminal investigation, remains intact. Hence, because the monopoly of coercion does not dissolve, the voluntariness of defendants entering settlement resolutions is at least questionable

¹ This contribution is part of a larger research project, entitled Revamping Anticorruption Criminal Law - Strategies and Consequences and directed by professor Nadja Capus (University of Neuchâtel), financed by the European Research Council (ERC) under the European Union’s Horizon 2020 research and innovation programme (project no. 864498).

² Cf. for an overview of many more countries MAKINWA, 16 ff. and for more explanations about this kind of procedures BLÄTTLER/SCHNEBLI, N 12 ff.; GOETZ STAEHELIN/LEMBO, N 36 ff.; WERNLI, N 4 ff.

to some extent. Rather, in this area, criminal law is increasingly assimilating to administrative law, with its ‘administrativisation’ taking place.³

4. This assimilation of criminal law with administrative law weakens or potentially eliminates traditional features of criminal trials: the right against self-incrimination, evidence-gathering until reaching the jurisdiction-specific standard of proof, the intervention of courts, the publicity of court trials, and the public pronouncement that communicates the judgement.⁴
5. Furthermore, the ‘administrativisation’ is also evident in that law enforcement agencies, rather than the judicial branch, are predominantly taking action, and this takes place essentially under the secrecy that has long characterised administrative activity.⁵ Jurisdictions that nevertheless attempt to preserve a place for courts and, in particular, for public trials in the area of settlements struggle and do so by creating a special role for the courts that is tailored to settlement proceedings.⁶
6. Hence, within the framework of settlement procedures, the substantive actions deliberately take place ‘backstage’, that is, away from the courtroom. ‘Front stage’, that is, in front of the general public, there is practically no performance.⁷ The public is subsequently only presented with carefully crafted narratives, to varying degrees transparent depending on the legal framework of the state and the negotiation between the defendant company and the prosecutorial authority.⁸ What they have in common is that the originally underlying facts and the negotiations remain opaque.

³ The blurring between administrative and criminal law actors and the applied mechanisms is a general trend that reaches beyond the domain of anticorruption settlements, see CAPUS 2019; SELLIER/WEYEMBERGH, 22.

⁴ LANGER 2021, 378, 385; LANGER 2022, 84.

⁵ HÄNER, 281 ff.

⁶ For United Kingdom, see MACMANUS/CONROY, N 9 ff.; KING/LORD, 308-315; BISGROVE/WEEKES, 428 f. For the US, see DAVIS, 764-770. For France, see BOHNERT, N 11 f.; LAPÉROU-SCHENEIDER, N 52 ff.; MENSOUS/FOEGLE, N 6 ff.; GALLI, 365-367.

⁷ CAPUS/BOZINOVA, 3.

⁸ MAKINWA, 21.

Settlements are diligently negotiated text modules that contain exclusively sanitised statements.⁹

7. This movement towards reduced transparency is notably remarkable in an era distinguished by a substantial increase in openness across various sectors, marked by enhanced public visibility. The principle of publicity has gained considerable prominence in all branches of the law, akin to the principle of trust.¹⁰ The extent of control that can be effectively exerted in this manner may be debatable; however, it undeniably enhances societal knowledge and the foreseeability of governmental actions and notably the predictability of law enforcement.
8. Increased demands for more transparency have arisen, not least thanks to the rapid development in the field of communication technology and information procurement over the past 20 years. Courts are awakening, at least in part, and judgements can increasingly be consulted online in databases. Even visual transmissions from the courtroom are no longer taboo.¹¹ In the Swiss context, discussions are increasingly even pointing towards a paradigm shift regarding administrative actions from the principle of secrecy with a reservation of publicity to the principle of publicity with a reservation of secrecy in justified cases only.¹²
9. As of the economic sector, regulatory supervisory authorities — probably not coincidentally, especially in the financial and capital market sector, which relies heavily on trust — use transparency and the publication of names of institutions in breach of their duties as a repressive measure with a punitive character, as a reputational sanction (‘naming and shaming’).¹³ Moreover, demands for transparency have increasingly become vocal directly towards

⁹ DAVIS, 826 f.

¹⁰ JUTZI 54.

¹¹ In Germany, the ban on broadcasting from courtrooms, which had been in force since the 1960s, was abolished in 2016/2017. The justification can be found in BT-Drs. 18/10144, 13-17; JAHN, 246 ff. regarding Germany, United Kingdom, France.

¹² HÄNER, 292 f.; TIEFENTHAL, 448.

¹³ WATTER/KÄGI, 39.

economic players. Ten years ago, ‘The Economist’ even proclaimed ‘the openness revolution’.¹⁴ Since then, supranational regulations and national legal acts have been forcing companies to transparency.¹⁵

10. The rise in corporate transparency is a counter-reaction to the neoliberalisation of the 1980s, when state regulation and control were scaled back under the promise that the market itself would regulate even harmful behaviours of companies. However, the market can only react when things become publicly known and when there is a media to spread the information. This has apparently not happened sufficiently as whistle-blowers and leakers, as well as the ‘public watchdogs’ (NGOs and independent investigative journalists) have gained in importance.¹⁶
11. Turning again towards criminal justice and related transparency issues, it is inevitable to note that the concept of transparency in criminal justice is very closely linked to court trials.¹⁷ Hence, the suppression of court trials by trial-avoiding settlement proceedings leads to fears that the absence of competing stories presented and debated in court will eliminate the kind of storytelling that creates transparency.¹⁸
12. However, the practice of law enforcement authorities in various jurisdictions shows that other platforms have been created and used

¹⁴ The Economist, The openness revolution, December 12, 2014.

¹⁵ Directive 2014/95/EU of the European Parliament and of the Council of 22 October 2014 amending Directive 2013/34/EU regarding disclosure of non-financial and diversity information by certain large undertakings and groups; see also WERNLI, N 19.

¹⁶ Since secrecy encourages indiscretions, it is hardly surprising that the leaks have been coming one after the other for ten years: April 2013 – The Offshore Leaks; November/December 2014 – The Luxembourg Leaks; February 2015 – The Swiss Leaks; April 2016 – The Panama Papers; September 2016 – The Bahamas Leaks; May 2017 – The Malta Files; November 2017 – The Paradise Papers; October 2018 – The CumEx files; February 2021 – OpenLux; June 2021 – The IRS tax data leak; October 2021 – The Pandora Papers.

¹⁷ This becomes particularly clear in the ECHR, which explicitly refers the right to publicity (and thus transparency) to the court hearing – if one takes place, cf. ECHR, art. 6.

¹⁸ STERN 2021; CAPUS/BOZINOVA, 2 f.

to make criminal justice also in the area of settlements transparent. Prosecution authorities publish settlements and the related relevant documents on their official websites, thereby rendering the content of settlements directly accessible. Besides, they hold press conferences, issue press releases, and produce annual reports. Although primarily aimed at supervisory authorities, these annual reports also serve as valuable sources of information for journalists.¹⁹

13. ‘Publicity is the very soul of justice [...]’,²⁰ to state it with BENTHAM. The objectives pursued through publicity in criminal justice are quite diverse: for example, the purpose of controlling power emerges as a goal from the classical literature such as Bentham. According to this point of view, the way in which criminal power is exercised should be transparent to society in order to prevent abuse of power. The authorities entrusted with the competence to exercise this penal power must do so openly, justify their deployment and the use of their resources.
14. From the perspective of punishment theory or criminal law theory in general, publicity of criminal justice is important for preventive and repressive reasons. This involves both the utilitarian assumption of the general deterrent effect, i.e. the deterrence of potential offenders, and the deterrence of convicted offenders preventing recidivism and, finally, the educational assumption in the positive sense (strengthening those willing to comply with the law).²¹ This is also the case in relation to corporate prosecution: settlements are considered to be a deterrent tool²², but they shall equally encourage corporates to adhere to compliance standards in order to comply with law.²³ Focusing instead more on the needs of

¹⁹ See for a description of sources for journalists MAURISSE, N 9.

²⁰ BENTHAM, 355.

²¹ FISSE, 107 ff.; HAZEL, 45 ff.; BUELL, 473 ff.

²² HAWLEY et al., 318. Some authors even fear an over-deterrence effect by excessive enforcement in case of multiple prosecutions in different jurisdictions, cf. ODED, 237; FEELEY, 182.

²³ HAWLEY et al., 311 ff.; KING/LORD, 94.

victims, one is lead to restorative justice and their integration into criminal procedures to enhance reconciliation and remediation.²⁴

15. In addition to these traditional goals, yet another goal of the criminal justice publicity has emerged with regard to public court trials. They serve as a place for the construction of social reality.²⁵ From this perspective, the outcome (condemnation or acquittal) is less important than the fact that criminal proceedings and trials help to establish a commonly accepted understanding of the facts.
16. To what extent do prosecutorial authorities' efforts to create transparency in settlement proceedings reflect these goals? To assess how transparency is achieved through alternative platforms and publicity techniques other than criminal court trials, we have conducted an empirical analysis. Specifically, we examined how the Office of the Attorney General of Switzerland (OAG), which is primarily responsible for prosecuting transnational corruption cases,²⁶ uses such platforms. The main results are presented in the following section.

II. The making of (in)transparency by the OAG

17. An examination of the practice of the aforementioned platforms (*infra* N 12) highlights significant international disparities. Notably, the *U.S. Department of Justice*, the *Serious Fraud Office* (SFO, UK) and the *Parquet National Financier* (PNF, F) openly and systematically list and disclose settlements through their respective websites, whereas the use of such a platform is lacking in Switzerland.

²⁴ BRAITHWAITE, 1 ff.; cf. LORD, N 26 ff.

²⁵ This has been discussed for some time in relation to criminal proceedings before international criminal tribunals and recently become particularly evident in the criminal proceedings against climate change and environmental activists. Obviously, strategically-minded activists deliberately rely on the publicity of criminal proceedings in order to gain the desired media attention for their main interest, the protection of the climate/environment and the discussion about their status in society. See HAYES, 208 ff.; BARKAN, 944 ff.; VANHALA, 750 ff.

²⁶ Art. 24 SCC.

18. The official website of the OAG does not feature either the individual Summary Penalty Orders or a comprehensive compilation detailing all recent rulings. Instead, the OAG is primarily disclosing newly issued Summary Penalty Orders on-site, that is at the OAG premises, accessible solely by prior appointment and within a four-week timeframe. However, the Summary Penalty Orders published during this limited period are not anonymised, i.e. interested persons have full access to information about the individuals or legal entities involved. Access to older Summary Penalty Orders or other OAG decisions, including abandonment of proceedings orders²⁷ and no-proceedings orders, requires a substantiated request and is limited to anonymised forms. The OAG's website openly outlines various criteria and limitations for access, emphasizing the delicate balance between individual interests, judicial confidentiality, and the efficient operation of the criminal justice system.²⁸ Alongside these limitations, notably recent alterations implemented on the website suggest that the public, fundamentally, is entitled to access Summary Penalty Orders. In practice, media professionals are generally granted access considering their control function, and for private individuals, the effort involved in submitting a formal request is generally regarded as a sufficient interest.²⁹ However, the major effort consists of finding out if and which Summary Penalty Orders have actually been issued and are available to the public. The compilation of recently issued Summary Penalty Orders undergoes weekly updates, yet it remains inaccessible on the website. To forestall the oversight of any specific Summary Penalty Order it remains imperative to submit a weekly inquiry to the OAG.
19. Hence, the availability of Summary Penalty Orders depends on two factors: the conclusion of legal proceedings and the proactive effort

²⁷ In general, all legal terms in this contribution are used according to the English version of the Swiss Criminal Procedure Code, here according to art. 319, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/cc/2010/267/en> (last visited on 30.11.2023).

²⁸ <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/en/home/zugang-zu-amtlichen-dokumenten/strafbefehle--einstellungs--und-nichtanhandnahmeverfuegungen.html> (last visited on 30.11.2023).

²⁹ HILTI 2021, 21.

of the public to request access. This setup results in a form of publicity that is rather reactive or passive, essentially available only when specifically requested ('on demand').

20. However, proactive strategies are as well used by the OAG. They involve various media-related activities like issuing press releases, organising press conferences, or publishing annual reports online, that are generated by the OAG for the attention of its supervisory authority.³⁰
21. To gauge the making of transparency with regard to transnational corporate corruption cases by way of proactive strategies, three key questions emerge:
 - a. How frequently does the OAG provide reports on transnational corporate corruption proceedings, and which specific cases are covered?
 - b. At what stage of the proceedings does the OAG engage in communication, and what is the reason to report?
 - c. What information is conveyed? This question seeks to elucidate the degree of transparency by evaluating the depth of detail regarding the offenses committed and the concrete criminal behaviour involved.
22. The three questions are examined using a quantitative-qualitative content analysis approach. The dataset comprises all communications made available on the official website of the OAG³¹ subsequent to the implementation of the Swiss criminal procedural code in January 2011. Specifically, it encompasses two data sets: Firstly, all press releases disseminated from 2011 to the present ($N = 162$; including press releases until November 22, 2023, for the ongoing year). Secondly, all annual reports spanning the

³⁰ Responding to media enquiries is another aspect of the media work of the OAG. According to the most recent annual report, responding to such media enquiries accounts for a substantial proportion of communication activities (annual report 2022, 46).

³¹ <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/en/home.html> (last visited on 28.11.2023).

years 2011 to 2022 ($N = 12$).³² These press releases and annual reports are collectively referred to as communication contributions in this study.

23. In total, the OAG communicates 309 times on specific criminal cases in these press releases and annual reports.³³ Almost two thirds of these communications deal with proceedings relating to offences such as terrorism, criminal mismanagement or money laundering. Here, only cases of criminal mismanagement and money laundering are included where no reference to corruption was made ($n = 196$; 63.4%; see Figure 1).³⁴

³² The annual report 2023 will not be accessible until April 2024.

³³ Of the 309 communication contributions, 169 (54.7%) refer to press releases and 140 (45.3%) refer to annual reports. While all annual reports report on several criminal cases, press releases - with a few exceptions - are written about *one* specific criminal case. In the case of the annual reports, the code for a case was only assigned once, even if the OAG communicated several times on the case in the report. Besides, we have adopted the OAG's strategy of summarising individual proceedings that are closely related into a 'complex of proceedings' for communication purposes. This applies, for example, to proceedings relating to the Brazilian 'Petrobras/Odebrecht' corruption scandal.

³⁴ Cases consisting of numerous individual proceedings were analysed as follows: The case was categorized as a 'corruption case' only if corruption was identified as the focal point by authorities such as the OAG. Nonetheless, other offences such as fraud and criminal mismanagement are also investigated in some individual proceedings. Consequently, the collection of proceedings connected to FIFA wasn't classified as a corruption case as the OAG assigned this case to the 'General white-collar crime' offence area (see annual report 2022). In contrast, cases such as Petrobras/Odebrecht, 1MDB (see also FINMA, <https://www.finma.ch/de/news/2016/10/20161011-mm-falcon/>, last visited on 30.11.2023), the Arab Spring, and Uzbekistan were categorized as corruption cases.

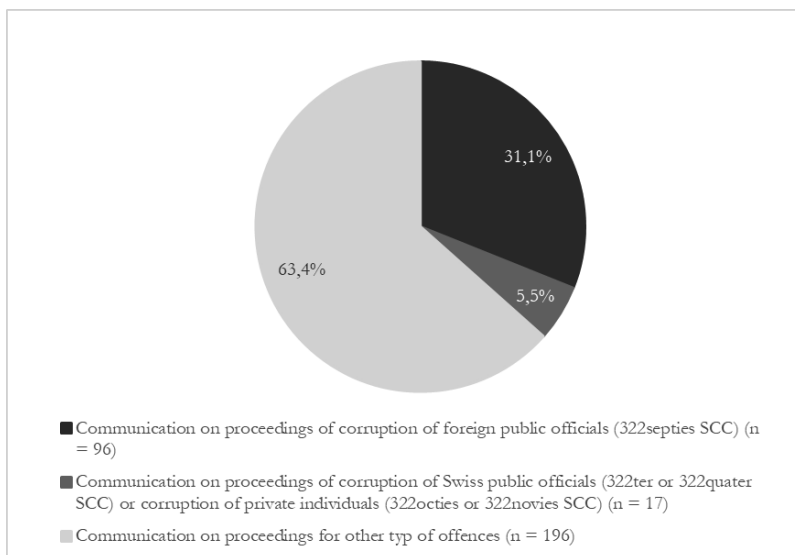


Figure 1 Number of communications on proceedings depending on the type of offence (n = 309)

24. An additional 17 communications (5.5%) pertain to instances of bribery involving Swiss public officials (322^{ter} or 322^{quater} SCC) or private individuals (322^{octies} or 322^{novies} SCC). Notably, the subject of 96 communications involves the bribery of foreign public officials (322^{septies} SCC) committed by individuals or legal entities, which encompasses cases of transnational corruption. This accounts for 31.1% of all communications released by the OAG during the reviewed period.
25. Within the 96 analysed communications regarding transnational corruption, the OAG made a total of 20 cases public including 1MDB, ABB, Alstom, Anglo-Leasing, the ‘Arab Spring’, Gunvor, Petrobras/Odebrecht, SBM-Offshore, SICPA, Siemens, SNC-Lavalin, and the multifaceted cases associated with Uzbekistan (for a comprehensive list, see Table 3 in the appendix).
26. Conversely, no public communication exists regarding cases such as Dredging International, despite the issuance of a Summary Penalty Order by the OAG for transnational corporate corruption in 2017. Apparently, the OAG opts to publish only a curated selection of

cases. However, the criteria used for this selection have not been communicated explicitly.

27. The OAG's website enumerates the legal basis for its media activities and further refers to the general recommendations of the Swiss Conference of Public Prosecutors.³⁵ Due to the very general nature of these guidelines, the selection criteria in individual transnational corruption cases remain unclear. It is possible that the OAG disseminates information to the public based on more detailed internal directives or informal checklists. However, since such directives or checklists are not publicly disclosed and comprehensive information about all corruption proceedings conducted since 2011 is also not publicly accessible and thus unavailable for research, the scope and nature of proceedings that are made transparent versus those intentionally kept confidential remain uncertain.³⁶
28. Regarding the prominence of cases in communication, a distinct pattern emerges. A significant majority of the communications (62 out of 96 communication contributions; 64.6%) pivot around four principal cases. Specifically, the OAG recurrently reports, spanning several years, on the Petrobras/Odebrecht proceedings (19 communications in total), 1MDB (17), the 'Arab Spring' (15 communications), and Uzbekistan (11). From our perspective, these qualify as 'heavy communication' cases.³⁷ Notably, these cases do not just involve allegations of corruption against prominent individuals; they also encompass a vast number of individual

³⁵ See BLÄTTLER/SCHNEBLI, N 25 f.

³⁶ The published statistics in the annual reports are not a suitable data basis for making a reliable quantitative statement about the proportion of publicised cases, as our impression is that the statistics record the procedural complexes as numerous individual proceedings, but the communication is summarised as a procedural complex. In addition, there are only offence-specific categories for ongoing criminal investigations, but not for concluded criminal investigations, which make it impossible to identify the recently concluded proceedings relating to corruption.

³⁷ Given our study's scope, starting from 2011, it remains a possibility that five additional 'heavy communication' cases exist. These cases only yielded between three and six communication contributions in our study. However, this might be due to their proceedings' initiation occurring before 2011 (Alstom, the Anglo-Leasing affair, Siemens, and SNC-Lavalin).

proceedings. For instance, the Petrobras/Odebrecht and 1MDB cases alone encompass more than 60 and 40 individual proceedings respectively.

29. To address the timing of the OAG’s disclosures regarding corruption cases, we conducted an analysis of the communication contributions relative to the specific stage within the proceedings. Additionally, we documented the reason behind each communication, delineating the reporting occasion for the communication. The outcomes of this examination are delineated in Table 1.

Reporting occasion	Number of communications	Stage of proceeding	Number of communications
Opening of the proceeding	6	Opening	6
General update on the current proceeding	17	During proceeding	47
Internal OAG matters (resources, organisation)	11	During proceeding	
Operational meetings with foreign authorities	8	During proceeding	
International mutual legal assistance	4	During proceeding	
Indictment	3	During proceeding	
Repatriation of funds to the country of origin	2	During proceeding	
Interrogations or searches of premises	1	During proceeding	
Other procedural action	1	During proceeding	
Summary Penalty Order or Summary Penalty Order <i>and</i> abandoning proceedings order (with/without restitution under art. 53 SCC) ³⁸	5	Conclusion	

³⁸ The Summary Penalty Order and the abandoning proceedings order are often communicated in the same press release.

Court judgement	2	Conclusion
Abandoning proceedings order	1	Conclusion
Internal OAG matters (resources, organisation)	1	Conclusion

Table 1 Number of communications related to the four ‘heavy communication’ cases depending on reporting occasion and stage of proceedings (n = 62)³⁹

30. The findings demonstrate the proactive communication initiatives undertaken by the OAG *during* the proceedings. Within the 62 communication contributions, 47 belong to this classification. Communications during this phase primarily offer the public general updates concerning the status of the investigations or they inform on internal OAG matters such as the building of task forces for the investigation of the biggest cases (Petrobras/Odebrecht and 1MDB). Additionally, certain communications entail details regarding specific investigative actions such as operational meetings with foreign authorities or requests for mutual legal aid.
31. Other procedural steps, such as the opening of proceedings, receive infrequent communication. Despite the opening of over 100 individual proceedings for the Petrobras/Odebrecht and 1MDB cases alone since 2014 and 2015, respectively, these commencement events were only publicly disclosed on six occasions.
32. Official decisions marking the conclusion of proceedings were likewise communicated rarely, amounting to eight communications. It is not clear whether the reluctance to communicate decisions stems from the absence of further decisions in individual proceedings of these complex cases, or if it’s a deliberate communication strategy employed by the OAG.
33. The data analysis reveals instances where cases are communicated only once, akin to what could be termed ‘single communication’ cases. Among the 20 cases reviewed, 11 cases fall into this category (e.g., ABB, SBM Offshore, and several cases anonymised by the

³⁹ In terms of reporting occasion, each communication contribution could only be assigned to one category.

OAG such ‘Greece, armaments business’, ‘Italy-India, aerospace industry’, ‘Angolagate’, or ‘Nigeria_self-disclosure’). Of these eleven cases, all except one were initiated during the period under scrutiny. However, our analysis indicates that the OAG communicates these proceedings solely on one occasion. Most frequently, it discloses information regarding the conclusion of proceedings, i.e., about issuing Summary Penalty Orders, no-proceedings orders or abandonment of proceedings orders (see Table 2). Unlike the ‘heavy communication’ cases, which receive ongoing communication throughout the proceedings, insights into the ‘single communication’ cases are conveyed to the public much later in the proceedings.

Reporting occasion	Number of communications	Stage of proceeding	Number of communications
Opening of the proceeding	2	Opening	2
General update on the current proceeding	1	During proceeding	
Internal OAG matters (resources, organisation)	0	During proceeding	
Operational meetings with foreign authorities	0	During proceeding	
International mutual legal assistance	0	During proceeding	2
Indictment	1	During proceeding	
Repatriation of funds to the country of origin	0	During proceeding	
Interrogations or searches of premises	0	During proceeding	
Other procedural action	0	During proceeding	
Summary Penalty Order or Summary Penalty Order <i>and</i> abandoning proceedings order	6	Conclusion	9

(with/without restitution under art. 53 SCC) ⁴⁰		
Court judgement	1	Conclusion
No-proceedings order ⁴¹	2	Conclusion
Internal OAG matters (resources, organisation)	0	Conclusion

Table 2 Number of communications related to the ‘single communication’ cases depending on reporting occasion and stage of proceedings (n = 13).⁴²

34. The third aspect of our research investigates the level of transparency in communicating about the nature and specifics of offenses committed. This inquiry involved a thorough analysis of the press releases and annual reports, revealing significant variability in the portrayal of these offenses. The examination underscores inconsistencies in the presentation of criminal behaviour, highlighting the OAG’s varying approaches to disclosing details about the commission of offenses.
35. The OAG’s communications related to ongoing cases typically offer limited details about the offenses. This approach aligns with the OAG’s commitment to respect their duty to confidentiality (art. 73 CrimPC) and to uphold the fundamental rights of individuals under investigation, ensuring a careful balance between public disclosure and the protection of the rights of the accused. This is especially evident in press releases that announce the initiation of proceedings,⁴³ operational meetings, or requests for mutual legal

⁴⁰ The Summary Penalty Order and the abandoning proceedings order are often communicated in the same press release.

⁴¹ No-proceedings orders are assigned to the category ‘conclusion of proceedings’, although from a strict legal perspective, any proceeding has been opened in such cases.

⁴² In terms of reporting occasion, each communication contribution could only be assigned to one category.

⁴³ In fact, art. 74 CrimPC allows to prosecutorial authorities, courts and to the police, with the consent of the courts, to provide the public with information on pending proceedings where this is required. According to let. c this is required to correct inaccurate reports or rumours, and according to let. d it might also be required due to the special importance of a case. When informing, the authorities must

assistance.⁴⁴ Within these press releases, the OAG primarily outlines its ongoing or concluded procedural steps or communicates broader strategies aimed at combating transnational corruption, such as emphasizing the close collaboration among global criminal justice authorities.

36. Hence, these communications tend to emphasize the operational actions of the OAG rather than delving into the alleged criminal conduct of the implicated companies and individuals subject to prosecution. Often, it is merely the indication of abstract elements of the offenses or solely the criminal law statute suggesting the proceedings' focus on transnational corruption. Hence, the public receives a notably ambiguous depiction of the potential criminal activities, even in cases where investigations have been conducted for an extended period already at the time of communication.⁴⁵
37. In some cases, the OAG maintains a notably restrained approach in communications released following the issuance of Summary Penalty Orders. For instance, the 'first ever instance of a company voluntarily reporting itself to the OAG'⁴⁶ was not disclosed through a press release but was exclusively communicated within the annual report sharing merely superficial details. Notably, the company in question was solely referenced in a completely anonymized manner, devoid of any disclosed names or specific industry sectors.⁴⁷

preserve the presumption of innocence and the personal privacy of the persons concerned. Cf. SCHÖBER, 321.

⁴⁴ See, for example, the press releases of 22 October 2019 (Petrobras/Odebrecht), 9 April 2019 (Petrobras/Odebrecht), 10 July 2018 (1MDB), 24 May 2016 (1MDB/Bank BSI AG), 12 October 2015 (Arab Spring/Tunisia) or 20 June 2014 (Anglo-Leasing).

⁴⁵ See the communication on Petrobras/Odebrecht in the annual report 2020, 19 and annual report 2021, 20, or on 1MDB in the annual report 2020, 18.

⁴⁶ Annual report 2017, 20.

⁴⁷ Other examples of the anonymised presentation of a company are Nitrochem/Ameropa and SNC-Lavalin. While Nitrochem/Ameropa was only referred to as 'a Swiss company' (annual report 2016, 22), SNC-Lavalin was described either as a 'listed Canadian construction engineering company' or as a 'Canadian construction company' (annual report 2012, 12, and annual report 2014, 14 respectively; own translation from the German annual report, as there is no official annual report available in English).

However, newspaper reports had already made the name of the company public (KBA-NotaSys).⁴⁸ Additionally, the communication lacks any explicit references to the actual perpetration of the offense. Similar to press releases concerning ongoing proceedings, the sole indication of corruption rests upon the mention of the criminal law statute at the beginning of the communication contribution: ‘At the end of 2015, a company reported itself to the OAG in connection with possible bribery offences in Nigeria (art. 102 para. 2 in conjunction with art. 322^{septies} SCC)’.⁴⁹

38. Yet, the typical content of communications concerning the issuance of Summary Penalty Orders or the abandonment of proceedings (including those with/without restitution in accordance with art. 53 SCC) includes essential information such as the professional position of the suspect in the company, the countries implicated, the duration of the corrupt activities, and the specific sectors within the companies that were affected.⁵⁰
39. By way of illustration: In the SICPA SA case, the communication included the information that a former sales manager of the company had ‘paid bribes to high-ranking officials in the Colombian and Venezuelan markets between 2009 and 2011’, and that organisational deficiencies particularly in the ‘areas of corporate governance, risk management and compliance’ had made it possible to ‘bribe public officials’. There is, however, no clarification of the scope of the bribe payments, of the specific conduct accused as bribery, or of the specific organisational deficiencies of the company.

⁴⁸ See Neue Zürcher Zeitung of 24 February 2017, <https://www.nzz.ch/wirtschaft/korruptionsaffaere-schweizer-tochter-von-koenig-bauer-zahlt-millionenstrafe-ld.147640>, or Handelszeitung of 24 February 2017, <https://www.handelszeitung.ch/konjunktur/korruptionsaffaere-firma-zahlt-dem-bund-millionen-1349188>.

⁴⁹ Annual report 2017, 20.

⁵⁰ See the press releases, for example, for SICPA SA (27 April 2023), ABB (2 December 2022), Uzbekistan (24 June 2019), Petrobras/Odebrecht (21 December 2016), or Siemens (12 November 2013).

40. In contrast, the communication regarding the Gunvor case is notably more thorough and detailed, distinguishing itself significantly from previous instances.⁵¹ The press release dated on October 17, 2019, not only delineates the affected divisions, akin to the SICPA case, but also provides an intricate portrayal of the company's deficiencies. Public disclosure of the OAG sheds light on the company's specific inadequacies such as the absence of a 'code of conduct to give a clear signal and guidance to its employees on their activities', the lack of 'an internal audit procedure [or of] a staff member to take charge of identifying, analysing or reducing the risk of corruption', and the disregard of 'warning signs' and 'other irregularities [...] including authorisation being given for a substantial number of payments to third party offshore companies unrelated to oil activities'.
41. Additionally, the OAG reveals the objective behind the bribe payments (securing 'access to the petroleum markets in the Republic of Congo and Ivory Coast') and quantifies the extent of the offense ('several tens of millions of US dollars'). Additionally, it provides valuable perspectives on effective preventive strategies, including the careful selection and oversight of local business intermediaries. Consequently, this communication shares the same level of detail and comprehensiveness as those typically employed in press releases pertaining to charges against individuals.⁵²
42. To conclude, in our analysis of the communications from the Office of the Attorney General (OAG), we have identified four key observations:
43. The OAG appears to follow a selective method in its case communications, which lacks clarity for the public. The specific criteria that guide this selection process, if they exist, are not

⁵¹ The OAG has published comparably detailed communications for the cases of SBM Offshore (press release of 23 November 2021), Siemens (annual report 2013, 11, available only in German), Alstom (press release of 22 November 2011).

⁵² See the press releases, for example, for Uzbekistan (28 September 2023), Gunvor (26 September 2023) or for proceedings relating to the Branisko tunnel construction project in Slovakia (10 August 2022).

publicized, leaving uncertainties about the OAG's adherence to any established guidelines and the nature of these guidelines.

44. In many communication contributions, the OAG's predominantly focus on reporting its own operational activities, resource requirements, and workload. This contrasts starkly with the level of detail provided about the specific criminal activities under investigation. Notably, this approach is more pronounced in ongoing, high-profile cases such as Petrobras/Odebrecht or 1MDB. It seems that the OAG's strategy is to satisfy public interests about these prominent cases without revealing excessive, case-specific details, balancing the information dissemination with the concurrent management of multiple cases.
45. The OAG shows a tendency to disclose comprehensive details about the offenses, including their execution methods, predominantly at the end of proceedings, especially when announcing procedural decisions. This indicates a preference for more transparent communication at the conclusion of a case which is coherent with the approach described in N 35.
46. There is a noticeable inconsistency in the level of detail provided in the portrayal of criminal behaviour. Some cases, particularly as they near conclusion, are described in vivid, thorough detail, while others are presented with minimal and vague information. This disparity in the depth of communication is perplexing, especially since it occurs even in cases where the penalties imposed on the companies are similar. This inconsistency suggests another form of selective transparency within the OAG's communications strategy.

III. Concluding discussion

47. The global efforts of many countries to optimise their criminal justice systems to combat corruption, especially transnational corporate corruption, more effectively lead towards an 'administrativisation' of criminal law (N 3 ff.) which is deployed, in case of transnational corporate corruption proceedings, 'back stage' (N 6 f.). This assimilation has an impact on transparency in criminal justice, notably due to avoidance of public court trials. Interestingly, it runs against a strong general tendency towards more transparency

that can be observed worldwide, in various legal and societal domains (N 7 ff.).

48. Yet, transparency is crucial for criminal justice. Indeed, several goals are pursued by rendering criminal justice public and thereby transparent: control of power, predictability of law enforcement, and dissuasion as well as confirmation of law-abidingness based on criminal law theories (N 14 f.).
49. Hence, the importance of other platforms offering alternative options to establish transparency is increasing (N 12). Prosecutorial authorities in various countries witness pressure to construct transparency in settlement procedures. Their making of transparency takes various forms and the approaches chosen differ considerably from one country to another (N 17). However, complex interactions within multi-jurisdictional settlement procedures as well as the fact that decisions are being asynchronously communicated by prosecutorial authorities and courts regarding criminal procedures being led in parallel against individuals and corporations do affect the making of transparency and provoke tensions with various rights of defendants.⁵³ Resulting discrepancies render the anonymization efforts of one institution senseless if others communicate more openly at an earlier stage already. In addition, public sharing of facts is part of negotiations between prosecutorial authorities and defendants in settlement procedures. While the advantages for both sides, the prosecution and the defendant, are evident, this kind of alliance to create secrecy is to clear detriment of transparency and undermines deterrent and expressive messages of criminal justice.
50. Our empirical evaluation focuses on the OAG's communication contributions and shows both, the making of transparency as well as the making of intransparency.
51. First, the making of intransparency results from our finding that there is a lack of systematic publication of settlements in cases of transnational corporate corruption, unlike the practice of foreign counterparts to systematically list and publish the concluded

⁵³ MACMANUS/CONROY, N 36; GOETZ STAEHELIN/LEMBO N 25 ff.; KINZER, N 47 ff.

settlements. This strategy stands out as a clear and definitive approach, enabling consistent tracking of law enforcement practices in this field, thereby fulfilling all the objectives inherent in the principle of transparency.⁵⁴ In the absence of systematic publication within a publicly accessible database, public awareness of these settlements hinges on the information dissemination practices of the OAG, rendering their existence virtually indiscernible.

52. A systematic listing and publication of Summary Penalty Orders involving corporations would alleviate the pressure on the OAG (and cantonal prosecutors) regarding public communication demands. However, it would also remove one of the few incentives for corporations to self-report and cooperate within the Swiss legal system, as it would lead to their full identity being publicly exposed.
53. We therefore propose that a database could be created, for example by the Federal Department of Justice and Police, akin to the existing one for the anti-racism criminal norm, which is managed by the Federal Commission against Racism.⁵⁵ In this publicly accessible database, not the Summary Penalty Order itself would be included, but features such as the facts assessed by the authority to constitute the incriminated behaviour, the facts that have led the authority to conclude that the corporation has failed to take all the reasonable organisational measures that are required in order to prevent the offence, and (mitigating and aggravating) factors relevant to determining the sanction. This could be accomplished without disclosing the identity of the concerned corporation.
54. Such a database enhances transparency and fulfills the requirements for predictability and legal certainty, while also respecting the confidentiality of the implicated companies. Furthermore, it offers valuable insights to at-risk companies about the types of behavior considered criminally relevant by prosecuting authorities and the sanctions imposed.

⁵⁴ This transition from secrecy to transparency have also undergone deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements in the US, see DAVIS, 826.

⁵⁵ <https://www.ekr.admin.ch/dienstleistungen/d522.html> (last visited on 30.11.2023).

55. Secondly, our analysis highlights a discernible selectivity in the OAG's communication of cases. While various factors may justify this selective approach, the absence of disclosed criteria introduces an element of opacity and provokes questions regarding the equitable treatment of defendants.
56. As of the making of transparency, it appears that the OAG's approach is less influenced by criminal law theories and more by an 'administrativisation' perspective, where the focus is predominantly on bureaucratic considerations such as operational activities, resource management, and workload. This result is certainly due to the fact that annual reports have become one essential communication form, and that in some high-profile cases, communication occurs already during the proceedings, that is at a stage that does not allow to reveal details on the offences. However, there are significant exceptions, particularly evident in the OAG's communications at the conclusion of proceedings. During these pivotal moments, especially when announcing procedural closures, the OAG shifts its focus to provide detailed information about offenses, locations, involved parties, and occasionally the methods of execution.
57. Yet another selective approach results from our findings, as there is a noticeable variation in the level of detail provided in the OAG's descriptions of criminal behaviour. While some cases are communicated with minimal and vague information, others receive thorough and vivid descriptions – but they never reach the degree of detail the Swiss Financial Market Supervisory Authority deploys, citing for example even from email exchanges from wrongdoers in their press release announcing the sanctioning of Falcon Private Bank Ltd. in the 1MDB affair.⁵⁶
58. In sum, these findings indicate towards an authority who is – like its homologues – in search of an adequate way to manage transparency and public communication in criminal cases. While immediately realisable improvements are certainly feasible by establishing internal guidelines combined with publicly accessible

⁵⁶ <https://www.finma.ch/en/news/2016/10/20161011-mm-falcon/> (last visited on 30.11.2023).

directives as of the noticed selections, other improvements, such as the creation of the proposed publicly accessible database, are more important in terms of workload and organisation, and need the support from other institutions.

Bibliography

BARKAN STEVEN E., Political Trials and Resource Mobilisation: Towards an Understanding of Social Movement Litigation, *Social Forces* 58(3)/1980, 944 ff.

BENTHAM JEREMY, An Essay on Political Tactics, in: Bowring (eds.), *The Works of Jeremy Bentham*, Edinburgh 1843, vol. 2

BISGROVE MICHAEL/WEEKES MARK, Deferred Prosecution Agreements: A Practical Consideration, *Criminal Law Review* 6/2014, 416 ff.

BLÄTTLER STEFAN/SCHNEBLI MARIA, La poursuite pénale efficace en Suisse dans le contexte d'enquêtes de corruption internationale – un acte de balance entre le secret d'instruction et la transparence envers le public, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Basel 2024, 159 ff.

BOHNERT JEAN-FRANÇOIS, La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Basel 2024, 33 ff.

BRAITHWAITE J., Principles of Restorative Justice, in: Hirsch/Roberts/Bottoms/Roach/Shiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford 2003, 1 ff.

BUELL SAMUEL W., The Blaming Function of Entity Criminal Liability, *Indiana Law Journal* 81(2)/2006, 473 ff.

CAPUS NADJA, La lutte contre la criminalité économique à l'aide du droit pénal administratif. L'administrativisation du droit pénal, in : *Jusletter* 8/July 2019 (cit. CAPUS 2019)

CAPUS NADJA/BOZINOVA MELODY, Impression Management in Corporate Corruption Settlements: The Storied Self of the Prosecutorial Authority, *International Journal of Law, Crime and Justice* 73/2023, 10578, 1 ff.

DAVIS FREDERICK T., Judicial Review of Deferred Prosecution Agreements: A Comparative Study, *Columbia Journal of Transnational Law* 60(3)/2021, 751 ff.

FEELEY MATTHEW J., Beyond 'Equity': The Continued Search for Guiding Principles of Transnational Anti-Corruption Investigations, *University of Bologna Law Review* 7(2)/2022, 147 ff.

FISSE BRENT, The Use of Publicity as a Criminal Sanction against Business Corporations, *Melbourne University Law Review* 8(1)/1971, 107 ff.

GALLI MARTINA, Une justice pénale propre aux personnes morales : Réflexions sur la convention judiciaire d'intérêt public, *Revue de Science Criminelle* 2/2018, 359 ff.

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/LEMBO SAVERIO, Transparency in Cross-Border Corruption Cases – From Investigation to Disclosure and Resolution, in: Capus/Hohl Zürcher (eds.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Basel 2024, 63 ff.

HÄNER ISABELLE, Das Öffentlichkeitsprinzip in der Verwaltung im Bund und in den Kantonen – Neuere Entwicklungen, *Zentralblatt* 104/2003, 281 ff.

HAWLEY SUSAN/KING COLIN/LORD NICHOLAS, Justice for Whom? The Need for a Principled Approach to Deferred Prosecution Agreements in England and Wales, in: Sørdeide/Makinwa (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Cheltenham 2020, 309 ff.

HAYES GRAEME, Negotiating Proximity: Expert Testimony and Collective Memory in the Trials of Environmental Activists in France and the United Kingdom, *Law and Policy* 35(3)/2013, 208 ff.

HAZEL CROALL, Combatting Financial Crimes: Regulatory versus Crime Control Approaches, *Journal of Financial Crime* 11(1)/2004, 45 ff.

HILTI MARTIN Strafbarkeit des Unternehmens. Lückenhafte Regelung, mangelnder Vollzug, erhebliche Transparenzdefizite, Bern 2021

JAHN JANNIKA, Die Medienöffentlichkeit der Rechtsprechung und ihre Grenzen, *Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht*, vol. 302, Baden-Baden 2021

JUTZI THOMAS, Unternehmenspublizität, Grundlinien einer rechtlichen Dogmatik zur Offenlegung von unternehmensbezogenen Informationen, Bern 2017

KING COLIN/LORD NICHOLAS, Deferred Prosecution Agreements in England and Wales: Castles Made of Sand? Public Law 2020, 307 ff.

KINZER DANIEL, Les enjeux de la transparence du point de vue de la défense, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 243 ff.

LANGER MÁXIMO, The Diffusion of Plea Bargaining and the Global Administratization of Criminal Convictions, in: Nelken/Hamilton (eds.), Research Handbook of Comparative Criminal Justice, Cheltenham 2022, 84 ff. (cit. LANGER 2022)

LANGER MÁXIMO, Plea Bargaining, Conviction Without Trial, and the Global Administratization of Criminal Convictions, Annual Review of Criminology 4/2021, 377 ff. (cit. LANGER 2021)

LAPÉROU-SCHENEIDER BÉATRICE, La place des O.N.G. et associations dans le traitement consensuel de la corruption en droit français, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 99 ff.

LORD NICOLAS, Accommodating Transnational Corporate Bribery Revisited: Performing Transparency in the Shadows of Negotiation, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 289 ff.

MACMANUS SABHA/CONROY JAMES, Negotiated Justice in Transnational Corruption – A UK Perspective on Transparency, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 47 ff.

MAKINWA ABIOLA, Mapping the State of Play of Structured Settlements for Corruption Offences, in: Makinwa/Søreide (eds.), The Anti-Corruption Committee of the International Bar Association. Structured Criminal Settlements Subcommittee, 2018, 14 ff.

MAURISSE MARIE, L'affaire Sicpa : quand les journalistes cherchent la transparence, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 231 ff.

MENSOUS CHANEZ/FOEGLE JEAN-PHILIPPE, La CJIP : une justice expéditive au détriment des droits des victimes et de la transparence judiciaire ?, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality, Basel 2024, 145 ff.

ODED SHARON, The DOJ's Anti-Piling On Policy: Time to Reflect?, in: Søreide/Makinwa (eds.), Negotiated Settlements in Bribery Cases. A Principled Approach, Cheltenham 2020, 228 ff.

SCHOBER FABIENNE, Der Anspruch der Öffentlichkeit auf Informationen während des Vorverfahrens, *Revue pénale suisse* 133/2015, 318 ff.

SELLIER ELODIE/WEYEMBERGH ANNE, Criminal Procedural Laws Across the European Union - A Comparative Analysis of Selected Main Differences and the Impact They Have Over the Development of EU Legislation, Brussel 2018

STERN SIMON, Plea Bargaining in the Shadow of Narrative, nonsite.org article #36, August 2, 2021 (cit. STERN 2021)

TIEFENTHAL JÜRIG MARCEL, Kantonales Polizeirecht der Schweiz, Zurich/Basel/Geneva 2018

VANHALA LISA, Anti-discrimination Policy Actors and their Use of Litigation Strategies: The Influence of Identity Politics, *Journal of European Public Policy* 16(5)/2009, 738 ff.

WATTER ROLF/KÄGI URS, Öffentliche Information über Verfahren und Entscheide in der Finanzmarktaufsicht – zwischen *Transparenz* und Pranger, *Aktuelle Juristische Praxis* 2005, 39 ff.

WERNLI JÜRIG, Transparency: Corporations Caught Between a Rock and a Hard Place, in : Capus/Hohl Zürcher (édit.), *La justice négociée dans la corruption transnationale – entre transparence et confidentialité/ Negotiated Justice in Transnational Corruption – between Transparency and Confidentiality*, Basel 2024, 203 ff.

Abbreviations

art.	article(s)
BT-Drs.	Bundestag–Drucksache
cf.	<i>confer</i>
cit.	cited
CrimPC	Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (RS 312.0)
ECHR	European Convention of Human Rights
édit./eds.	éditrices/editor(s)
e.g.	<i>exempli gratia</i> , for example
f./ff.	and the following page(s)
FIFA	Fédération internationale de football association (French for International Association Football Federation)
FINMA	Swiss Financial Market Supervisory Authority
i.e.	<i>id est</i> , that is
1MDB	1Malaysia Development Berhad
N	note
<i>N</i>	Total number of cases (population) [statistical term]
n	foot note
<i>n</i>	Sample [statistical term]
no.	number
OAG	Office of the Attorney General of Switzerland
para.	paragraph(s)
RS	Recueil systématique (French for systematic collection)
SCC	Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (RS 311.0)
US	United States

Appendix

Case's name	Industrial sector of the suspects or offenders	Year of the opening of the proceeding by the OAG
ABB	Engineering	2019
Alstom	Engineering	2009
Anglo-Leasing	Unknown	2009
Angola Gate	Unknown	2014 ⁵⁷
Anonymised by OAG [contextual information: Slovakia, tunneling project Branisko]	Construction	2006
Anonymised by OAG [contextual information: Greece, armaments business]	Banking	2012
Anonymised by OAG [contextual information: Italy-India, aerospace industry]	Unknown	2012
Anonymised by OAG [contextual information: Malaysia, commodity trading]	Banking	2013
Anonymised by OAG [contextual information: Geneva, Ecuador, Commodity trade]	Commodity trade	2021
Arab Spring (complex of proceedings)	Unknown	2011
Gunvor	Commodity trade	2011
KBA-NotaSys (completely anonymised by OAG [contextual information: Nigeria, self-disclosure])	Engineering	2015

⁵⁷ For this case, the OAG issued a no-proceedings order. The year, therefore, refers to the issuing of this order, not to the opening of the proceeding.

Nitrochem/Ameropa (completely anonymised by OAG [contextual information: Norway, Libya, Swiss company])	Unknown	2012
Petrobras/Odebrecht (complex of proceedings)	Petroleum industry, engineering, construction, (petro)chemicals	2014
SBM Offshore	Petroleum industry	2020
SICPA	Security printing	2015
Siemens	Engineering	2005
SNC-Lavalin (partly anonymised by OAG)	Construction	unknown
Uzbekistan (complex of proceedings)	Telecommunication (amongst others)	2012
1MDB (complex of proceedings)	Banking sector (amongst others)	2015

Table 3 Overview of proceedings involving transnational corruption communicated by the OAG during 2011 and 2023 (listed in alphabetical order)

La convention judiciaire d'intérêt public à la croisée de la confidentialité et de la transparence

par

Jean-François Bohnert

Procureur de la République financier
près le Tribunal judiciaire de Paris

I. Introduction.....	34
II. La CJIP.....	35
A. Le cadre institutionnel de la CJIP	35
1. Son régime juridique	35
2. L'intérêt public.....	37
3. L'intérêt pour la personne morale.....	38
B. Les acteurs judiciaires de la CJIP.....	40
1. Le Parquet national financier (PNF).....	40
2. L'Agence française anticorruption (AFA)	40
III. ...à la croisée de la confidentialité et de la transparence	41
A. Une source de transparence : les lignes directrices.....	41
B. Leurs principes directeurs.....	42
1. La lisibilité.....	42
2. La publicité	42
3. La prévisibilité.....	43
IV. Conclusion	44
Abréviations	46

I. Introduction

1. La lutte contre la corruption est devenue, depuis les années 2000, un enjeu majeur pour l'Europe et la France. Cette forme de criminalité, souvent aux ramifications internationales, menace le pacte démocratique et porte atteinte au bon fonctionnement de l'économie. La corruption tend à consolider les régimes non démocratiques et fragilise les Etats de droit. Elle engendre un manque à gagner considérable et constitue un détournement des ressources publiques au profit de quelques intérêts privés. Elle freine la mise en place de politiques de croissance et de développement durables, notamment en décourageant les investissements étrangers.
2. Par ailleurs, la corruption porte atteinte au lien social et à la confiance de la population dans les autorités publiques. Elle encourage l'évasion et la fraude fiscales et peut contribuer à financer d'autres formes de criminalité distinctes.
3. La lutte judiciaire contre la corruption transnationale présente des difficultés particulières :
 - la corruption transnationale est difficilement détectable car tout ou partie des faits sont commis en dehors du territoire national ;
 - les investigations sont longues et complexes et, par suite, coûteuses car les flux financiers empruntent des circuits opaques traversant parfois plusieurs pays ;
 - une pluralité d'Etats peut se reconnaître compétente pour poursuivre les auteurs des faits de corruption commis en dehors de leur territoire, exposant ainsi les entreprises qui y ont participé au risque du cumul des sanctions.
4. Pour la réprimer, plusieurs pays ont développé des moyens procéduraux plus adaptés, en particulier des transactions pénales conclues entre l'autorité de poursuite d'un Etat et une entreprise.
5. Désormais, dans la majorité des affaires de corruption transnationale, les sanctions sont infligées aux entreprises par voie

de règlement transactionnel¹. Cette justice d'un type nouveau, appelée aussi « justice transactionnelle » ou « justice négociée », permet à l'autorité publique de concilier deux objectifs essentiels : sanctionner sévèrement et rapidement les entreprises, personnes morales, auteurs de tels faits, tout en ne faisant pas obstacle à la poursuite de leur activité économique.

6. L'art. 22 de la loi « Sapin II »² a introduit dans le droit pénal français un nouvel instrument transactionnel, la convention judiciaire d'intérêt public (CJIP).

II. La CJIP...

7. Conçue par le législateur français comme une alternative aux poursuites pénales, la CJIP occupe désormais une place privilégiée dans les instruments répressifs à disposition des parquets, parmi lesquels le PNF aura joué le rôle de précurseur.

A. Le cadre institutionnel de la CJIP

1. Son régime juridique

8. Le régime juridique de la CJIP est prévu aux art. 41-1-2, 180-2 et R. 15-33-60-1 ss CPP.
9. La convention peut être proposée par le procureur de la République à une personne morale mise en cause ou mise en examen pour une ou plusieurs des infractions suivantes et toute infraction connexe³ :

¹ Voir notamment OCDE, Resolving foreign bribery with non-trial resolutions, 2019.

² 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.

³ Selon la définition de l'art. 203 CPP, les infractions sont connexes soit lorsqu'elles ont été commises en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsqu'elles ont été commises par différentes personnes, même en différents temps et en divers lieux, mais par suite d'un concert formé à l'avance entre elles, soit lorsque les coupables ont commis les unes pour se procurer les moyens de commettre les autres, pour en faciliter, pour en consommer l'exécution ou pour en assurer

- corruption active (art. 433-1) et trafic d'influence (art. 433-2) commis par un particulier⁴ ;
 - corruption active (art. 435-3) et trafic d'influence actif d'agent public étranger (art. 435-4) ;
 - corruption d'un membre d'une institution judiciaire étrangère (art. 435-9) ;
 - trafic d'influence sur un membre d'une institution judiciaire étrangère (art. 435-10) ;
 - corruption privée active (art. 445-1) comme passive (art. 445-2) ;
 - corruption sportive active (art. 445-1-1) et passive (art. 445-2-1) ;
 - corruption active d'un membre d'une institution judiciaire (avant-dernier alinéa art. 434-9) ;
 - trafic d'influence actif sur un membre de l'institution judiciaire (deuxième alinéa de l'art. 434-9-1)⁵.
10. La convention peut comporter une ou plusieurs des obligations suivantes :
- le versement d'une amende d'intérêt public, dont le montant ne peut excéder 30% du chiffre d'affaires annuel calculé sur la moyenne des trois derniers exercices ;
 - la mise en œuvre, sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA)⁶, d'un programme de mise en conformité de ses procédures de prévention et de détection de la corruption, pendant une durée maximale de trois ans ;

l'impunité, soit lorsque des choses enlevées, détournées ou obtenues à l'aide d'un crime ou d'un délit ont été, en tout ou partie, recelées.

⁴ Les articles mentionnés dans ce paragraphe sont ceux du code pénal français.

⁵ Il est à préciser que la loi n° 2018-898 du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude a étendu le champ d'application de la CJIP aux faits de fraude fiscale tandis que la loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen et à la justice environnementale y a admis certains faits de blanchiment et les infractions environnementales.

⁶ Cf. *infra* N 32 ss.

- la réparation du dommage causé à la victime lorsque cette dernière peut être identifiée.
11. Acceptée par la personne morale, la CJIP est soumise à la validation du président du Tribunal judiciaire. Celui-ci se prononce à l'issue d'une audience publique.
 12. Si elle est validée, la convention fait l'objet, ainsi que l'ordonnance de validation, d'une publication sur le site internet des ministères de la justice et de l'économie et des finances, puis d'un communiqué de presse du procureur de la République.
 13. En cas de refus de validation, de rétractation par la personne morale ou d'inexécution des obligations prévues dans la convention dans le délai imparti, le procureur de la République met en mouvement l'action publique, sauf élément nouveau.
 14. La CJIP n'emporte pas de déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation. Elle n'est donc pas inscrite au bulletin n° 1 du casier judiciaire de la personne morale.
 15. Lorsqu'elle est proposée au cours d'une information judiciaire, le procureur de la République et la personne morale concernée disposent d'un délai de trois mois à compter de la transmission faite par le juge d'instruction au parquet aux fins de mise en œuvre de la CJIP pour trouver un accord sur une proposition de convention. Cette transmission suppose au préalable l'accord du procureur de la République et une acceptation de la qualification pénale par la personne morale mise en examen.

2. L'intérêt public

16. La CJIP, instrument juridique novateur, renforce l'efficacité du dispositif de traitement des affaires pénales en matière de lutte contre les atteintes à la probité, et ce à un triple titre.
17. Efficacité d'abord dans la célérité de la sanction. Les faits concernés se placent dans un contexte international et souvent occulte. C'est donc la coopération de l'entreprise aux investigations et à la définition de la convention qui permet d'aboutir à une réponse pénale aux coûts, délais et aléas diminués.

18. Efficacité ensuite dans l'exécution de la sanction. En ce qu'elle est formalisée dans une convention et répond à une exigence de proportionnalité, la sanction est acceptée par l'entreprise⁷. La CJIP prévoit le paiement effectif et rapide d'une amende ainsi que l'indemnisation, le cas échéant, des victimes identifiées. Elle est susceptible de requérir des actions immédiates de mise en conformité de l'entreprise.
19. Efficacité enfin dans la prévention de la récidive. Si la CJIP est punitive en raison du montant de l'amende qui peut être fixé et de la publicité donnée aux faits, elle contribue également à l'absence de réitération par ses exigences de progrès dans la conformité de l'entreprise, préalablement et postérieurement à la signature de la convention.
20. Par ailleurs, en élargissant les possibilités d'action de l'autorité de poursuite française et en favorisant la coordination des parquets français avec les autorités judiciaires étrangères, la CJIP renforce la souveraineté pénale et économique de la France.

3. L'intérêt pour la personne morale

21. En ce qu'il participe directement de l'intérêt public, l'intérêt de la personne morale est largement pris en compte. La CJIP favorise ainsi la continuité de l'activité économique.
22. En effet, l'exécution d'une CJIP éteint l'action publique à l'encontre de la personne morale sans générer les effets d'une condamnation pénale sur la pérennité de son activité économique. Elle évite une exclusion des procédures de marchés publics⁸, ne porte pas

⁷ Les paragraphes 18 à 27 sont tirés de la version originale des Lignes directrices du PNF, 4 s., signées par l'auteur le 16 janvier 2023.

⁸ En application de l'art. L. 2141-1 du code de la commande publique, seule une personne ayant fait l'objet d'une condamnation définitive pour des faits d'atteinte à la probité peut être exclue d'une procédure de marchés publics. Dans l'Union européenne, la directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics indique dans son art. 57 ch. 1 : « *Les pouvoirs adjudicateurs excluent un opérateur économique de la participation à une procédure de passation de marché lorsqu'ils ont établi, en procédant à des vérifications conformément aux articles 59, 60 et 61, ou qu'ils sont informés de quelque autre*

structurellement atteinte à ses capacités de financement ni à la qualité de son évaluation par des tiers.

23. La célérité de la voie transactionnelle, renforcée par la coopération de la personne morale à l'enquête, atténue le préjudice porté à la réputation de l'entreprise.
24. Le recours à une CJIP confère à l'entreprise un rôle actif dans la procédure judiciaire et lui permet une meilleure gestion de l'aléa financier de son issue.
25. Il permet, en outre, à l'entreprise de montrer sa détermination à rompre avec des pratiques antérieures, son adhésion à une résolution judiciaire pour solder le passé et son engagement dans une démarche préventive renforcée, le cas échéant, par un programme de mise en conformité. La publicité de la convention marque une volonté de transparence à l'égard des parties prenantes.
26. L'acceptation d'une CJIP par l'entreprise est susceptible de contribuer à la qualité du climat social, en témoignant de l'engagement de ses dirigeants à prévenir, détecter et traiter les infractions.
27. Enfin, lorsque la personne morale fait l'objet de poursuites simultanées intentées par plusieurs autorités judiciaires différentes, la CJIP (ou son équivalent en droit étranger) favorise la coordination de ces autorités et autorise la conclusion simultanée d'accords transactionnels parallèles⁹.

manière que cet opérateur économique a fait l'objet d'une condamnation, prononcée par un jugement définitif, pour l'une des raisons suivantes : (...) b) corruption, telle qu'elle est définie à l'article 3 de la convention relative à la lutte contre la corruption impliquant des fonctionnaires des Communautés européennes ou des fonctionnaires des Etats membres de l'Union européenne et à l'article 2, paragraphe 1, de la décision-cadre 2003/568/JAI du Conseil, ou telle qu'elle est définie dans le droit national du pouvoir adjudicateur ou de l'opérateur économique. »

⁹ Voir en ce sens la CJIP signée le 29 janvier 2020 à Paris entre le procureur de la République financier et la société AIRBUS concomitamment avec deux DPA conclus l'un avec le DoJ américain et le second avec le SFO britannique, les trois accords ayant été validés le même jour, le 31 janvier 2020, à Paris, à Washington et à Londres.

B. Les acteurs judiciaires de la CJIP

1. Le Parquet national financier (PNF)

28. Les attributions et compétences du procureur de la République financier, chef du PNF, sont fixées par la loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la fraude fiscale et à la grande délinquance économique et financière¹⁰.
29. Aux termes de l'art. 705 CPP, le PNF dispose d'une compétence matérielle concurrente à celle des autres parquets français, notamment¹¹ en matière d'atteintes à la probité (corruption, trafic d'influence, détournement de fonds publics, prise illégale d'intérêt, favoritisme...) et, s'agissant du blanchiment de ces délits ou de l'association de malfaiteurs constituée en vue de leur commission, lorsque les faits apparaissent d'une grande complexité.
30. Par dérogation aux principes classiques d'organisation judiciaire, le PNF est compétent pour connaître des infractions précitées commises sur l'ensemble du territoire national.
31. Parquet spécialisé, le PNF est aujourd'hui composé de 46 membres : 20 magistrats, 11 assistants spécialisés, juristes assistants et assistants de justice, ainsi que de 15 fonctionnaires du greffe.

2. L'Agence française anticorruption (AFA)

32. Créée par la loi « Sapin II »¹², l'AFA est un service également à compétence nationale, placé auprès du ministre de la justice et du ministre chargé du budget. Elle a pour mission d'aider les autorités

¹⁰ Créé à la fois sur fond de scandale politico-financier (« affaire Cahuzac », du nom du ministre du budget poursuivi pour fraude fiscale) et en réaction à une évaluation critique de la France par l'OCDE, le PNF a démarré son activité le 1^{er} février 2014.

¹¹ Les trois autres domaines de compétence du PNF sont également fixés par l'art. 705 CPP : la fraude fiscale aggravée, les abus de marché (infractions boursières) et les délits anticoncurrentiels (abus de position dominante, par exemple).

¹² Cf. N 2.

compétentes et les personnes qui y sont confrontées à prévenir et à détecter les faits de corruption, de trafic d'influence, de concussion, de prise illégale d'intérêt, de détournement de fonds publics et de favoritisme.

33. A cette fin, l'AFA peut, d'une part, conseiller et appuyer les personnes morales de droit privé ou de droit public pour prévenir les atteintes à la probité et, d'autre part, dans des conditions déterminées par la loi, contrôler la qualité et l'efficacité des dispositifs de conformité anticorruption mis en œuvre par certains opérateurs.
34. Par ailleurs, l'AFA est chargée de veiller, à la demande du Premier ministre¹³, dans le cadre de l'exécution des décisions d'autorités étrangères imposant à une société française une obligation de mettre en conformité ses procédures internes de prévention et de détection de la corruption.

III. ...à la croisée de la confidentialité et de la transparence

35. Si cette justice de type nouveau, la justice négociée¹⁴, repose, en grande partie, sur une confiance partagée dont la caractéristique essentielle est la confidentialité, son acceptation par les justiciables concernés (et par l'opinion publique en général) requiert un standard minimum de transparence.

A. Une source de transparence : les lignes directrices

36. Le cadre législatif et réglementaire de la CJIP est peu détaillé et a fait l'objet d'une construction progressive¹⁵.

¹³ Selon 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.

¹⁴ Cf. N 5.

¹⁵ Cf. n. 5.

37. Si la légitimité première de la CJIP procède de la volonté du législateur, les cinq années de mise en œuvre de cette mesure ont conduit le PNF à l'élaboration d'une véritable doctrine interne.
38. Ainsi, début 2023¹⁶, afin de répondre à un double impératif de transparence et de prévisibilité, il est apparu nécessaire que les acquis de l'expérience du PNF soient rendus publics au travers d'une actualisation des lignes directrices précédentes, qui dataient de juin 2019.
39. Pour y parvenir, ont été réalisés un certain nombre de consultations et un travail de concertation¹⁷ avec l'AFA, qui était à l'initiative des premières lignes directrices et avec laquelle le PNF se coordonne étroitement lors de l'appréciation des programmes de mise en conformité des entreprises dans le cadre des CJIP « probité ».

B. Leurs principes directeurs

Ils sont au nombre de trois : lisibilité, publicité et prévisibilité

1. La lisibilité

40. Les lignes directrices 2023 ont pour vocation, en un seul document, de donner à comprendre l'essentiel des dispositions législatives, réglementaires et de politique pénale dans la mise en œuvre de la procédure de CJIP. Elles décrivent de manière chronologique la conduite des négociations et la conclusion d'une convention, étape par étape.

2. La publicité

41. Au vu de l'atteinte à l'ordre public et des montants en jeu dans les procédures en cause, il est apparu indispensable que le processus de négociation soit explicité de la manière la plus précise possible, afin de donner à comprendre les modalités de raisonnement du PNF

¹⁶ Les nouvelles lignes directrices du PNF ont été publiées le 16 janvier 2023.

¹⁷ La concertation a été naturellement étendue à l'administration fiscale, puisqu'une des nouveautés de ces lignes directrices consiste précisément à intégrer aussi la matière fiscale, éligible à la CJIP depuis la loi fraude du 23 octobre 2018.

dans la négociation, dans la rédaction et dans la mise en œuvre de ces conventions.

42. Le législateur avait déjà insisté sur cet impératif, en prévoyant notamment que les audiences de validation soient publiques et que soit diffusé à l'issue un communiqué de presse, dont on observera qu'il est toujours largement relayé.
43. Il a été décidé d'aller plus loin dans les nouvelles lignes directrices en confirmant aux sollicitations des médias, quelques jours avant l'audience, le nom de l'entreprise concernée, sauf motif dûment justifié.
44. Enfin, la précision de l'exposé des modes de calcul de l'amende d'intérêt public et l'explicitation des facteurs majorants et minorants retenus dans la convention répondent également à cette exigence de transparence.

3. La prévisibilité

45. Pour les acteurs économiques, la prévisibilité est l'enjeu majeur de la CJIP. La nouvelle rédaction de ces lignes directrices doit leur permettre de mieux comprendre quels seront les équilibres de la négociation dans laquelle ils envisagent de s'engager. Il s'agit là d'une demande constante émanant des praticiens concernés, qu'il s'agisse des dirigeants d'entreprises ou de leurs conseils.
46. Cet appel a été entendu et intégré dans les travaux du PNF, qui ont clarifié de nombreux points, à commencer par le régime des négociations au regard de la confidentialité des échanges et de l'accès au dossier par les parties.
47. Les lignes directrices donnent également plus de précisions sur l'appréhension des « *avantages tirés des manquements* », qui constituent la base même de l'amende d'intérêt public. Elles expliquent les principes selon lesquels certaines situations de fait particulières sont traitées et elles listent les différents facteurs majorants et minorants susceptibles d'être appliqués au calcul de la pénalité.
48. La prévisibilité devrait, aussi, favoriser une meilleure compréhension, par les acteurs économiques, de l'instrument que constitue la CJIP et les inciter à une plus grande coopération.

49. Ainsi, les entreprises qui détectent des faits délictueux en leur sein sont aujourd'hui en mesure d'envisager l'autorévéléation¹⁸ de ces faits au PNF, qui entend clairement promouvoir une telle démarche volontaire de l'entreprise, puisque l'autorévéléation induira la prise en compte de coefficients importants de minoration de l'amende.
50. Enfin, et de manière plus générale, la coopération de l'entreprise est le gage de la bonne foi de la personne morale et un moyen efficace d'éviter la réitération des manquements. A cet égard, la mise en place de programmes de conformité sous la conduite de l'AFA contribue également à atteindre cet objectif cardinal.

IV. Conclusion

51. L'actualisation récente des lignes directrices de la CJIP constitue une réponse ciblée aux défis inhérents à la nature discrète de la justice négociée. En effet, si la justice transactionnelle offre des avantages indéniables en termes d'efficacité et de pragmatisme, sa tendance à opérer dans une relative opacité a soulevé des questions quant à sa prévisibilité et sa transparence. Cette mise à jour est donc une étape cruciale pour combler ces lacunes, en renforçant la confiance des justiciables et en clarifiant les attentes pour toutes les parties concernées.
52. En fournissant des directives plus détaillées et accessibles, cette révision vise à pallier le manque de visibilité souvent associé à la justice négociée. Elle permet aux entreprises et à leurs conseils de mieux anticiper les conséquences juridiques et financières de leur participation à une CJIP, réduisant ainsi l'incertitude et favorisant une approche plus proactive en matière de conformité. Par cette transparence accrue, l'autorité judiciaire adresse directement les critiques concernant le manque de clarté et d'équité perçue, qui peuvent accompagner les négociations transactionnelles.
53. De plus, cette actualisation souligne l'importance d'une justice qui non seulement punit, mais guide également les acteurs économiques

¹⁸ De fait, au cours de l'année 2023, le PNF aura enregistré plusieurs cas d'autorévéléation de faits de corruption par des personnes morales de taille significative. Ces affaires sont en cours de traitement.

vers des pratiques plus éthiques et durables. En rendant les processus plus transparents et les résultats plus prévisibles, la CJIP renforce sa position en tant qu'instrument efficace de lutte contre la corruption, tout en préservant l'intégrité économique et juridique des entreprises impliquées.

54. En conclusion, l'accent mis sur la transparence et la prévisibilité à travers l'actualisation des lignes directrices de la CJIP est une démarche louable, reflétant l'engagement de la France à évoluer avec les défis de la corruption transnationale. Cette évolution marque un pas important vers une justice plus ouverte, équitable et efficace, essentielle pour maintenir la confiance du public et l'intégrité du système judiciaire.

Abréviations

AFA	Agence française anticorruption
art.	article(s)
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CPP	Code de procédure pénale de la France
DoJ	Department of Justice (américain)
DPA	Deferred prosecution agreement
	Accord de suspension de poursuite
N	numéro(s) de paragraphe
n°	numéro(s)
n.	note de bas de page
OCDE	Organisation de coopération et développement économiques
PNF	Parquet national financier
s./ss	et suivant(e)/et suivante(e)s
SFO	Serious Fraud Office (britannique)
UE	Union Européenne

Negotiated Justice in Transnational Corruption – A UK Perspective on Transparency

by

Sabha MacManus

Barrister/Prosecutor, UK Serious Fraud Office

and

James Conroy

Senior Investigator, UK Serious Fraud Office

I. Introduction to the UK SFO.....	48
II. Negotiated justice – a UK tool kit.....	48
III. Transparency versus confidentiality.....	52
A. Transparency in the context of DPAs	52
1. Case study: Guralp.....	52
2. Case study: Airbus	53
3. Case study: Amec Foster Wheeler	55
4. Prospective transparency and alternatives	56
5. Transparency conclusions	57
B. Balancing the requirement for confidentiality.....	57
IV. Conclusion	60
Sources	61
Abbreviations	62

I. Introduction to the UK SFO

1. The Serious Fraud Office (SFO) was established in 1988 as the UK's specialist agency responsible for investigating and prosecuting the most complex instances of fraud, bribery and corruption. Investigators and prosecutors work alongside each other from case inception until the conclusion of proceedings. Investigations are usually time-consuming, document-heavy, and often international in scope. As a result, the SFO takes on a small number of large economic crime cases to enable its resources to be deployed on the most complex cases in order to safely and properly bring individuals and corporates to justice.

II. Negotiated justice – a UK tool kit

2. In 2012, a UK government consultation noted that '[...] as the size of commercial organisations and the reach of their interests grow, so too do the difficulties of identifying criminal activity and of prosecution at national level for what can often be wrongdoing across a number of jurisdictions'¹ and concluded that the '[...] present justice system in England and Wales [was] inadequate for dealing effectively with criminal enforcement against commercial organisations in the field of complex and serious economic crime'.²
3. Common challenges identified across many jurisdictions include lengthy and costly investigations and trials, as well as complex subject matter. This is particularly evident in cases involving offences across multiple jurisdictions or hidden wrongdoing such as intricate corporate structures or financial flows, '[...] with specialist or technical fields often depend[ing] on commercial organisations cooperating or whistleblowers coming forward, and organisations having little incentive to self-report [...]. The consequence of all of this has been too few organisations held to

¹ Ministry of Justice, Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements, (2012) para. 22.

² *Ibid.*, para. 23.

account for their crimes, and too many victims waiting in vain for restitution.³

4. Deferred Prosecution Agreements (DPA) were identified as a potential addition to the prosecutors' tool kit to try and tackle some of those issues, and were brought into force by s.45 and Schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013 ('the 2013 Act') in February 2014. The 2013 Act is supplemented and supported by a Code of Practice ('the DPA Code'), Joint Prosecution Guidance on Corporate Prosecutions and Pt. 11 of the Criminal Procedure Rules 2020. The 2013 Act applies retrospectively – this is a matter of pragmatism: where corporates may have been acquired by other corporations, with the wrongdoing only subsequently coming to the acquirer's attention post-acquisition, entering into DPA negotiations encourages complete transparency and allows them to 'clean the slate'.
5. With the 2013 Act, the SFO gained the ability to enter into a DPA with corporate entities, with a view to ensuring a quicker, more efficient resolution to the corporate's wrongdoing.
6. DPAs are court-approved, legislative mechanisms allowing '[...] an organisation [...] [to] avoid prosecution for certain economic or financial offences by entering into an agreement on negotiated terms.'⁴ Where the organisation complies with specific requirements, it permits a prosecution to be suspended for a specified amount of time. In order for this to happen, certain steps must be taken.
7. Initially, the SFO and the corporate entity under investigation enter negotiations for a potential DPA. The SFO must have at least a 'reasonable suspicion',⁵ based on admissible evidence, that the company has committed an offence. Additionally, there must be reasonable grounds to believe that a continued investigation would provide further admissible evidence within a reasonable timeframe.

³ Ministry of Justice, Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations: Deferred prosecution agreements, (2012) para. 3.

⁴ *Serious Fraud Office v Standard Bank*, case no. U20150854, para. 1.

⁵ DPA Code of Practice, para. 1.2.i.b.

This cumulative evidence should be capable of establishing a realistic prospect of conviction in accordance with the prosecutor's test for initiating proceedings, known as the 'Full Code Test'. The SFO should also consider whether a DPA would be in the public interest, before entering into these negotiations. The 'public interest' will be assessed in light of several factors, including: a history of similar conduct; whether the alleged conduct is part of the established business practices of the corporate; whether the corporate was previously warned of the risk of unlawful conduct; etc.⁶

8. While these negotiations are ongoing, the SFO will apply to the court, seeking a declaration for the DPA.⁷
9. The proposed agreement will then be examined by the court and a preliminary determination on the DPA will be given. This preliminary determination by the court will occur in private.⁸ The agreement typically includes an agreed Statement of Facts between the SFO and the corporate entity.
10. However, as discussed below, a key factor for the court when determining whether to approve a DPA is the extent of the corporate's cooperation, openness, and transparency. This occurs through a combination of assisting in the investigation of any individuals involved; the waiver of legal professional privilege; and actively engaging with the SFO and other agencies in order to supply those agencies with relevant documentation, proactively bringing to the attention of the SFO and other agencies wrongdoing which they may not have been aware of.
11. Where the court concludes that a DPA, rather than a prosecution, is appropriate in light of all the circumstances, it will then publicly and definitively declare that a DPA has been entered into.⁹ This process requires the court to critically analyse: they will '[...]

⁶ DPA Code of Practice, para. 2.8I.

⁷ Crime and Courts Act 2013, Sch. 17, para. 7; Pt. 11, Criminal Procedure Rules 2020.

⁸ Crime and Courts Act 2013, Sch. 17, para. 7(4).

⁹ Crime and Courts Act 2014, Sch. 17, para. 8.

examine the proposed agreement in detail, decide whether [it is in the interests of justice, and whether the terms of the DPA are fair, reasonable, and proportionate] and, if satisfied, approve the DPA.¹⁰

12. The statement of facts of an approved DPA constitutes an ‘admission’ under UK law.¹¹ This is a powerful piece of legislation, as it means the Statement of Facts becomes ‘[...] conclusive evidence [...] of the fact admitted’, and this extends to ‘any subsequent criminal proceedings relating to that matter [...]’,¹² for example if a corporate fails to comply with the conditions of the DPA and is ultimately prosecuted.
13. It is notable that no mechanism exists for third parties to contribute to the Statement of Facts or the private DPA hearing. Although the SFO may approach third parties as part of its investigation and incorporate any evidence obtained into the Statement of Facts, it is not required to do so. This creates a potential void where victims, other nation states (often where criminality occurred) and civil society’s interests are not represented.
14. Nonetheless, DPAs try to ensure that the parties are simultaneously able to reach a ‘[...] private compromise [with] appropriate independent judicial consideration of the public interest [...]’ while also allowing ‘[...] public scrutiny of the circumstances and the agreement’¹³ within certain limits. Indeed, in certain circumstances, this approach is required: Leveson J stated, ‘[...] having regard to my conclusion that I would grant the appropriate declaration, *I ordered that the proceedings should be held in public and gave leave for an appropriate stock market announcement to be published by Rolls-Royce* (emphasis added).¹⁴ In this way, DPAs strike the best balance they can between public transparency, private confidentiality, and commercial pragmatism.
15. Furthermore, the processes which are required to reach a DPA demonstrate the constant balancing act the SFO must engage in

¹⁰ *Serious Fraud Office v Standard Bank*, case no. U20150854, para. 2.

¹¹ DPA Code of Practice, para. 4.4.i.

¹² Criminal Justice Act 1967, s.10.

¹³ *Serious Fraud Office v Standard Bank*, case no. U20150854, para. 21.

¹⁴ *Serious Fraud Office v Rolls-Royce*, case no. U201700036, para. 14.

between transparency and confidentiality. As decisions of the court have demonstrated as regards the approval of DPAs, these principles also apply, in different ways, to the corporate's engagement in the process.

16. This paper will explore the relationship between the corporate's transparency requirements, its benefits for the SFO, and the advantages of maintaining confidentiality during – and in certain circumstances, after – the negotiations. It will also examine how DPAs ensure ongoing transparency and openness by the corporate as it operates under the terms of the DPA.

III. Transparency versus confidentiality

A. Transparency in the context of DPAs

17. One of the foremost considerations by the court in determining whether a DPA is in the interests of justice and 'fair, reasonable and proportionate'¹⁵ is the corporate's engagement with, and openness in respect of the investigation to which they are subject. As per the DPA Code, '[c]o-operation will include identifying relevant witnesses, disclosing their accounts and the documents shown to them. Where practicable it will involve making the witnesses available for interviews when requested.'¹⁶ Cooperation will usually, however, go further than that.
18. Initially, this is often (although not always) done through self-reporting of the wrongdoing by the corporate to the SFO. Self-reporting is itself a form of proactive transparency which is looked on very favourably by the courts. Additionally, we see that the courts appreciate a fulsome approach to self-reporting.

1. Case study: Guralp

19. *Guralp*¹⁷ concerned a seismic measurement equipment company. After a reschedule of top management, the new CEO became

¹⁵ DPA Code of Practice, para. 9.4.

¹⁶ *Ibid.*, 2.8.2.i.

¹⁷ *Serious Fraud Office v Guralp Systems Limited*, case no. U20190840.

suspicious of [Guralp's] relationship with an individual who worked for a South Korean government research institute. Once the CEO had cut ties with that individual, he ordered an internal investigation. This prompt, decisive approach to rooting out wrongdoing is highly persuasive when seeking to enter DPA negotiations: '[...] the first matter to be set in the balance in favour of a DPA is the fact that [Guralp] reports the making of the corrupt payments to the authorities both in this country and in the United States. This reporting did not consist simply of an indication to the authorities of a suspicion of corrupt payments with an offer to assist in any investigation. Rather, [Guralp] engaged an outside law firm to assess the position (emphasis added).'¹⁸

20. Therefore, what the SFO seeks is meaningful, critical engagement by the corporate, actively assisting the SFO's enquiries by proactively providing relevant, pertinent information.

2. Case study: Airbus

21. Prompt self-reporting is not the only route by which a corporate will be offered a DPA. However, the expectations in terms of any subsequent cooperation will likely be higher on the part of the court. In *Airbus*,¹⁹ for example, notwithstanding a delay of some 18 months, the corporate's cooperation was described as 'exemplary' – *Airbus* concerned a global network of its employees, intermediaries, and third parties offering '[...] very substantial sums of money by way of bribes to third parties in order to secure the purchase of aircraft [...]'²⁰ by both civil airlines, as well as the Ghanaian government.
22. The court readily acknowledged that '[...] the seriousness of the criminality in this case [...] was grave [in that the] conduct took place over many years. It is no exaggeration to describe the investigation it gave rise to as worldwide, extending into every continent in which Airbus [operated].'²¹ On the face of it, then, it

¹⁸ *Serious Fraud Office v Guralp Systems Limited*, case no. U20190840, para. 26.

¹⁹ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108.

²⁰ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 38.

²¹ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 64.

should not have been appropriate for *Airbus* to enter into DPA negotiations.

23. Nevertheless, it was *Airbus*' engagement with the process (among other factors) which allowed the court to conclude that a DPA was in the interests of justice. Specific to the idea of transparency, their cooperation included, e.g., '[coordinating and cooperating] with the Joint Investigative Taskforce in all respects regarding the conduct of investigative interviews [...] [providing] extensive and detailed presentations with supporting documentation, organograms and chronologies detailing relevant emails, contracts, interview accounts, contextual background, invoices, payments and accounting records [...] [providing] all contemporaneous documents requested (subject to applicable laws) and [adopting] a co-operative position in respect of privilege and French *secret professionnel* (the French equivalent of legal professional privilege) within such contemporaneous documents [and providing] a schedule of contemporaneous documents withheld on the basis of privilege, including the reasons for asserting privilege, which were verified by the SFO.'²²
24. The court states that '[...] notwithstanding the seriousness of the conduct in this case, [...] the public interest factors against prosecution clearly outweigh those tending in favour of prosecution. [...] the exemplary co-operation of Airbus in the manner identified, including its submissions to the SFO in respect of conduct overseas and of which the SFO would not otherwise have known.'²³
25. Corporate transparency and openness are one of the foremost considerations for the court: even where a corporate has not self-reported, its open engagement with the SFO as regards its investigation will be highly persuasive to the court in terms of demonstrating that a DPA, and not prosecution, is in the interests of justice. For example, in the Rolls-Royce DPA, the corporate '[...] voluntarily supplied to the SFO reports in respect of its

²² *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 74.

²³ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 87.

internal investigations [which were] far more extensive than was identified in the public domain.²⁴

26. The cooperation of the corporate means that early and more informed decisions can be taken as to which jurisdictions are best placed to investigate particular conduct and how to do this, whether through a joint or parallel investigation.
27. In *Airbus*, the wrongdoing of the corporate was investigated by a joint investigation team comprising the SFO (UK), the Parquet National Financier ('PNF') (France), and, in parallel, the US Department of Justice ('DOJ'). The cooperation of the corporate allowed the various agencies to better divide up the jurisdictions under investigation, leading to a better use of resources and time. Additionally, this transparency increased efficiency as it led to a '[...] simultaneous resolution in all jurisdictions by way of settlement agreements.'²⁵

3. Case study: Amec Foster Wheeler

28. Edis LJ's judgment in the case of *Amec Foster Wheeler*²⁶ highlights the court's focus on transparency, stating that '[...] the court is concerned with two areas of factual material: that concerning the commission of the offences; and that concerning the situation and conduct of the suspect after the offences were committed, during the investigation and its current situation (emphasis added).'²⁷ It is the common thread which runs through the judgments concerning DPAs: how did the corporate react, and act, when alerted to the wrongdoing?
29. Edis LJ expressly stated that, while *Amec Foster Wheeler*'s offending was significant, one of the main reasons that he approved the DPA was because there were '[...] two takeovers of [the corporate] which have occurred since [the wrongdoing], and because of the cooperation by [its acquirer] since the second of those takeovers. *But for that, I would not have done so* (emphasis added).'²⁸ This reflects

²⁴ *Serious Fraud Office v Rolls-Royce*, case no. U20170036, para. 17.

²⁵ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 4.

²⁶ *Serious Fraud Office v AMEC Foster Wheeler*, case no. T20210867.

²⁷ *Serious Fraud Office v AMEC Foster Wheeler*, case no. T20210867, para. 12.

²⁸ *Serious Fraud Office v AMEC Foster Wheeler*, case no. T20210867, para. 18.

the court's pursuit of transparency albeit *in obiter* comments. The judgement also sheds light on a hypothetical situation where, without those takeovers, a lack of transparency would preclude a corporation from having a DPA approved with Edis LJ stating that '[the original Board] was primarily concerned to minimise the adverse consequences of the offending for the Group. In my judgment the proper course for it to have adopted, not as a matter of legal duty, but as a matter of ethical corporate governance was to report the known facts to the SFO [...] the fact that no report was made of any of its discoveries at the time [...] means that it may be more difficult to investigate and prosecute individual offenders now. I accept that there was no legal requirement to report suspected crime to the authorities, but there is a moral duty on all citizens in this respect which extends at least equally to corporations.'²⁹

30. The court seeks a degree of genuine transparency and ethical governance on the part of the corporate, rather than a stance which does not encompass any real recognition of why internal change is important.

4. Prospective transparency and alternatives

31. Transparency on the part of the corporate, however, is not only retrospective: it also requires the corporate to be open with the SFO in its ongoing investigations. Frequently, these investigations focus on the individuals directly involved in the wrongdoing: in *Rolls-Royce*, for example, the corporate was required to '[...] co-operate in the investigation and prosecution of individuals related to [the] case or any other matter of interest to the SFO where Rolls-Royce holds relevant information. [...] There is a further requirement that, at the reasonable request of the SFO, Rolls-Royce will assist law enforcement agencies, regulators and multilateral development banks *including those overseas as directed* (emphasis added).'³⁰ As was concisely put in *Airbus*, '[...] as the entity subject to the DPA will normally be the main repository of relevant material for the

²⁹ *Serious Fraud Office v AMEC Foster Wheeler*, case no. T20210867, para. 19-20.

³⁰ *Serious Fraud Office v Rolls-Royce*, case no. U201700036, para. 71, 73.

purposes of prosecuting the individuals involved in the same criminal conduct, it is likely to be fair, reasonable and proportionate that the entity is required to provide assistance in the investigation and prosecution of those individuals [...] the DPA provides that Airbus will continue to cooperate with the SFO and other agencies for the duration of the agreement.³¹

5. Transparency conclusions

32. The requirement for transparency on the part of the corporate, then, greatly improves the ability of the SFO to deliver transnational justice in an increasingly swift and efficient manner – both as a standalone organisation and in tandem with its international partners. This is the primary advantage of engaging in and pursuing a DPA. Equally important is the ability to swiftly comprehend the global nature of the wrongdoing, which ensures a more precise delivery of justice. Where all agencies understand and are properly informed of what has happened, then a ‘[...] coherence in the level of financial penalties across different jurisdictions [...]’ can happen, which itself ensures that ‘[...]forum shopping for the settlement of these kinds of cases is avoided.’³²

B. Balancing the requirement for confidentiality

33. Conversely, confidentiality plays a part in how DPAs are negotiated and ultimately approved by the court. Confidentiality is at play both during the negotiations, and afterwards.
34. Confidentiality and transparency are a constant balancing act within DPA negotiations: pursuant to the DPA Code, the prosecutor must provide sufficient disclosure to enable the corporate to be able to properly engage in such negotiations. The DPA process values confidentiality both during and after negotiations. Simultaneously, it ensures the SFO and corporate remain open and cooperative,

³¹ *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 114.

³² *Serious Fraud Office v Airbus SE*, case no. U20200108, para. 92.

allowing negotiations to be fruitful and potentially leading to court approval.

35. This confidentiality is essential not only while the negotiations are ongoing, but also after the court concludes and approves the DPA – it is important not to prejudice the potential prosecution of the corporate, should the negotiations not conclude favourably. Moreover, as DPAs are court-approved, and require the court to satisfy itself of the DPA being in the interests of justice and fair, reasonable and proportionate, this too requires confidentiality. As Leveson J stated in the *Tesco Stores* case, ‘[...] the hearing [...] was conducted and determined in private and, in the normal course of events, would have remained so unless and until the DPA was approved (emphasis added).’³³
36. The timing of when DPAs are entered into (usually before the charging decision is made in respect of the corporate and/or individuals) is important. This is because, in many cases, the identities of the individuals still under investigation will need to remain confidential even after a DPA is agreed. This is usually achieved through the court withholding the Statement of Facts. This serves an important function: it ensures that the investigations/prosecutions of these individuals are not affected by the terms of the agreement between the SFO and the corporate. In other words, ‘[...] the basis of the DPA might be thought to undermine the defence to be pursued and, if it enters the public domain, the potential prejudice to jurors could undermine the inalienable right to a fair trial (for the individuals involved).’³⁴
37. Thus, DPAs are predicated on transparency – and cognisant of confidentiality. This is because DPAs can be entered into and publicly announced, while ensuring that other potential prosecutions, and the human rights of those under investigation, are not compromised or infringed, respectively. We can see this at play in the *Tesco Stores* and *Rolls-Royce* DPAs, for example.
38. Similarly the *Airbus* case demonstrates the requirement for confidentiality in these circumstances, especially where the legal

³³ *Serious Fraud Office v Tesco Stores*, case no. U20170287, para. 108.

³⁴ *Serious Fraud Office v Tesco Stores*, case no. U20170287, para. 109.

landscapes are markedly different by virtue of the global nature of the investigations – our obligations as a public body require an appreciation that ‘[...] the identity of the individuals concerned has not been included. There are ongoing investigations in respect of a number of individual suspects in this jurisdiction and abroad. It is appropriate to protect the rights of the suspects to a fair trial. In addition some of the individuals involved in the conduct are based in jurisdictions where there are human rights concerns, and the death penalty exists for corruption [...] to go further than the Statement of Facts [...] and identify others by name, would be to prejudice potential criminal proceedings and could lead to action or the imposition of a penalty which, in this country, *we would regard as contravening Article 3 of the European Convention on Human Rights* (emphasis added).³⁵

39. This need for confidentiality was highlighted in the *Bloomberg* case, where the UK Supreme Court held that a person under criminal investigation, prior to being charged, has a reasonable expectation of privacy regarding information related to that investigation.³⁶ This is particularly relevant in cases where individuals are named within a Statement of Facts for the purpose of a DPA, or where co-conspirators are named in an indictment during the prosecution of individuals, despite those co-conspirators not being charged. In such scenarios, the balance of the individuals’ art. 8 ECHR rights would often outweigh the need for transparency.
40. This confidentiality ends upon charge. As previous Supreme Court rulings have clearly stated, ‘[...] if someone is charged with a criminal offence there can be no reasonable expectation of privacy. We consider, generally, that to be a rational boundary, as the open justice principle in a free country is fundamental to securing public confidence in the administration of justice[...] whenever a person is charged with a criminal offence the open justice principle generally means that the information is of an essential public nature so that there can be no reasonable expectation of privacy in relation to it.’³⁷ Again, in this respect we see the constantly shifting interplay

³⁵ *Serious fraud Office v Airbus SE*, case no 20200108, para. 13.

³⁶ *Bloomberg LP v ZXC* [2022] UKSC 5, para. 1.

³⁷ *Bloomberg LP v ZXC* [2022] UKSC 5, para. 77.

between the principles of confidentiality and transparency within the DPA process.

IV. Conclusion

41. Since their introduction in the UK, DPAs have served to strengthen inter-agency cooperation in order to reach coordinated resolutions. This has encouraged cooperation in a broader reach of cases and going forward will be integral in the continued pursuit of justice in transnational corruption cases.
42. Whilst each form of ‘negotiated justice’ will inevitably turn on its own facts, the underlying purpose is clear; as practitioners we strive to optimally use the tools at our disposal to investigate and, where the evidence permits, hold those responsible for international economic crime accountable. The DPA regime, and accompanying corporate transparency, has enhanced our understanding of international bribery and helped us to hold corporations to account. It was never intended to be used in isolation, but rather as part of a tool kit, alongside corporate prosecutions and proactive investigation leading to individual prosecutions. It is in the combination of those disposals, as matched to the specific facts of any particular case that law enforcement’s response to transnational corruption can be at its strongest.

Sources

Legislation

Criminal Justice Act 1967, c. 80 available at: Criminal Justice Act 1967 (legislation.gov.uk) (accessed 15 November 2023)

Crime and Courts Act 2013, c. 22 available at: Crime and Courts Act 2013 (legislation.gov.uk) (accessed 15 November 2023)

Case Law

Serious Fraud Office v Standard Bank, case no. U20150854

Serious Fraud Office v Rolls-Royce, case no. U201700036

Serious Fraud Office v Tesco Stores, case no. U20170287

Serious Fraud Office v Guralp Systems Limited, case no. U20190840

Serious Fraud Office v Airbus SE, case no. U20200108

Serious Fraud Office v Amec Foster Wheeler Energy Limited, case no. T20210867

Bloomberg LP v ZXC [2022] UKSC 5

Government Publications

Ministry of Justice, 'Consultation on a new enforcement tool to deal with economic crime committed by commercial organisations CM 8348 (publishing.service.gov.uk)', 17 May 2012 (accessed 15 November 2023)

Deferred Prosecution Agreement Code of Practice (cps.gov.uk), 11 February 2014 (accessed 15 November 2023)

Abbreviations

art.	article(s)
c.	chapter
CEO	Chief Executive Officer
DPA	Deferred Prosecution Agreement
ECHR	European Convention on Human Rights
e.g.	<i>exempli gratia</i> , for example
etc.	<i>et cetera</i> , and so forth
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , in the same place
J	judge
LJ	Lord Justice
no.	number
para.	paragraph(s)
PNF	Parquet National Financier
Pt.	point
s.	section
Sch.	schedule
SFO	Serious Fraud Office
UK	United Kingdom
US DoJ	United States Department of Justice
<i>v</i>	<i>versus</i>

Transparency in Cross-Border Corruption Cases – From Investigation to Disclosure and Resolution

by

Claudia Götz Stachelin

Dr. Iur., LL.M., Attorney at law

and

Saverio Lembo

Attorney at law*

I. Introduction.....	65
II. Investigating corruption allegations	68
A. Bribery and corruption	68
B. Duty to investigate corruption investigations	69
C. Challenges of cross-border corruption investigations	76
1. Complexity due to large amounts of data.....	76
2. Clashes between different legal systems and cultures.....	76
3. Parallel investigations and cooperation amongst authorities	80
III. Disclosure of corruption allegations.....	81
A. Self-disclosure in Switzerland.....	81
B. Self-disclosure in the US.....	83

* The authors express their gratitude to Daniel Senn for his invaluable assistance in writing this article.

IV. Resolution of corruption cases with Swiss authorities.....	85
A. Lack of legal framework for DPA in Switzerland.....	85
B. The 2018 revision of the CPC: proposal for a Swiss DPA.....	87
V. Conclusion and outlook	90
Bibliography	92
Abbreviations	96

I. Introduction

1. Switzerland's position in the global economy, coupled with its reputation for stability and discretion, has long made it a favored destination for multinationals seeking international expansion. The country's role as a host to numerous multinationals has also brought to light the complex challenges and responsibilities that come with it for such businesses. This includes the fact that Switzerland's international companies often rely on a network of third parties operating in regions with higher levels of corruption.¹ While potentially beneficial for expanding market reach, this also exposes companies to higher compliance and corruption risks. Nearly all instances of Foreign Corrupt Practices Act (FCPA)² violations and other corruption-related cases involve the use of third parties or intermediaries to facilitate illicit payments that are typically concealed under various guises, such as inflated mark-ups, vaguely defined 'service fees', or other tactics aimed at circumventing a company's internal controls.³
2. Along with this, and as evidenced by major white-collar criminal cases such as 'Petrobras/Odebrecht',⁴ '1MDB',⁵ 'Gunvor'⁶ and 'World Football',⁷ bribery and corruption remain high on the agenda of established law enforcement agencies.⁸ In the course of

¹ MCGEE/ZHOU, 6 f.

² United States Foreign Corrupt Practices Act (1977).

³ See Third-Party Intermediaries Disclosed in FCPA-Related Enforcement Actions, Stanford Law School, <https://fcpa.stanford.edu/statistics-analytics.html?tab=4> (last visited on 24.11.2023).

⁴ See <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/en/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-76765.html> (last visited on 24.11.2023).

⁵ See <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-94524.html> (last visited on 24.11.2023).

⁶ See <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-76725.html> (last visited on 24.11.2023).

⁷ See <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-57391.html> (last visited on 24.11.2023).

⁸ Annual Report of the Office of the Attorney General (OAG) of Switzerland on its activities in 2022 for the attention of the supervisory authority, section 2.3 f., 26 f., available at: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-94287.html> (last visited on 24.11.2023); WALSH, Recognizing

intensified efforts to fight corruption and unethical business practices, Swiss authorities have clearly shown their willingness to enforce corporate criminal liability in addition to individual responsibility.⁹ Already in 2011, the Office of the Attorney General of Switzerland (OAG) concluded two criminal investigations involving two Alstom Group companies. One of the Alstom Group companies received a CHF 2.5 million fine due to insufficient internal organization to prevent bribery of foreign public officials, which led to the payment of bribes abroad to secure contracts. Additionally, the company had to forfeit roughly CHF 36 million in profits to the Swiss Federation. The other Alstom company, which was the group holding and direct parent company, had its criminal investigation terminated under art. 53 of the Swiss Criminal Code (SCC) after making a reparation payment of CHF 1 million to the International Committee of the Red Cross.¹⁰

3. The trend toward stricter enforcement of corporate criminal liability was underscored by a case in Switzerland this year, where the OAG has ordered SICPA SA, a company that acknowledged that it failed to take all necessary and reasonable organizational precautions pursuant to art. 102 para. 2 SCC in conjunction with art. 322^{septies} SCC to prevent bribery of foreign public officials, to pay a fine of CHF 1 million and imposed a compensation claim of CHF 80 million pursuant to art. 71 para. 1 SCC.¹¹ The decision serves as a powerful symbol of the growing expectations placed on companies

Anticorruption Champions Around the World, February 23, 2021, available at: <https://www.state.gov/dipnote-u-s-department-of-state-official-blog/recognizing-anticorruption-champions-around-the-world/> (last visited on 24.11.2023).

⁹ Summary Penalty Order of the OAG, 22.11.2011, EAI.04.0325; Summary Penalty Order of the OAG, 21.12.2016, SV.16.1280; Summary Penalty Order of the OAG, 23.3.2017, SV.15.0584; Summary Penalty Order of the OAG, 14.10.2019, SV.18.0.958; Summary Penalty Order of the OAG, 15.11.2019, SV.15.0787.

¹⁰ Cf. press release of the OAG of 22.11.2011, available at: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-42300.html> (last visited on 24.11.2023).

¹¹ See press release of the OAG of 27.04.2023, available at: <https://www.admin.ch/gov/en/start/documentation/media-releases.msg-id-94544.html#:~:text=Bern%2C%2027.04.,prison%20sentence%20of%20170%20days.> (last visited on 24.11.2023).

to maintain robust compliance and ethical standards and highlights the Swiss authorities' increasing readiness to hold companies accountable for their organizational deficiencies and compliance violations that can enable acts of bribery.¹²

4. At the same time, the consequences of criminal prosecution can pose a serious threat to a company's survival. Even the mere initiation of an investigation can lead to significant collateral damage, including the exclusion of the company from participating in public tenders.¹³ A formal conviction may also result in the corporation no longer having the right to bid on contracts.¹⁴ Hence, corporations that are heavily dependent on government contracts risk facing ruinous consequences due to formal convictions. Bringing charges against a company even before a conviction is made is a form of 'punishment' that can have negative reputational and economic consequences. Such repercussions can severely affect the economic viability of a company. Therefore, companies, as well as their employees, shareholders, and other stakeholders, are keen to avoid prosecutions. This being said, the lack of predictability of the sanctions in case of self-reporting is a serious hurdle to the cooperation of companies with enforcement authorities. Against this background, an alternative method of settling criminal proceedings is a compelling necessity in the best interests of companies.
5. In the following, we briefly define corruption and describe the main legal provisions under Swiss law and international conventions relating to corruption (see N 6 f.), discuss the frequently asked

¹² DELL/MCDEVITT, *Exporting Corruption 2022: Addressing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, Transparency International Report, 8 ff., 82 ff., available at: <https://www.transparency.org/en/publications/exporting-corruption-2022> (last visited on 24.11.2023).

¹³ Cf. art. 44 para. 1 lit. e in conjunction with art. 26 para. 1 of the Federal Act on Public Procurement (PPA) of 21 June 2019 (CC 172.056.1). See also WERNLI/CARLSON-BURKART, *Criminal proceedings against companies in Switzerland: still no deferred prosecution agreement*, available at: <https://www.ibanet.org/article/06A90D36-E768-4926-9E6B-BB9A236C4470> (last visited on 24.11.2023).

¹⁴ See, e.g., Clean Air Act, 42 U.S.C. § 7606(a) that forbids every federal agency to enter a contract with a convicted legal entity.

question of when investigations should be conducted (see N 8 ff.) and the challenges that arise in cross-border bribery and corruption investigations (see N 17 ff.). We then look at how to deal with the results of investigations in the context of voluntary self-disclosure in Switzerland as well as in the US (see N 28 ff.) and how companies may be able to reach an agreement with the criminal authorities (see N 36 ff.).

II. Investigating corruption allegations

A. Bribery and corruption

6. Corruption can take various forms, and there are many different definitions of corruption as well as important individual differences as to what constitutes bribery and corruption. Most legal systems, however, agree on the following core meaning: corruption is the abuse of entrusted power for private gain. Corruption involves promising, offering, or giving an undue advantage to a foreign public official or an official of a public international organization, or the soliciting or accepting of one by such an official. This might happen directly or indirectly and be either for themselves or another person. The intention is that the official performs or refrains from performing their official duties so that the offender obtains or retains international business or another undue advantage.¹⁵
7. In Switzerland, the nineteenth title of the SCC contains seven articles sanctioning bribery offenses, i.e., active, and passive bribery of Swiss and foreign public officials and private individuals.¹⁶ In

¹⁵ This definition is based on art. 16 of the United Nations Convention Against Corruption of 31 October 2003, to which 190 countries are currently parties, cf. for an overview <https://www.unodc.org/unodc/en/corruption/ratification-status.html> (last visited on 24.11.2023).

¹⁶ Art. 322^{ter} to art. 322^{sexies} SCC are exclusively applicable to Swiss public officials, with art. 322^{ter} SCC sanctioning active corruption (bribery) and art. 322^{quater} SCC passive corruption (acceptance of bribes). The mere granting of an undue advantage is sanctioned by art. 322^{quinqies} SCC and the accepting of such an undue advantage by art. 322^{sexies} SCC. In addition, art. 322^{septies} SCC criminalizes the active bribery and the passive acceptance of bribes by of foreign public officials. Active

addition, art. 102 SCC regulates the criminal liability of companies in cases where individuals cannot be held accountable due to the poor organization of the company, or in addition to the existing liability of individuals. In addition to the SCC, various bilateral and multilateral instruments on anti-corruption are relevant. Noteworthy are the following three major international conventions to combat corruption, which have been ratified by Switzerland:¹⁷ the United Nations Convention Against Corruption,¹⁸ the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions,¹⁹ and the Council of Europe Criminal Law Convention on Corruption and Additional Protocol.²⁰

B. Duty to investigate corruption investigations

8. Internal investigations are triggered on an *ad hoc* basis by a specific cause and are usually initiated by the companies themselves.²¹ Corruption investigations are initiated following various trigger events, including, for example, adverse audit findings, reports from whistleblowers, or inquiries or subpoenas from authorities like the US Securities and Exchange Commission (SEC) or the US Department of Justice (DOJ).²² Additionally, there are more gradual trigger events of corruption investigations that develop over time, such as an uptick in expenses during bid submissions. Detecting these triggers can also stem from internal controls, such as frequent payments to a single vendor on a given day, insights gleaned from

and passive corruption amongst private individuals is penalized under art. 322^{octies} and art. 322^{novies} SCC.

¹⁷ See the website of the Federal Department of Foreign Affairs (FDFA), available at: <https://www.eda.admin.ch/eda/en/home/foreign-policy/financial-centre-eco-nomy/corruption.html> (last visited on 24.11.2023).

¹⁸ RS 0.311.56.

¹⁹ RS 0.311.21.

²⁰ RS 0.311.55 resp. RS 0.311.551.

²¹ FRITSCHÉ, 3; GÖTZ STAEHELIN, 9; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.4; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHÉ/EYMAN/AMMAN, 162.

²² GÖTZ STAEHELIN, 14 f.; IVELL, HAP Auslöser, N 2.22 ff.

employee exit interviews, contract reviews, risk assessments, or due diligence related to transactions.²³

9. Internal investigations into corruption allegations primarily serve to uncover violations of bribery laws and related offenses such as money laundering and plays a central role in detecting and remedying possible misconduct in companies.²⁴ In this sense, internal investigations are part of a functioning compliance system. Ideally, the internal investigation provides management with an information advantage (e.g., vis-à-vis an authority or civil litigants) that enables the company to proactively and strategically manage the risks identified in the internal investigation.²⁵ In the case of obvious breaches of law or internal regulations, the strategy may be to immediately initiate appropriate corrective action and file a self-report with the goal of bringing the matter to a conclusion as favorably and expeditiously as possible through cooperation.²⁶ Conversely, the investigations may also lead to the conclusion that the allegations are unfounded or unjustified, whereupon the management defines a defense strategy, amongst others.²⁷
10. While there is no explicit statutory provision in Swiss law that would oblige a company to investigate suspicions of bribery violations through an internal investigation,²⁸ the duty to conduct an internal investigation into bribery allegations can indirectly arise from legal provisions that require companies or their management to investigate potential violations of the law and remedy them, along with their root causes.²⁹
11. Importantly, according to art. 716a para. 1 of the Swiss Code of Obligations (CO), the board of directors of a joint-stock company

²³ IVELL, HAP Auslöser, N 2.4 ff.; MRÁZ, 170.

²⁴ GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.4 ff.; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.18.

²⁵ FRITSCHÉ, 6; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.14 ff.; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.19; MÜHLEMANN, Untersuchungen, 17.

²⁶ FRITSCHÉ, 6; GROTH, N 3.3 ff.; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.19.

²⁷ FRITSCHÉ, 6; FRITSCHÉ/STUDER, 168 f.; GÖTZ STAEHELIN, 10 f.; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.19.

²⁸ FRITSCHÉ, 109 ff.; GÖTZ STAEHELIN, 11; GROTH, N 3.16.

²⁹ GÖTZ STAEHELIN, 11; GROTH, N 3.16 ff.

has certain non-transferable and irrevocable duties, including the overall management of the company. This duty requires the board to strategically lead the company³⁰ and implies an obligation for the board to intervene when severe breaches of duties by board members or management become known.³¹ Further, the board must take organizational decisions, which include establishing appropriate corporate governance and ensuring compliance within the company.³² In cases of suspected compliance violations, conducting internal investigations is necessary to enforce or restore compliance, particularly when less extensive investigations are insufficient to clarify the incident.³³

12. Moreover, the company's ingrained duty of care and loyalty mandates that those in positions of responsibility proactively mitigate potential harm to the organization.³⁴ Both the board of directors and any designated third parties³⁵ overseeing company management, are responsible for mitigating potential harm to the organization, in line with the prudence expected of a reasonable individual.³⁶ Specifically, they are obliged to institute an effective internal control system and implement risk management measures aligned with the company's exposure to risks.³⁷ As part of their supervisory duties, the responsible individuals must take note of reports of possible compliance violations, including allegations of corruption, and ask critical questions.³⁸ The emergence of suspicious circumstances typically heightens the requirement for increased vigilance.³⁹ Furthermore, the duty to safeguard the

³⁰ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 716a N 4; OFK OR-CHAPUIS/VON JEINSEN, art. 716a N 3.

³¹ FSC 4C.358/2005 of 12.02.2007, consid. 5.2.1; so already in FSC 114 V 219, consid. 4a; BÖCKLI, § 9 N 372.

³² BSK OR II-WATTER/ROTH-PELLANDA, art. 716a N 12; OFK OR-CHAPUIS/VON JEINSEN, art. 716a N 5.

³³ FRITSCHE, 73; GROTH, N 3.28 ff.

³⁴ Art. 717 para. 1 and art. 328 para. 1 CO; GROTH, N 3.37 f. and N 3.57.

³⁵ Cf. art. 716b para. 1 CO.

³⁶ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 CO N 3; GROTH, N 3.34.

³⁷ FRITSCHE, 170; BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 CO N 13.

³⁸ FSC 114 V 219, consid. 4.

³⁹ FSC 4C.358/2005 of 12.02.2007, consid. 5.2.1; see also GÖTZ STAEHELIN, 13.

company's interests necessitates that the board of directors implements measures to shield the organization from financial losses.⁴⁰ The duty of loyalty, therefore, establishes a commitment to minimizing damage, compelling them to initiate internal investigations as a proactive measure against potential harm to the company.⁴¹

13. In the case of financial institutions, there is a mandatory requirement to report any 'incident that is of substantial importance to the supervision' to the Swiss Financial Market Supervisory Authority (FINMA).⁴² The reporting obligation applies only to incidents for which FINMA is expected to take supervisory measures, i.e., serious financial, personnel, or organizational issues.⁴³ In practice, however, FINMA regularly applies a lower threshold for the reporting obligation, and expects financial institutions to report incidents that are extraordinary from their normal day-to-day business.⁴⁴ Additionally, financial intermediaries are obligated to report well-founded suspicions of money laundering to the Money Laundering Reporting Office of Switzerland (MROS).⁴⁵ Financial institutions and intermediaries often struggle to determine whether a reporting obligation exists. The answer to this question depends on a clear understanding of the specific details in each individual case. If such relevant facts are not readily available in connection with allegations of bribery and associated potential money laundering, it is advisable to conduct internal investigations. This not only eliminates legal uncertainties

⁴⁰ BSK OR II-WATTER/ROTH PELLANDA, art. 717 CO N 17; GROTH, N 3.37.

⁴¹ Art. 717 para. 1 and art. 328 para. 1 CO; GROTH, N 3.38 f. and N 3.57.

⁴² Art. 29 para. 2 FINMASA; FRITSCHÉ/STUDER, 173; GÖTZ STAEHELIN, 11; GROTH, N 3.52.

⁴³ Federal Council Dispatch on the Federal Act on the Swiss Financial Market Supervisory Authority (Financial Market Supervision Act, FINMASA) of 1 February 2006, BBl 2006 2829 ff., 2880; cf. also FSC 2C_929/2017 of 23.04.2018, consid. 2.2.1.

⁴⁴ ROMERIO, N 7.38 f.

⁴⁵ Art. 9 Anti-Money Laundering Act [AMLA]; FRITSCHÉ/STUDER, 170 f.; GÖTZ STAEHELIN, 11.

about possible reporting obligations but also proactively ensures strict compliance with existing legal obligations.⁴⁶

14. The decisive factor, however, is that it is often not Swiss law but foreign law, in particular US law, that determines the need to initiate an internal investigation and is therefore relevant for the decision of the management of a globally active company. For companies doing business in the US or whose shares are listed on US stock exchanges, the FCPA grants wide-ranging US jurisdiction over individuals and companies involved in corruption outside US borders.⁴⁷ Both the DoJ and the SEC, which share enforcement authority for the FCPA's anti-bribery and accounting provisions, place great emphasis on self-disclosure, cooperation, and remediation in determining the appropriate resolution of FCPA matters.⁴⁸ In this sense, Deputy Attorney General Lisa Monaco issued a second memorandum on 'Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies, Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group' on 15 September 2022 (Second Monaco Memo) that applies across all of the DoJ's components, including the Fraud Section, which enforces the FCPA. The memorandum provides new guidance on corporate accountability, emphasizing that the DoJ prosecutors must weigh and appropriately credit voluntary and timely self-disclosures of current or prior misconduct: 'Department policies and procedures must

⁴⁶ GÖTZ STAEHELIN, 11; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.19.

⁴⁷ Based on the current interpretation of the FCPA, a relatively vague US connection is sufficient to establish US jurisdiction, such as the mere use of a US bank account, the execution of transactions in USD, or travel to the USA, cf. Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, 10 f., 36; O'MELVENY & MYERS LLP, 10; LENGAUER/RUCKSTUHL, 9 f.; LUSKIN/JENNINGS, 90.

⁴⁸ Criminal Division of the US Department of Justice and the Enforcement Division of the US Securities and Exchange Commission, A Resource Guide to the US Foreign Corrupt Practices Act, Second Edition, 54: '[...] both DoJ and SEC place a high premium on self-reporting, along with cooperation and remedial efforts, in determining the appropriate resolution of FCPA matters'; US Sentencing Commission, Guidelines Manual 2023, November 2023, Chapter 8, 517 ff.; US Department of Justice, Justice Manual, April 2018, 9-28.300; cf. further GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.59.

ensure that a corporation benefits from its decision to come forward to the Department and voluntarily self-disclose misconduct through resolution under more favorable terms than if the government had learned of the misconduct through other means'.⁴⁹ Likewise, corporations may be eligible to receive corporate credits when engaging in timely and voluntary self-disclosure in the context of SEC or DoJ investigations.⁵⁰ Therefore, companies facing FCPA violations are essentially forced to conduct thorough internal investigations as a proactive approach to cooperation or at least interaction with authorities is necessary to avert prosecution and mitigate potential penalties.⁵¹

15. Methodically, internal investigations must be delineated from more limited analyses, such as straightforward legal assessments:⁵² Companies are often faced with the question of when exactly they need to initiate an internal investigation and when a 'simple' legal analysis is sufficient. While it is imperative to clarify the facts when suspicions of compliance violations arise, the methodological approach to answering the 'how' remains pivotal. The answer lies in the nature of the internal investigation itself: Internal investigations aim at establishing the pertinent facts methodically and systematically, often employing forensic techniques. This process typically involves conducting interviews and analyzing

⁴⁹ Second Monaco Memo, 6 f.; see also the speech of Assistant Attorney General KENNETH A. POLITE JR. on 17 January, 2023 concerning the DoJ's new voluntary self-disclosure policy, available at: <https://www.justice.gov/opa/speech/assistant-attorney-general-kenneth-polite-jr-delivers-remarks-georgetown-university-law> (last visited on 24.11.2023).

⁵⁰ SEC Division of Enforcement, Enforcement Manual of 28 November 2017, 76 f., 95 ff.; speech of SEC's Division Enforcement Director GURBIR S. GREWAL of 12 May, 2022, available at: <https://www.sec.gov/news/speech/grewal-remarks-securities-enforcement-forum-west-051222> (last visited on 24.11.2023); cf. also SEC Report of Investigation Pursuant to Section 21(a) of the Securities Exchange Act of 1934 and Commission Statement on the Relationship of Cooperation to Agency Enforcement Decisions, SEC Rel. Nos. 34-44696 and AAER-1470, 2001, available at: <https://www.sec.gov/litigation/investreport/34-44969.htm> (last visited on 24.11.2023).

⁵¹ FRITSCHÉ, 13 ff.; GÖTZ STAEHELIN, 11; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.58 f.

⁵² FRITSCHÉ, 3; ROMERIO/BAZZANI/GROTH, 11.

available documents and communications, including but not limited to emails.⁵³ Internal investigations transcend mere fact-finding and legal assessments. Their conduct goes beyond routine legal opinions, encompassing a more comprehensive approach that involves thorough examination and analysis to uncover a broader spectrum of implications and potential ramifications. Therefore, the company must initiate an internal investigation if the investigation of the facts relating to allegations of bribery requires a systematic, methodical, or forensic approach, which is often the case.⁵⁴

16. Apart from the above-mentioned obligations to initiate internal investigations in cases of suspected corruption, there are often strategic reasons for conducting internal investigations in cases of suspected corruption. Avoiding reputational damage is a regular concern when allegations of corruption arise.⁵⁵ The systematic investigation of potential violations signals integrity to the outside world and documents a commitment to corporate governance and corporate responsibility. This aspect is particularly important for public companies and those operating in highly regulated markets, including, e.g., pharmaceutical companies, banks, or insurance companies.⁵⁶ In addition, internal investigations help raise awareness of integrity and ensure compliance with legal obligations. This investigative purpose gains particular importance when addressing potential compliance violations by the board or management, as the compliance culture demonstrated by the board usually reverberates throughout the organization (“tone from the top”).⁵⁷

⁵³ FRITSCHKE, 3; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.3; ZULAUF/WYSS/TANNER/KÄHR/FRITSCHKE/EYMAN/AMMAN, 162.

⁵⁴ FRITSCHKE, 5 ff.; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Interne Untersuchungen, N 4.1 ff.; GROTH, N 3.4.

⁵⁵ FRITSCHKE, 45 f.; SCHENKER, 45.

⁵⁶ FRITSCHKE, 48; GÖTZ STAEHELIN, 11; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.32.

⁵⁷ FRITSCHKE, 6; GÖTZ STAEHELIN, 11; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.31; IVELL, HAP Begriff und Zweck, N 1.19.

C. Challenges of cross-border corruption investigations

17. In recent years, the landscape of cross-border investigations, including corruption investigations, has become increasingly complex and poses several challenges, particularly for multinational companies. This complexity arises partly from practical challenges and partly from conflicts between different legal systems in cross-border investigations.

1. Complexity due to large amounts of data

18. From a practical point of view, a special aspect of cross-border investigations is the enormous amount of data. Globally operating companies are not only active worldwide but also have data or files archived worldwide. Dealing with this information requires complex analysis, which in turn affects the complexity, costs, and speed of internal investigations.⁵⁸
19. In recent years, the adoption of artificial intelligence (AI), i.e., in particular the use of Technology Assisted Review (TAR), has eased these challenges by enabling much faster data analysis. In addition to the efficiency gains from AI, the use of AI also contributes to compliance with the principle of proportionality in Swiss data protection law.⁵⁹ This is achieved by substantially reducing the volume of data that would otherwise be manually scrutinized by individuals.⁶⁰ The recent advent of generative AI suggests imminent changes that promise to further simplify internal investigations.

2. Clashes between different legal systems and cultures

20. As discussed above, subject to certain conditions, the FCPA grants broad US jurisdiction over individuals and entities involved in corruption outside of the US to companies operating in the US or

⁵⁸ GÖTZ STAEHELIN, 32; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Interne Untersuchung, N 5.68.

⁵⁹ Art. 6 para. 2 Data Protection Act (FADP); FRITSCHÉ, 217 f.

⁵⁹ FSC 114 V 219, consid. 4.

⁶⁰ BÜHLER/DAL MOLIN, N 9.110 f.; GÖTZ STAEHELIN, 31, 34.

whose shares are listed on US stock exchanges.⁶¹ Consequently, multinational corporations routinely face the challenge of probing corruption allegations abroad while navigating the complex web of local laws and national rules for conducting internal investigations.

21. This complexity frequently leads to conflicts between different legal systems and cultural norms, and the interplay between the various legal systems means that companies often find themselves in a tricky situation in which they must maneuver their way through conflicting legal obligations, demands, and interests. Countries with a historically high risk of corruption, like China, have implemented significant data protection laws in recent years. The Data Security Law of the People's Republic of China (DSL),⁶² effective from 1st September 2021, is the fundamental law for data security in China. Art. 36 DSL provides that all data stored within China shall not be provided to foreign legal or enforcement authorities unless approval is obtained from competent Chinese authorities. Moreover, China's Personal Information Protection Law (PIPL), effective from 1 November 2021, not only empowers data subjects to control how their personal data is shared, analyzed, or processed but also includes stringent provisions for the cross-border transfer of such data.⁶³ These regulations present hurdles for anti-corruption investigations.
22. Cross-border investigations involving Swiss multinationals are regularly confronted with complications arising from the clash of different legal frameworks, which are influenced by Swiss national sovereignty rules (art. 271 SCC), data protection (cf. Federal Act on Data Protection [FADP]), and the safeguarding of confidential information (art. 273 and 162 SCC, art. 47 Swiss Banking Act [BA]). Pursuant to art. 271 para. 1 SCC, any person who carries out or facilitates activities on behalf of a foreign state or a foreign party or

⁶¹ Cf. *supra* N 13.

⁶² Cf. http://en.npc.gov.cn.cdurl.cn/2021-06/10/c_689311_2.htm (last visited on 24.11.2023).

⁶³ See for further information <https://personalinformationprotectionlaw.com> (last visited on 24.11.2023).

organization on Swiss territory without lawful authorization,⁶⁴ where such activities are the responsibility of a public authority or public official, shall be liable to prosecution. The purpose of art. 271 SCC is to defend attacks on Switzerland's territorial sovereignty and to safeguard its independence, meaning that the exercise of the state monopoly on the use of force on Swiss territory is reserved to the local authorities.⁶⁵ The Swiss legislator aims, in particular, to prevent the circumvention of the provisions on administrative and legal assistance.⁶⁶ Sharing documents with foreign authorities⁶⁷ and conducting employee interviews⁶⁸ in the context of an internal investigation may fall under the purview of art. 271 SCC, leading to significant hurdles for globally operating companies.⁶⁹

23. In principle, art. 271 SCC only criminalizes acts that are official in nature.⁷⁰ However, the boundary between permissible and criminally relevant conduct is often unclear and has generated considerable legal uncertainty.⁷¹ The Federal Criminal Court (FCC) held that, in view of art. 271 SCC a party is entitled to collect its

⁶⁴ An act is deemed authorized if permitted under the law (e.g., art. 42c para. 1 FINMASA), under a treaty (e.g., Cooperation Agreement in Competition Matters between Switzerland and the EU) or pursuant to a decision/authorization of the Swiss state.

⁶⁵ FCC CA.2022.19 of 12.12.2022, consid. 1.2.2; FSC 148 IV 66, consid. 1.4.1; BSK StGB II-HUSMANN, art. 271 N 6; PK StGB-TRECHSEL/VEST, art. 271 N 1.

⁶⁶ FCC CA.2022.19 of 12.12.2022, consid. 1.2.2; FCC CA.2022.1 of 06.10.2022, consid. 1.2.2; FSC 148 IV 66, consid. 1.4.1 s; FCC CA.2019.6 of 05.12.2019, consid. 1.1.1.2; FCC RR.2015.196 of 18.11.2015, consid. 2.2 and consid. 11.3; BSK StGB II-HUSMANN, art. 271 N 8 f.

⁶⁷ Cf. FSC 148 IV 66, consid. 1.4.2; FCC SK.2017.64 of 09.05.2018, consid. 4.2.1.

⁶⁸ FRITSCHÉ, 227; GÖTZ STAEHELIN, 38.

⁶⁹ GÖTZ STAEHELIN, 38.

⁷⁰ FCC CA.2019.6 of 05.12.2019, consid. 1.1.1.2; FSC 6B_804/2018 of 04.12.2018, consid. 3; FSC 114 IV 128, consid. 2b; BSK StGB II-HUSMANN, art. 271 N 23.

⁷¹ The latest published case law of the Swiss Supreme Court indicates that the decisive factor is whether the relevant documents and information are freely available. Free availability depends on whether non-public, identifying information about third parties is available, cf. FSC 148 IV 66, consid. 1.4.2. This broad interpretation of art. 271 para. 1 SCC by the FSC has generated a certain level of legal uncertainty, cf. FISCHER/HONDIUS, N 8; LÄNZLINGER/ATHANAS, 788; MÜLLER/DELLI COLLI/BRÜTSCH, 117 ff. See also FRITSCHÉ, 350 f.; GÖTZ STAEHELIN, 38.

own information, e.g., by conducting an internal investigation, if such collection of information would be lawful for the purposes of Swiss proceedings and as long as such party collects information over which it has the legal authority to freely dispose.⁷² However, a lawful collection of information does not turn into an offense under art. 271 SCC by the mere fact that the information collected is subsequently used unlawfully in foreign proceedings. The act is criminally liable from the outset if it satisfies the form of an official collection of evidence, e.g., if private persons act like a court, and if the subsequent use of the information in foreign proceedings is intended or at least anticipated at the time of collection.⁷³ Therefore, when foreign enforcement authorities seek materials or information within Switzerland, companies frequently encounter a difficult risk assessment: either comply with the request, potentially violating Swiss law, or put their valuable cooperation credit at risk.

24. Companies that walk the fine line between fulfilling requests from foreign authorities and complying with Swiss law should proactively adopt a strategic stance from the outset. First, if Swiss law prevents the fulfillment of a request, effective and transparent communication with the authorities is essential. Anyhow, this is normally a prerequisite for a cooperation credit when dealing with the DoJ.⁷⁴ Further, it is important to realize that a compulsory request, which contains the threat of sanctions that are not of a procedural nature (such as a document subpoena), may trigger Switzerland's blocking statutes, while a voluntary request⁷⁵, depending on the specific circumstances, may lower the risk of art. 271 SCC restrictions. This should also be considered when communicating with foreign authorities. In practice, companies

⁷² FCC SK.2017.64 of 09.05.2018, consid. 4.2.1; see also BAZZANI/FERRARI-VISCA, N 17.43.

⁷³ FSC 148 IV 66, consid. 1.4; BAZZANI/FERRARI-VISCA, N 17.55 ff.

⁷⁴ Cf. Global Investigations Review, Navigating cross-border investigations involving Switzerland of 12 July 2019, available at: <https://www.gibsondunn.com/wp-content/uploads/2019/07/Warin-Smith-Schueemann-Navigating-cross-border-investigations-involving-Switzerland-Global-Investigations-Review-7-12-2019.pdf> (last visited on 24.11.2023).

⁷⁵ This refers to a request which does not lead to criminal sanctions in the event of non-compliance and thus allows for voluntary cooperation.

may consider several options, including whether requests from foreign authorities can be satisfied with duplicate documents from another jurisdiction, which could circumvent the restrictions of art. 271 SCC. Equally, sharing relevant documents from within the US may be a viable option.⁷⁶

3. Parallel investigations and cooperation amongst authorities

25. In practice, it is not uncommon for enforcement authorities in different countries to initiate criminal proceedings against the same company.
26. In so doing, they generally cooperate in order that the company is fairly sanctioned, i.e., that it is not sanctioned several times for the same behavior. Although this coordination is often efficient, there have been instances where it has been less effective.
27. In such circumstances, especially when proceedings are not conducted simultaneously, it happens that companies end up paying significant amounts to different enforcement authorities. Such a situation is obviously suboptimal and could dissuade a company from entering into a Deferred Prosecution Agreement (DPA)⁷⁷ with an enforcement authority. Therefore, it is crucial that enforcement authorities timely coordinate their efforts upon identifying international ramifications. Corollary, when negotiating for the company, the company and its counsel should anticipate the possibility that another enforcement authority might start other proceedings and find a way to ensure that the company is not punished twice – or even more – for the same behavior.

⁷⁶ According to art. 271 SCC, the offense must be committed ‘on Swiss territory’. This means that purely foreign acts are not covered by art. 271 SCC, i.e., an offense under art. 271 SCC can be avoided by transferring (all) relevant acts out of Switzerland, cf. FCC CA.2022.1 of 06.10.2022, consid. 1.2.3; FCC 148 IV 66, consid. 1.4.1 ff.; FCC CA.2019.6 of 05.12.2019, consid. 1.1.1.5; FCC RR.2008.110 of 02.06.2008, consid. 2.5; BSK StGB II-HUSMANN, art. 271 N 72.

⁷⁷ Cf. N 33 ff.

III. Disclosure of corruption allegations

A. Self-disclosure in Switzerland

28. In Switzerland, neither companies nor their responsible individuals are directly obligated to self-disclose.⁷⁸ According to publicly available information, only one Swiss company has so far submitted a voluntary disclosure to the OAG for bribery of foreign public officials within the meaning of art. 322^{septies} SCC. In its Summary Penalty Order, the OAG took account of the company's voluntary disclosure, the provision of self-incriminating findings from the internal investigation, and the comprehensive cooperation and adaptation to the compliance management system, which led to a significant reduction in the penalty. As a result, the fine was symbolically set at CHF 1, with compensation claims totaling CHF 35 million.⁷⁹
29. If a company has identified bribery during an internal investigation, management must ask itself whether it is in the best interests of the company to voluntarily self-disclose. If the answer is affirmative, the company should proceed with self-disclosure to protect its interests.⁸⁰ In making this determination, several legal, economic, and strategic factors must be considered, including the following: One of the most important advantages that can be achieved for the company through cooperative behavior is the reduction of the risk of becoming subject to invasive coercive measures. In addition, cooperation can lead to a considerable acceleration of proceedings, especially in international cases where evidence would otherwise have to be gathered by means of lengthy mutual legal assistance proceedings. Moreover, self-disclosure, coupled with subsequent cooperation with the authorities, can have a positive impact on the assessment of penalties, making it a strategic consideration for

⁷⁸ BURCKHARDT, N 16.68; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.52.

⁷⁹ Cf. Summary Penalty Order of the OAG, 23.03.2017, SV.15.0584-MAD and confirmatory ruling of the FSC 6B_233/2018 and 6B_236/2018 of 07.12.2018.

⁸⁰ BURCKHARDT, N 16.68; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.51.

companies in certain situations.⁸¹ The ‘penalty discount’ that could be achieved in this way can be greater the more intensive the cooperation was and the earlier it started. Finally, cooperative behavior is a prerequisite for a shortened procedure based on an amicable conclusion to the proceedings.⁸²

30. On the other hand, self-disclosure is associated with various consequential risks that must be weighed against the advantages of self-disclosure. Such risks include asset confiscation, fines that can reach up to CHF 5 million in the event of a company’s conviction,⁸³ personal liability for individuals, the peril of reputational damage to the company, as well as the prospect of follow-on administrative and civil proceedings.⁸⁴ Amongst these risks, the confiscation of assets pursuant to art. 71 SCC stands out as the most substantial financial risk, particularly due to its lack of an upper limit. Also, self-disclosure may lead to unexpected and business-disrupting investigative actions by the authorities.⁸⁵ However, if it is to be expected that criminal proceedings will inevitably be initiated, the company can often exert a certain influence on the course of the proceedings through strategic cooperation with the authorities and using the information obtained during an internal investigation.⁸⁶
31. Overall, voluntary disclosure is likely to remain the exception in Switzerland as long as no alternative mechanisms for procedural settlement offer compelling incentives for cooperation. Additionally, the persistence of a scenario where confirmed suspicions invariably lead to convictions further diminishes the attractiveness of voluntary disclosure.⁸⁷ This situation is obviously unsatisfactory. Considering the unpredictability of the outcomes of

⁸¹ BURCKHARDT, N 16.96; NADELHOFER/EL-HAKIM, N 10.

⁸² BURCKHARDT, N 16.96.

⁸³ Cf. art. 102 para. 1 SCC.

⁸⁴ GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.52; NADELHOFER/EL-HAKIM, N 30 f.

⁸⁵ LEHMKUHL/WOHLERS, 12; MÜHLEMANN, Strafbefehl, 85.

⁸⁶ BURCKHARDT, N 16.96.

⁸⁷ BURCKHARDT, N 16.69.

self-reporting,⁸⁸ many companies understandably prefer to adopt a strategy of ‘wait and see’ rather than try to cooperate with the enforcement authorities and receive an unsatisfactory sanction.

B. Self-disclosure in the US

32. The situation just described is completely different in many countries, including the US. While US law does not explicitly require companies to self-disclose, the regulatory framework significantly pressures them to do so voluntarily. Concealing an offense, if known by a company, may carry serious criminal consequences. Hence, the strategic consideration of self-disclosure becomes imperative to navigate and potentially mitigate such legal repercussions.⁸⁹
33. Against this background, the US criminal justice system employs a range of mechanisms to encourage corporate cooperation through so-called pretrial diversion agreements, including Non-Prosecution Agreements (NPAs), which entail suspending charges under specific conditions, and DPAs, which involve filing charges conditionally.⁹⁰ Specifically, DPAs are voluntary settlements between the prosecuting authority and the company that may have committed an offence.⁹¹

⁸⁸ Unlike in the US, in the UK, or in France, the Swiss legislation does not give any guarantee on the nature and the extend of the sanction that the company will face if it cooperates.

⁸⁹ STEVENS/CHAN, 235; United States v. Carabello-Rodriguez, 480 F.3d 62 (1st Cir. 2007); United States v. White Eagle, 721 F3d 1108 (9th Cir. 2007); cf. also US Department of Justice, Justice Manual, April 2018, 9-28.

⁹⁰ FORSTER, 36; NADELHOFER/EL-HAKIM, N 7; US Department of Justice, Justice Manual, April 2018, 9-28.700.

⁹¹ BERNASCONI ANDREAS, Deferred Prosecution Agreements as magic enforcement tool?, 3, available at: <https://lawded.ch/wp-content/uploads/2020/07/Deferred-prosecution-agreements-as-magic-enforcement-tool.pdf> (last visited on 24.11.2023); BURCKHARDT, N 16.249.

34. A recent study by the US DoJ found that the number of corporate convictions has declined over the past decade.⁹² In response to this, the DoJ introduced the ‘Criminal Division Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy’ of 17 January 2023 and the ‘United States Attorneys’ Offices Voluntary Self-Disclosure Policy’ of 22 February 2023 offering additional incentives for corporations to disclose potential criminal wrongdoing and cooperate in investigations. According to these policies, legal and compliance departments must be prepared to promptly self-disclose and should have established protocols for swiftly investigating allegations of misconduct.⁹³
35. In a DPA, the company commits itself to further cooperation with the authority and to extensive reforms. This includes, for example, conducting an internal investigation, handing over required evidence, commonly known as self-disclosure, implementing internal reforms to prevent future misconduct, dismissing responsible employees, terminating certain business relationships, or submitting to a monitorship.⁹⁴ In addition, the company concerned must unconditionally acknowledge the facts established in the proceedings, which become part of the agreement in the form of a ‘Statement of Facts’. Finally, the DPAs also regulate the obligation to pay a fine, damages, or compensation, as well as the surrender of the profit generated by the misconduct. In return for these concessions, the prosecuting authority suspends the criminal proceedings or charges against the accused company. If the company fulfills the agreed obligations within an agreed probationary period, the prosecution is discontinued, and there will be no conviction. If, on the other hand, the agreed obligations are

⁹² United States Sentencing Commission, *The Organizational Sentencing Guidelines, Thirty Years of Innovation and Influence*, Figure 1. Number of Organizational Offenders Fiscal Years 1992–2021.

⁹³ 9-47.120 – Criminal Division Corporate Enforcement and Voluntary Self-Disclosure Policy of 17 January 2023; United States Attorneys’ Offices Voluntary Self-Disclosure Policy of 22 February 2023. Both followed the Monaco Memoranda (Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies, 15 September 2022).

⁹⁴ BERNASCONI (Fn. 94), 3; BURCKHARDT, N 16.249; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.56.

not fulfilled or not fulfilled properly, the prosecution can be resumed and the accused company can be convicted, whereby the company typically remains bound by the Statements of Facts made in the DPA.⁹⁵ The threat of severe punishments and a credit system for assessing corporate misconduct effectively compel companies to cooperate, explaining the widespread use of these agreements.⁹⁶ Additionally, DPAs are often in the best interests of the company, because a DPA does not only reduce legal uncertainty, but it also saves a corporation from formal conviction that would lead to damage of the reputation and may diminish the confidence of investors.⁹⁷

IV. Resolution of corruption cases with Swiss authorities

A. Lack of legal framework for DPA in Switzerland

36. Unlike countries such as the US, Switzerland does not currently have the legal framework to apply a DPA mechanism. Under Swiss law, the termination of criminal investigations against companies is contingent upon specific conditions delineated in art. 319 of the Swiss Criminal Procedure Code (CrimPC). These conditions include the absence of a substantiated suspicion of a criminal offense, the non-fulfillment of criminal misconduct, or the possibility of reparation within the meaning of art. 53 SCC. Art. 53 SCC grants the authorities the possibility to cease criminal investigations, referred to as ‘grounds for exemption from punishment.’ This is possible, for example, if the company has made reparation payments for the loss, damage, or injury caused by the offense. In addition, the discontinuation of proceedings depends on whether there is a low public interest in prosecuting the offender and whether the offender must admit the offence. Such closure of the case is equivalent to an acquittal. In the absence of such

⁹⁵ BERNASCONI (FN. 94), 3; BURCKHARDT, N 16.249.

⁹⁶ GODENZI, 176.

⁹⁷ FRITSCHÉ, 48; GÖTZ STAEHELIN, 11; GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance, N 4.32.

statutory grounds for discontinuation, Swiss authorities are obligated to issue a Summary Penalty Order or file formal charges.

37. In a 2018 OECD report on Switzerland's compliance with the Anti-Bribery Convention, the importance of alternative prosecution methods was acknowledged, provided they guarantee the predictability, transparency, and publicity of criminal proceedings.⁹⁸ The report recommended that Switzerland refrain from using art. 53 SCC in foreign bribery cases to maintain a fair and transparent legal process.⁹⁹ In line with the OECD's recommendations, the OAG, in its 2017 Annual Report, announced its decision to disallow reparation payments to avoid penalties in criminal investigations involving multinational corporations.¹⁰⁰ The OAG argued that art. 53 SCC, which diminishes the importance of public interest in prosecution, was incompatible with foreign bribery cases.¹⁰¹ As a result, multinational companies can be convicted without allowing for reparation payments pursuant to art. 53 SCC.¹⁰² This is questionable insofar as art. 53 SCC neither precludes internationally operating companies from making reparation payments nor provides for a selective preclusion of certain companies from this option. Hence, the OAG's contrary practice of not judging cases individually pursuant to the prerequisites of art. 53 SCC can be considered arbitrary.¹⁰³ Interestingly, cantonal enforcement authorities, in particular

⁹⁸ Phase 4 Report on Switzerland by the OECD Working Group on Bribery, N 80 f., available at: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Switzerland-Phase-4-Report-ENG.pdf> (last visited on 24.11.2023).

⁹⁹ Phase 4 Report on Switzerland by the OECD Working Group on Bribery, N 80 f., available at: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Switzerland-Phase-4-Report-ENG.pdf> (last visited on 24.11.2023).

¹⁰⁰ Annual Report of the Office of the Attorney General of Switzerland on its activities in 2017 for the attention of the supervisory authority, N 4.43, available at: <https://www.bundesanwalt.ch/mpc/en/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (last visited on 24.11.2023).

¹⁰¹ WERNLI/CARLSON-BURKART, N 9.

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ WERNLI/CARLSON-BURKART (cf. n. 13).

Geneva, still use art. 53 SCC in certain cases to terminate foreign bribery cases.¹⁰⁴

38. The outcome of a conviction entails both a fine and the forfeiture of unlawfully acquired profits (see above, N 2 f. and 28 ff.). Whether a company is convicted or acquitted significantly influences various aspects, such as its eligibility for public contracts, potential exclusion from public procurement opportunities for several years, access to more favorable financing terms, an improved credit rating, and a bolstered reputation. These factors underscore the company's strong incentive to resolve a criminal investigation without a conviction. As a result, a company may often opt to pay compensation, even if it equals or exceeds the total amount of the fine and compensation claim.

B. The 2018 revision of the CPC: proposal for a Swiss DPA

39. As part of the revision of the CrimPC, the OAG presented a proposal in March 2018, possibly based on the OECD's recommendations, which recognize that law enforcement authorities must deal with cases of foreign bribery in a straightforward and efficient manner.¹⁰⁵ It suggested that Switzerland consider introducing an alternative procedure that builds on existing procedures but sets out a strict framework. This procedure would allow for the imposition of effective, proportionate, and dissuasive sanctions while ensuring predictability and transparency, especially in cases of white-collar crime and foreign bribery.¹⁰⁶
40. The OAG's proposal aimed to introduce art. 318^{bis} to the CrimPC, drawing inspiration from legal concepts employed abroad, akin to

¹⁰⁴ See MANSOUR FATI, Une dose de pragmatisme pour clore l'affaire Addax, in: *Le Temps*, 05.07.2017, available at: <https://www.letemps.ch/economie/une-dose-pragmatisme-clore-laffaire-addax> (last visited on 24.11.2023).

¹⁰⁵ Annual Report of the Office of the Attorney General of Switzerland on its activities in 2018 for the attention of the supervisory authority, N 4.41, available at: <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/en/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (last visited on 24.11.2023).

¹⁰⁶ Cf. BURCKHARDT, N 16.258.

DPA's.¹⁰⁷ The key idea behind the proposal was to defer criminal proceedings against companies under certain conditions. According to the proposal, the involved company would actively participate in the investigation, helping determine the pertinent facts, and subsequently enter into an agreement with the prosecutor.¹⁰⁸ This agreement would typically encompass the company's acknowledgment of the relevant facts, payment of fines, asset confiscation and compensation procedures, rectification of organizational deficiencies, a trial period of two to five years, and the installation of a monitor.¹⁰⁹ If the company fulfilled the terms of the agreement, the proceedings would be terminated; if not, charges would be pressed.¹¹⁰

41. However, when the Federal Council presented its draft of the CrimPC in August 2019, the proposal was not included. Rather, the Federal Council cited concerns that the proposed regulation could introduce inconsistencies and raised questions. The Federal Council highlighted several issues with the proposal, specifically:¹¹¹

- The already strong position of the public prosecutor's office could be further strengthened without adequate review or control mechanisms, such as judicial authorization or legal remedies.
- The proposed system could lead to inconsistencies in criminal law, as offenses would not necessarily lead to prosecution but could instead be resolved through a 'buy out' of the proceedings.

¹⁰⁷ LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 21 f.

¹⁰⁸ BURCKHARDT, N 16.258; LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 21 f.

¹⁰⁹ Committee for Legal Affairs of the Council of States, amendment of the Code of Criminal Procedure, BBl 2019 6697 ff., 6722 f.

¹¹⁰ Annual Report of the Office of the Attorney General of Switzerland on its activities in 2018 for the attention of the supervisory authority, N 4.41, available at: <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/en/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (last visited on 24.11.2023).

¹¹¹ Committee for Legal Affairs of the Council of States, amendment of the Code of Criminal Procedure, BBl 2019 6697 ff., 6722 f.

- Sentencing a company to a fine without a guilty verdict would deviate from the existing legal framework.
 - Agreements between the defendant and the prosecution on sanctions, collateral consequences, and civil claims could be reached without a judicial review of their appropriateness.
 - There were concerns about what happens to information that the company discloses to law enforcement authorities if criminal charges are raised against the company later.
42. Even if this criticism seems at least partially justified, all these concerns could have been addressed by making certain adjustments instead of rejecting the proposal outright. It is important that the discussion about a DPA in Switzerland emphasizes the essential requirements for such a proposal, not least because many of these requirements are already included in the DPA regulations of other countries (e.g., France and the UK).¹¹² The requirements include the need for a judicial review of the agreement between the company and the OAG. In addition, a robust system of fines should be in place to adequately compensate for the company's avoidance of a criminal conviction through a negotiated agreement.¹¹³ It is also recommended that affected parties be involved in the process wherever possible to take their interests into account.¹¹⁴ In this way, civil claims can become part of the agreement if possible. The undertakings, assurances, and documents submitted by the company under the DPA should not be admissible in the context

¹¹² Art. 22 of Law no. 2016-1691 of 9 December 2016 on Transparency, Fighting Corruption, and Modernising Economic Life (Sapin 2 Law) introduced a procedure called 'Convention judiciaire d'intérêt public' ('CJIP'), a French version of the deferred prosecution agreement (DPA), available at: https://www.legifrance.gouv.fr/loda/id/JORFTEXT000033558528?init=true&page=1&query=2016-1691+du+9+decembre&searchField=ALL&tab_selection=all (last visited on 24.11.2023). In the UK, DPAs were introduced on 24 February 2014, under the provisions of Schedule 17 of the Crime and Courts Act 2013, available at: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2013/22/contents> (last visited on 24.11.2023).

¹¹³ Committee for Legal Affairs of the Council of States, amendment of the Code of Criminal Procedure, BBl 2019 6697 ff., 6723.

¹¹⁴ LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 26 f.

of a new prosecution if the DPA is not honored or fulfilled during the trial period.¹¹⁵

43. Furthermore, it is essential to consider the possibility to extend the DPA's effects to involved individuals as this can help mitigate the risk of companies sacrificing their employees to secure an agreement.¹¹⁶

V. Conclusion and outlook

44. The implementation of a DPA in Switzerland would come with several notable advantages. Firstly, it has the potential to enhance cooperation between the OAG and companies when investigating crimes, leading to significant savings in time and resources. Secondly, a conviction can have far-reaching consequences for a company, affecting its reputation, stock prices, access to public markets, regulatory engagements, and more. Companies would benefit from the introduction of a DPA because it would address the current uncertainty they face and provide them with much-needed predictability, allowing them to look ahead with more serenity. Moreover, it seems essential to consider provisions that extend the effects of the DPA to individuals involved, reducing the risk that companies sacrifice their employees in reaching an agreement with the authorities.
45. Furthermore, the adoption of a DPA would align Switzerland with international standards for combating corruption and money laundering, making cooperation with foreign jurisdictions more seamless. As a member of the OECD, Switzerland is obligated to adhere to the 2021 Council Recommendation, which emphasizes the need for 'out-of-court' arrangements to facilitate effective solutions.

¹¹⁵ WERNLI/CARLSON-BURKART, N 16; Committee for Legal Affairs of the Council of States, amendment of the Code of Criminal Procedure, BBl 2019 6697 ff., 6722 f.

¹¹⁶ In Brazil, there are so-called Collaboration agreements, which are mainly regulated by the Criminal Organization Act (Law no. 12.850 of 02.08.2013), available at: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2013/Lei/L12850.htm (last visited on 24.11.2023).

46. In view of these advantages, it is to be hoped that Switzerland will soon adopt the DPA concept. This step is crucial for Switzerland to maintain its commitment to fighting corporate crime on a global scale. It also provides the authorities, all parties, and the companies involved with an efficient, predictable, and cost-effective means to resolve disputes. To achieve this objective and convince the government authorities that action is needed, it seems necessary that the main actors of the collar crime scene in Switzerland, i.e., enforcement authorities and lawyers' associations, work together in a new project that will hopefully lead the Swiss legislator to amend the CrimPC. With this in mind, we are delighted to see that the white-collar crime lawyers are continuing to advocate for the introduction of DPAs in Switzerland.¹¹⁷

¹¹⁷ Cf. BLOCH/GSTOEHL/WEBER, *Strafbarkeit von Unternehmen reformieren*, in: *Neue Zürcher Zeitung*, 15.11.2023, 19; LEMBO/CARRUPT, *Justice pénale transactionnelle: la Suisse doit se mettre à la page*, in: *Le Temps*, 08.03.2023, available at: <https://www.letemps.ch/opinions/debats/justice-penale-transactionnelle-suisse-se-mettre-page#:~:text=La%20justice%20p%C3%A9nale%20suisse%20ne,de%20la%20poursuite%20p%C3%A9nale%20suisse>. (last visited on 24.11.2023); MANSOUR FATI, *La justice suisse en manque d'outils pour régler les grosses affaires de corruption*, in: *Le Temps*, 17.02.2023, available at: <https://www.letemps.ch/economie/justice-suisse-manque-doutils-regler-grosses-affaires-corruption> (last visited on 24.11.2023).

Bibliography

BAZZANI CLAUDIO/FERRARI-VISCA RETO, § 17 Rechtliche Rahmenbedingungen der direkten Kooperation mit ausländischen Behörden, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 17.1 ff.

BÖCKLI PETER, Schweizer Aktienrecht, 5th ed., Zurich 2022

BÜHLER DANIEL/DAL MOLIN GREGOR, § 9 Beschaffung und Auswertung von Daten internen Untersuchungen, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 9.1 ff.

BURCKHARDT PETER, § 16 Kooperation mit Strafverfolgungsbehörden, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 16.1 ff.

FISCHER PHILIPP/HONDIUS DEBORAH, Article 271 (1) of the Swiss Criminal Code: Myth or Reality? A Summary of the Practical Implications of this Swiss Statutory Provision in the Context of Civil Proceedings Pending Outside of Switzerland, Jusletter from April 4, 2022

FORSTER MATTHIAS, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben – ‘Pretrial Diversion’-Vereinbarungen im US-amerikanischen Unternehmensstrafrecht, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2008, 31 ff.

FRITSCHÉ CLAUDIA M., Interne Untersuchungen in der Schweiz: Ein Handbuch für Unternehmen mit besonderem Fokus auf Finanzinstitute, 2nd ed., Zurich/St. Gall 2021

FRITSCHÉ CLAUDIA M./STUDER NADINE, Arbeitsprodukte interner Untersuchungen: Herausgabepflichten gemäss den wichtigsten Prozessordnungen, Aktuelle Juristische Praxis (AJP) 2018, 168 ff.

GODENZI GUNHILD, Korruptionaufklärung durch Unternehmen – ein Fluchtweg ins Dunkelfeld, in: Ackermann/Wohlens (eds.), Korruption in Staat und Wirtschaft: 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich/Basel/Geneva 2010, 169 ff.

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA, Unternehmensinterne Untersuchungen, Zurich/Basel/Geneva 2019

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/BRUPBACHER OLIVER M., § 4 *Governance* einer internen Untersuchung, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 4.1 ff. (cit. GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Governance)

GÖTZ STAEHELIN CLAUDIA/BRUPBACHER OLIVER M., § 5 Planung, Durchführung und Nachbearbeitung einer internen Untersuchung, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 5.1 ff. (cit. GÖTZ STAEHELIN/BRUPBACHER, HAP Interne Untersuchung)

GROTH STEPHAN, § 3 Recht und Pflicht zur Durchführung einer internen Untersuchung, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 3.1 ff.

IVELL KATRIN, § 1 Begriff und Zweck der internen Untersuchung, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 1.1 ff. (cit. IVELL, HAP Begriff und Zweck)

IVELL KATRIN, § 2 Auslöser von internen Untersuchungen, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen, Basel 2022, N 2.1 ff. (cit. IVELL, HAP Auslöser)

KREN KOSTKIEWICZ JOLANTA/AMSTUTZ MARC/WOLF STEPHAN/FANKHAUSER ROLAND (eds.), Orell Füssli Kommentar, Kommentar zum Schweizerischen Obligationenrecht, 4th ed., Zurich 2022 (cit. OFK OR-AUTOR)

LÄNZLINGER ANDREAS D./ATHANAS MARTINA, Direktübermittlung von Unterlagen und Informationen im Rahmen von ausländischen Zivilverfahren, Schweizerische Juristen Zeitung (SJZ) 2022, 784 ff.

LAUBER MICHEL/MEDVED ALEXANDER/PORTMANN MATTHIAS, Straffung von Wirtschaftsstrafverfahren gegen Unternehmen, in: Ackermann/Hilf (eds.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, 10. Schweizerische Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, EIZ – Europa Institut Zürich, Zurich 2019, 7 ff.

LEHMKUHL MARIANNE JOHANNA/WOHLERS WOLFGANG, Materielle rechtliche und prozessuale Probleme der Strafbarkeit von Verbänden und Unternehmen – einleitende Bemerkungen zur

Vermessung des Problems, in: Lehmkuhl/Wohlers (eds.), Unternehmensstrafrecht, Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte, Basel 2020, 1 ff.

LENGNAUER DANIEL/RUCKSTUHL LEA, Compliance, Recht für die Praxis, Zurich 2017

LUKSIN ROBERT/JENNINGS LUCY, Foreign corrupt practices in US law, RDIA no. 1 2018/89

MCGEE ROBERT W./ZHOU EDWARD, How Prevalent Is Bribery? A Ranking of 52 Countries, in: McGee/Benk (eds.), The Ethics of Bribery: Theoretical and Empirical Studies, Cham 2023

MRÁZ MICHAEL, Kuckuckseier im Strafprozess ‘Interne Untersuchungen’, *forum* 2020, 170 ff.

MÜHLEMANN DAVID, Der (unzulässige) Strafbefehl im abgekürzten Verfahren, *recht* 2/2028, 83 ff. (cit. Strafbefehl)

MÜHLEMANN DAVID, Unternehmensinterne Untersuchungen und strafprozessuale Verwertbarkeit von Mitarbeiterbefragungen, Basel 2018 (cit. Untersuchungen)

MÜLLER DOMINIQUE/DELI COLLI FLAVIO/BRÜTSCH SUSANNE, Besprechung des Urteils 6B_216/2020 des schweizerischen Bundesgerichts vom 1. November 2021 (zur BGE-Publikation vorgesehen), *Zeitschrift für Gesellschafts- und Kapitalmarktrecht (GesKR)* 2022, 115 ff.

NADELHOFER SIMONE/EL-HAKIM ADAM, Strafrechtliche Selbstanzeige des Unternehmens, *Jusletter* from February 22, 2021

NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (eds.), *Basler Kommentar, Strafrecht II, Art. 173–392 StGB, Jugendstrafgesetz*, 4th ed., Basel 2019 (cit. BSK StGB II-AUTOR)

O’MELVENY/MYERS LLP (eds.), *Foreign Corrupt Practices Act, An O’Melveny Handbook*, 7th ed., Los Angeles 2013

ROMERIO FLAVIO, § 7 Berichterstattung, in: Bazzani/Ferrari-Visca/Nadelhofer (eds.), *Handbücher für die Anwaltspraxis, Interne Untersuchungen*, Basel 2022, N 7.1 ff.

ROMERIO FLAVIO/BAZZANI CLAUDIO/GROTH STEPHAN, *Interne und regulatorische Untersuchungen – Einführung und Auslegung*, in: *Interne und regulatorische Untersuchungen I*, Zurich 2015, 7 ff.

SCHENKER URS, *Verwaltungsrat in der Praxis – Rechtliche Anforderungen*, Zurich 2015

STEVENS CHARLES/CHAN WINSTON, *Disclosure of Results of Internal Investigations to the Government or Other Third Parties*, in: Brian/McNeil/Demsky (eds.), *Internal Corporate Investigations*, American Bar Association Publishing 2017, 233 ff.

TRECHSEL STEFAN/PIETH MARK (eds.), *Schweizerisches Strafgesetzbuch, Praxiskommentar*, 4th ed., Zurich 2021 (cit. PK StGB-AUTOR)

WATTER ROLF/VOGT HANS-UELI, *Basler Kommentar, Obligationenrecht II*, Art. 530–964l inkl. Schluss- und Übergangsbestimmungen, 5th ed., Basel 2016 (cit. BSK OR II-AUTOR)

WERNLI JÜRIG/CARLSON-BURKART DÉBORAH, *Kein Deferred Prosecution Agreement im Unternehmensstrafrecht*, Jusletter from October 5, 2020

ZULAUF URS/WYSS DAVID/TANNER KATHERIN/KÄHR MICHEL/FRITSCHÉ CLAUDIA/EYMAN PATRIC/AMMAN FRITZ, *Finanzmarktenforcement*, 2nd ed., Bern 2014

Abbreviations

AMLA	Federal Act on Combating Money Laundering and Terrorist Financing (Anti-Money Laundering Act) of 10 October 1997 (RS 955.0)
AI	artificial intelligence
art.	article(s)
BA	Federal Act on Banks and Saving Banks (Banking Act) of 8 November 1934 (RS 952.0)
BBl	Bundesblatt
cf.	<i>confer</i>
cit.	cited
Cir.	Circuit
CO	Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: Code of Obligations) of 30 March 1911 (RS 220)
consid.	consideration
CrimPC	Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (RS 312.0)
DoJ	US Department of Justice
DPA	Deferred Prosecution Agreement
DSL	The Data Security Law of the People's Republic of China
ed./eds.	edition/editor(s)
EU	European Union
e.g.	<i>exempli gratia</i> , for example
FADP	Federal Act on Data Protection of 25 September 2020 (RS 235.1)
FCC	Federal Criminal Court
FCPA	Foreign Corrupt Practices Act

Transparency in Cross-Border Corruption Cases

f./ff.	and the following page(s)
FINMA	Swiss Financial Market Supervisory Authority
FINMASA	Federal Act on the Swiss Financial Market Supervisory Authority (Financial Market Supervision Act, FINMASA) of 22 June 2007 (RS 956.1)
FSC	Federal Supreme Court
i.e.	<i>id est</i> , that is
MROS	Money Laundering Reporting Office of Switzerland
N	note
n	footnote
no.	number
NPA	Non-Prosecution Agreements
OAG	Office of the Attorney General of Switzerland
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
para.	paragraph(s)
PIPL	Personal Information Protection Law
RDIA	Revue de droit international d'Assas
RS	Recueil systématique (French for systematic collection)
SCC	Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (RS 311.0)
SEC	US Securities and Exchange Commission
TAR	Technology Assisted Review
UK	United Kingdom
US	United States
v.	<i>versus</i>



La place des O.N.G. et associations dans le traitement consensuel de la corruption en droit français

par

Béatrice Lapérou-Scheneider

Professeure de droit privé et sciences criminelles
Université de Franche-Comté

I. Introduction.....	100
II. La décision d'entrer en négociation.....	105
A. L'identification des associations victimes	107
B. Le moment de l'information faite aux victimes de recourir à la CJIP	112
III. La mise en œuvre de la CJIP.....	115
A. Lors de la phase d'élaboration de la convention, l'absence de contradictoire.....	115
B. Lors de la phase de validation, les associations et victimes marionnettes de l'audience ?.....	118
C. Lors de la phase d'exécution, le sort mitigé des associations et victimes.....	121
IV. Conclusion	124
Bibliographie	126
Sitographie	127
Abréviations	128

I. Introduction

1. Jusqu'en 2017 la procédure pénale française ne contenait aucun mécanisme propre au traitement de la délinquance économique internationale ou transnationale contrairement aux systèmes anglo-saxons.
2. Cette situation était régulièrement dénoncée par le monde des affaires ainsi que par certaines instances, telles l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), des O.N.G. et associations de lutte contre la corruption qui déploraient l'inefficacité des outils répressifs français – en 20 ans d'application de la loi de lutte contre la corruption, pas une seule condamnation définitive n'a visé une personne morale – et le fait que conséquemment, les entreprises implantées en France étaient exposées aux risques liés à l'extraterritorialité de la loi américaine. Aussi, l'objectif premier de la création de la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) par la loi dite Sapin 2¹ était-il de lutter contre cette concurrence judiciaire. Cette nouvelle justice transactionnelle a aujourd'hui fait ses preuves. Elle a donné lieu, au jour où nous écrivons ces lignes, à la conclusion de vingt-six CJIP pour des infractions d'ordre économique, dont la moitié en matière de corruption.
3. La CJIP² introduit en droit français une nouvelle forme de justice qui vise à favoriser la détection des actes de corruption, à en permettre un traitement efficace, rapide et discret en favorisant un échange entre le ministère public et la mise en cause. Elle a également pour objectif de prévenir la récidive en abordant les causes profondes de la corruption et d'offrir des opportunités de réhabilitation à la personne morale auteur des faits. Cette approche est particulièrement intéressante au regard de l'image et du crédit de la personne morale qui reconnaît les faits et accepte de collaborer puisque les caractères afflictif et infamant de la justice pénale sont atténués. Surtout, la convention permet de préserver la capacité des sociétés françaises à postuler les marchés publics et à satisfaire aux

¹ 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.

² Applicable aux seules personnes morales.

exigences des diverses autorités de régulation dont elles relèvent de par le monde. Mais *quid* de la place des victimes dans un tel processus ?

4. Les alinéas 3 et 4 de l'art. 41-1-2, I. CPP, disposent que « [l]orsque la victime est identifiée, et sauf si la personne morale mise en cause justifie de la réparation de son préjudice, la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction dans un délai qui ne peut être supérieur à un an. La victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause. Elle transmet au procureur de la République tout élément permettant d'établir la réalité et l'étendue de son préjudice ».
5. Le principe de l'indemnisation de la victime est donc acquis, c'est la raison pour laquelle Jérôme Simon, premier vice-procureur au Parquet National Financier (PNF), a affirmé que « [...] la pleine indemnisation des victimes à l'occasion de la conclusion des CJIP est un point qui [nous] apparaît fondamental [...] avec les CJIP, les victimes ne sont pas mises à l'écart de la justice transactionnelle, elles y ont leur place, toute leur place »³.
6. Pourtant, des critiques sont régulièrement formulées, notamment par certaines associations de lutte contre la corruption, sur la trop faible prise en considération des victimes dans le processus d'élaboration de la CJIP. Ce point a fait l'objet de discussions dès les travaux parlementaires préparatoires. Le Conseil d'Etat a en effet très vite émis un avis mitigé sur l'opportunité d'introduire en droit français ce mécanisme alors appelé « Convention de compensation d'intérêt public »⁴, estimant « [...] qu'une procédure de type transactionnel ne saurait être prévue par la loi que dans les cas où les inconvénients qu'elle comporte [...] pour la protection des droits [...] de la victime [...], n'apparaissent pas disproportionnés au regard de l'intérêt que sa mise en œuvre présente pour une bonne administration de la justice ». Il précisait alors que l'institution d'une

³ MIGNON/SIMON/FABRE/MÉZIANI, 525.

⁴ Nom qui avait été donné à la procédure lors de la première version de la CJIP.

telle procédure ne pouvait être envisagée que « [...] sous réserve que soient prévues des garanties appropriées »⁵.

7. Ainsi, il ne fait aucun doute que dans le cadre de cette nouvelle justice pénale consensuelle les victimes, mais aussi les associations lorsqu'elles interviennent pour la défense d'intérêts collectifs⁶, ne bénéficient pas d'un traitement aussi favorable que celui dont elles jouissent dans le cadre d'un procès pénal classique. Un premier indice de cette tendance tient à un constat purement formel. L'art. 41-1-2, I CPP ne consacre pas l'indemnisation de la victime dans un point particulier comme il le fait pourtant pour le paiement de l'amende d'intérêt public qui fait l'objet d'un 1^o du I, al. 1 ou la mise en place d'un programme de mise en conformité prévu au 2^o du I, al. 1. Cette différence formelle de traitement a sans doute pour cause qu'à l'origine la CJIP a été conçue en excluant sa présence, le sort de la victime n'ayant été envisagé que dans un second temps. On relèvera dans le même sens que les premières Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public publiées en 2019 par le parquet national financier (PNF) et l'Agence française anticorruption (AFA) ne couvraient pas ce point⁷.
8. Ce recul tient également au fait que le législateur français a été contraint lors de la création de ce « *deferred prosecution agreement* à la française » de s'inspirer des logiques anglo-saxonnes très éloignées des nôtres, notamment au regard de la place des victimes.
9. Toutefois, cette attention particulière qui leur est portée a ressurgi récemment dans les nouvelles Lignes directrices sur la mise en œuvre de la CJIP par le PNF le 16 janvier 2023. Si ce texte ne revêt aucune force obligatoire, il a cependant été rédigé par le PNF qui, conformément à la circulaire de politique pénale du 2 juin 2020, est l'autorité judiciaire chef de file en matière de corruption internationale. Ces dispositions tiennent ainsi compte de

⁵ CE, Avis portant sur la création d'un dispositif de « convention de compensation d'intérêt public » conclue entre le ministère public et les personnes morales mises en cause pour des faits de corruption, 24 mars 2016, n^o FCPM1605542L.

⁶ Dans le cadre de leur rôle de défenseur d'intérêts collectifs au sens des art. 2-1 ss CPP.

⁷ AFA 2019.

L'expérience des CJIP conclues et exécutées au cours des cinq dernières années, elles ont vocation à s'appliquer aux futures conventions et sont donc un indicateur pertinent de l'évolution de la politique suivie en la matière.

10. La présente réflexion a pour objet de s'interroger sur l'évolution de la place de la victime dans cette nouvelle forme consensuelle de justice pénale et de tenter d'analyser la critique d'un effet involutif de la CJIP sur la place des associations et plus généralement des victimes dans la justice pénale française.
11. Une telle approche nécessite que soit succinctement rappelée la place privilégiée aujourd'hui réservée aux victimes, et plus spécifiquement aux associations de lutte contre la corruption dans le procès pénal français classique.
12. Quand une infraction génère un dommage, l'art. 3 alinéa 1^{er} CPP autorise la victime à demander réparation de son préjudice devant la juridiction pénale en même temps que l'action publique. Lorsque la personne lésée opte pour cette voie, elle se constitue partie civile et devient partie au procès. La victime peut même, dans certains cas et à certaines conditions, mettre en mouvement l'action publique en même temps que l'action civile. Cette spécificité du droit français met en évidence le double caractère de l'action civile, à la fois réparatrice et vindicative⁸.
13. Initialement, seules les victimes, personnes physiques ayant subi un préjudice direct et personnel se sont vues reconnaître un tel droit.
14. C'est l'art. 6 de la loi du 1^{er} juillet 1901⁹ qui a reconnu aux associations le droit d'ester en justice. Il n'a cependant pas précisé si un tel droit pouvait être utilisé pour la défense d'intérêts collectifs pour la protection desquels les associations s'étaient constituées. Ce n'est que très progressivement que l'on a assisté à la multiplication et à l'extension remarquables des dispositions législatives autorisant les associations à « exercer les droits reconnus à la partie civile » pour la défense de certains intérêts collectifs parce que la légitimité

⁸ BONFILS, 671 s.

⁹ Loi du 1^{er} juillet 1901 relative au contrat d'association.

d'un tel droit soulève encore aujourd'hui certaines interrogations¹⁰. Toutes les associations ne bénéficient pas d'un tel pouvoir. Il est ainsi traditionnel de distinguer le sort réservé aux associations pour lesquelles ce droit a été spécialement aménagé par la loi, de celui pour lesquelles il n'est pas reconnu. De manière synthétique, il est possible d'affirmer que seules ces premières associations, dont la plupart figurent aux art. 2-1 à 2-25 CPP¹¹, sont autorisées à exercer l'action civile pour la défense d'intérêts entrant dans leur objet social devant les juridictions pénales, sous réserve d'une interprétation assez stricte des conditions auxquelles cette action est soumise.

15. Les associations de lutte contre la corruption sont parmi les dernières à avoir obtenu un tel droit. Pour elles, le chemin fut long et ouvert par la chambre criminelle de la Cour de cassation. C'est dans l'affaire dite des *Biens mal acquis* que la haute juridiction a, le 9 novembre 2010¹², confirmé la décision de la chambre de l'instruction de la cour d'appel Paris d'accueillir la constitution de partie civile de l'association Transparence International France, association qui était à l'époque régulièrement déclarée, mais non habilitée à exercer l'action civile pour la défense d'intérêts collectifs. La principale raison de cette absence d'habilitation résidait certainement dans le fait qu'à l'époque les actes de corruption, tout comme l'ensemble des infractions d'atteinte à la probité, étaient considérés comme portant atteinte non pas à un intérêt collectif, mais à l'intérêt général. A ce titre, le pouvoir de les poursuivre appartenait au ministère public, seul compétent aux côtés d'éventuelles victimes directes, mais parfois confronté à la difficulté, notamment pour les affaires internationales, d'obtenir des éléments de preuve suffisants pour engager des poursuites.

¹⁰ LAPÉROU-SCHNEIDER, 555.

¹¹ D'autres dispositions extérieures au code de procédure pénale reconnaissent un tel droit à certaines associations dans des domaines précis (environnement, santé, consommation...).

¹² Cass. crim., 9 novembre 2010, n° 09-88.272, cf. CUTAJAR, 1174 ; LAVRIC, 2707.

16. Suite à cette affaire très médiatisée, le législateur a ouvert en 2013 l'action civile aux associations se proposant par leur statut de lutter contre la corruption en créant un nouvel art. 2-23¹³.
17. Cette initiative a pu être analysée, à juste titre selon nous, comme traduisant la volonté du législateur d'enserrer cette action dans des conditions strictes et d'éviter que ne se renouvellent de telles initiatives de la part des autorités judiciaires. Mais l'ouverture du prétoire répressif aux associations de lutte contre la corruption trouve sans doute également sa source dans la volonté de répondre aux attentes de la société civile de prendre part à la lutte contre la corruption. En ce sens, le nouvel art. 2-23, outre qu'il permet aux associations, en cas d'inaction du parquet, de forcer la mise en mouvement des poursuites pénales, constitue le gage d'une plus grande transparence de la justice pénale anticorruption.
18. Ce rapide état des lieux permet de mieux comprendre en quoi la place concédée aux associations et plus généralement aux victimes dans la CJIP procède d'un renversement de l'ordre établi. Il explique également la tension exprimée aujourd'hui entre les attentes des victimes et associations de lutte contre la corruption en termes d'accès au juge pénal et de transparence et l'impérieuse nécessité exprimée par les acteurs du monde économique et les autorités de poursuites de conserver l'efficacité d'un mécanisme dont l'une des clés de voûte réside dans la confiance et corrélativement dans la confidentialité des échanges. Cette dissension s'observe tant au stade du choix de recourir à la CJIP (II.) que lors de sa mise en œuvre (III.).

II. La décision d'entrer en négociation

19. La proposition de recourir à une CJIP appartient à titre principal au parquet qui, conformément au I de l'art. 41-1-2 CPP propose une telle orientation au titre des alternatives aux poursuites. L'art. 180-2 CPP ouvre la possibilité d'un tel recours également au stade de l'information, donc après la mise en mouvement de l'action publique, sur décision du juge d'instruction avec l'accord du

¹³ Loi n° 2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière.

procureur de la République ou à sa demande. Bien qu'aucun texte ne le prévoit, la décision de recourir à une telle procédure peut venir de la personne morale elle-même. Les nouvelles *Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public* publiées par le PNF en 2023 prévoient en effet que « le représentant légal de la personne morale ou son avocat peut faire connaître au PNF son souhait de bénéficier de ce mécanisme transactionnel »¹⁴.

20. Les victimes, y compris les associations agréées de l'art. 2-23 CPP, n'ont ainsi pas vocation à s'impliquer sur le terrain de la CJIP. Elles ne peuvent pas non plus s'y opposer¹⁵ quand bien même elles considéreraient qu'une telle procédure risque de leur être moins favorable qu'une procédure pénale ordinaire. Cette situation semble dès lors juguler les efforts réalisés en faveur de leur participation à la justice pénale.
21. Toutefois, une analyse plus poussée amène à nuancer une telle interprétation.
22. D'abord, rien ne fait obstacle à ce que ces victimes, associations et O.N.G., conformément à l'art. 40 CPP, dénoncent auprès du PNF ou du procureur de la République des faits de corruption¹⁶. Autrement dit, l'information à l'autorité légitime aux fins de déclenchement d'une enquête et éventuellement de l'ouverture d'une information reste inchangée.
23. Ensuite, les O.N.G et associations de l'art. 2-23 CPP peuvent toujours se constituer partie civile auprès du juge d'instruction conformément au droit commun¹⁷, et ce, malgré le recours à une CJIP dont d'ailleurs elles peuvent ignorer l'existence. Aucune disposition du code de procédure pénale ne prévoit en effet la suspension de l'action publique durant la phase de négociation de la CJIP. Dans l'hypothèse où le juge d'instruction est valablement saisi d'une telle plainte conformément à l'art. 85 CPP, le ministère public,

¹⁴ Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public du PNF publiées le 16 janvier 2023, § 2.1.1.

¹⁵ AFA 2019, 17.

¹⁶ Une telle possibilité pour les associations agréées de procéder à des signalements auprès de l'Agence nationale anticorruption dans les conditions de l'art. 2-23 du CPP a par ailleurs été créée par l'art. 3 de la loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016.

¹⁷ Une fois écoulé le délai de trois mois après information : art. 85 ss CPP.

s'il ne souhaite pas à ce stade informer les victimes de l'engagement des négociations avec la mise en cause, rendra un réquisitoire afin d'informer que, par hypothèse, s'il envisage une convention c'est qu'il estime que les faits sont constitués. La constitution de partie civile d'une association ou O.N.G., alors qu'un recours à une CJIP est envisagé ou acté, présentera d'ailleurs deux avantages. Elle permettra d'abord au parquet d'identifier d'éventuelles victimes des faits objet de la convention ; elle renforcera ensuite sa position dans les négociations puisque le procureur pourra informer la mise en cause de cette plainte, ce qui constituera un élément de négociation supplémentaire.

24. A ce stade de l'entrée en négociation, les victimes identifiées bénéficient seulement du droit d'être informées du recours à la CJIP. Cette information constitue une obligation à la charge du procureur de la République¹⁸. L'art. 41-1-2, I., al. 4 CPP dispose en effet que « [...] la victime est informée de la décision du procureur de la République de proposer la conclusion d'une convention judiciaire d'intérêt public à la personne morale mise en cause ». La précision apportée récemment au paragraphe 3.3.2 al. 2 des Lignes directrices de 2023, par laquelle le PNF indique que cette information intervient même si l'entreprise établit avoir déjà intégralement indemnisé le préjudice des victimes, met en évidence l'attention accrue qu'il porte aux victimes.
25. Deux questions se posent alors, relatives d'abord aux modalités d'identification de ces victimes (A), ensuite au moment auquel cette information doit leur parvenir (B).

A. L'identification des associations victimes

26. Les délits de corruption sont des infractions pour lesquelles la preuve s'avère généralement difficile à rapporter et l'identification des victimes souvent complexe. En effet, ces dernières peuvent être de natures très variées : concurrents, clients, actionnaires, associations, sociétés civiles françaises ou étrangères...

¹⁸ Lignes directrices du PNF, § 3.3.2.

27. Lorsqu'il est fait recours à la CJIP avant toute mise en mouvement de l'action publique, au stade de l'enquête préliminaire, les victimes ne sont pas procéduralement identifiées comme parties civiles. Il s'agit là d'un premier frein à leur information. Mais lorsqu'il est fait recours à la convention au stade de l'instruction, leur situation est plus favorable puisqu'elles ont généralement pu être identifiées lors des actes d'enquête ou d'instruction préalables ou parce qu'elles se sont déjà constituées parties civiles.
28. Concernant plus spécifiquement les associations, il convient de distinguer deux situations. Dans l'hypothèse où une association est victime directe d'un acte de corruption au sens de l'art. 2 CPP, elle sera certainement informée par le procureur de la République du recours à la convention. Toutefois l'hypothèse semble purement théorique. Le second cas, plus probable, est celui dans lequel une atteinte a été portée aux intérêts collectifs que l'association ou l'O.N.G. se propose de défendre dans ses statuts. Ici, le préjudice dont elle peut demander réparation est le seul préjudice moral. Parce que tout acte de corruption, quel qu'il soit, porte nécessairement atteinte aux intérêts collectifs protégés par les associations de lutte contre la corruption, la question se pose de la pertinence pour le parquet d'informer systématiquement ces groupements de tout acte de corruption pour lequel il envisage une CJIP. Certes, cette solution est envisageable dans le contexte français actuel puisque seules deux associations de lutte contre la corruption sont aujourd'hui agréées¹⁹. Toutefois, rien n'empêche qu'à l'avenir plusieurs dizaines d'associations obtiennent un tel agrément ce qui rendrait l'exercice extrêmement difficile. Dans ces conditions, il semble que l'information aux associations par le procureur doive se cantonner aux associations s'étant déjà constituées parties civiles et à celles ayant porté les faits à la connaissance du parquet. Notons que dans ces deux cas, leur information est conforme au droit commun du procès pénal, puisque l'art. 40-2 CPP prévoit que le procureur de la République avise les plaignants et les victimes

¹⁹ Ces associations sont Transparency International France et Sherpa. Le renouvellement de l'agrément de l'association Anticor vient de faire l'objet d'une annulation confirmée par la cour d'appel de Paris le 16 novembre 2023.

identifiées des suites qu'il donne à l'affaire. Dans ces conditions, nous pensons que l'hostilité manifestée par l'Association Française Anticorruption (AFA) contre l'information des associations habilitées à exercer les droits de la partie civile visée à l'art. 2-23 CPP²⁰ n'est pas fondée.

29. Cette analyse semble corroborée par les circonstances dans lesquelles a été conclue la seule CJIP prévoyant, au jour où nous rédigeons ces lignes, une réparation du préjudice subi par des associations en matière de corruption, la CJIP Airbus SE 2 du 30 novembre 2022²¹. En l'espèce, une précédente CJIP avait été conclue le 29 janvier 2020²² avec la même société. Ce premier accord avait été particulièrement remarqué à raison du montant mirobolant de l'amende d'intérêt public²³ qu'avait accepté de payer la société mise en cause afin d'échapper à toute condamnation pénale. La seconde CJIP, présentée par le procureur de la République financier comme « une continuité »²⁴ de la première²⁵. Elle portait sur des soupçons de faits de corruption d'agents publics étrangers et de corruption d'agents publics commis lors de la vente d'appareils, principalement en Libye et au Kazakhstan entre 2006 et 2011, faits révélés à l'occasion de trois informations judiciaires distinctes de l'enquête préliminaire ayant donné lieu à la première CJIP. Cette seconde CJIP a abouti au prononcé d'une amende d'intérêt public de près de 15,9 millions d'euros et au versement, à titre de dommages et intérêts de 20 000 euros à l'association Anticor

²⁰ AFA, 2019.

²¹ TJ Paris, 30 novembre 2022, CJIP, Parquet n° PNF 12097072020, Parquet n° PNF 1310801545, Parquet n° PNF 14197000011.

²² TJ Paris, 29 janvier 2020, CJIP, n° PNF-16159000839, cf. DUFOURQ ; CLAUDE/ SAINT-GEORGES, 240 ; DAIEFF/POISSONNIER, 24.

²³ D'un montant de 3,6 milliards d'euros dont plus de 2 milliards devaient être versés aux autorités françaises auquel, s'ajoute le montant des frais nécessaires à la mission de contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA) de 8,5 millions d'euros. A noter que le reste de l'amende d'intérêt public a été partagé entre les Etats-Unis et le Royaume-Uni.

²⁴ Communiqué de presse du procureur de la République financier, rendu à propos de la CJIP validée le 30 novembre 2022, Parquet n° PNF 12097072020, Parquet n° PNF 1310801545, Parquet n° PNF 14197000011.

²⁵ Cette présentation a donné lieu à certaines interrogations de la part de la doctrine, voir notamment : SAENKO, 890.

et d'un euro symbolique à l'association Sherpa. Ce nouvel engagement d'Airbus SE, qui n'existait pas dans la précédente convention, s'explique essentiellement par des raisons procédurales. Ces O.N.G avaient en effet été impliquées en qualité de tierces parties civiles au stade de l'information judiciaire ayant pris fin par la conclusion de la seconde convention et ce, à la différence de la première CJIP qui était issue d'une enquête préliminaire lors de laquelle les victimes ne s'étaient apparemment pas encore constituées partie civile. C'est donc bien grâce à ce statut de parties civiles, précédant la décision de recourir à une CJIP, que les associations ont été informées de cette décision, ce qui n'avait pas été le cas lors de la précédente convention qui visait certes des faits différents, mais considérés par le PNF comme appartenant à un même ensemble de faits qui s'inscrivaient « [...] dans le même contexte temporel, la même logique décisionnelle et le même schéma organisationnel et infractionnel porté par les mêmes personnes physiques au sein de Airbus »²⁶.

30. Ainsi, la prise en considération dans le cadre d'une CJIP des associations, et plus largement des victimes, dépend-il essentiellement de l'existence d'une démarche préalable de leur part (plainte ou signalement) ? Cette situation étonne en ce que la CJIP s'inscrit dans une logique collaborative contrairement au procès pénal de droit commun et qu'elle est présentée comme un outil de coopération qui « [...] confère à l'entreprise un rôle actif dans la procédure judiciaire »²⁷. Sous ce prisme, il semble que le rôle actif de la personne morale soit cantonné au seul aspect pénal du traitement de la corruption ce qui ne satisfait pas. Pour cette raison, il nous semble opportun d'étendre son rôle actif au sort des victimes, associations et O.N.G en créant à sa charge une obligation d'identifier elle-même les victimes des actes qui lui sont reprochés puis de les informer du recours à la CJIP. Une telle disposition présenterait deux avantages. D'abord, elle allégerait la tâche incombant au ministère public. S'il est de tradition, dans le cadre de la mise en mouvement de l'action publique ou d'une alternative aux poursuites, que le ministère public informe les victimes qui se sont

²⁶ Ordonnance de validation de la CJIP RG 91–2022, § 23.

²⁷ Lignes directrices du PNF 2023, préambule.

déjà manifestées ou qu'il a pu identifier à l'occasion de l'enquête, imposer une telle obligation à la personne morale l'amènerait à entreprendre une démarche positive et aurait pour effet de l'impliquer davantage dans le processus de remise en état des conséquences engendrées par ses actes délictueux. On pourrait ensuite espérer qu'une telle attente permette une meilleure identification des victimes et au final une prise en considération plus satisfaisante des conséquences civiles des actes de corruption, ce qui serait de nature à permettre à l'entreprise de confirmer sa « [...] détermination à rompre avec des pratiques antérieures [...] pour solder le passé »²⁸. Cela permettrait en outre d'éviter que de futures actions en réparation soient menées devant les juridictions civiles, ce qui constituerait une certaine sécurité pour les personnes morales.

31. Un premier pas a récemment été franchi en ce sens par le PNF qui, dans ses Lignes directrices de 2023, précise au paragraphe 3.3.1 que « [d]ans sa décision de recourir à la convention, le PNF peut tenir compte de la diligence avec laquelle les victimes des manquements constatés ont été identifiées par l'entreprise ». Ce nouvel élément d'appréciation constitue à n'en pas douter une incitation à identifier les victimes des actes de corruption, mais semble trop timide.
32. Ne pourrait-on pas aller encore plus loin – sans toutefois mettre en péril la décision de recourir à une CJIP ni son efficacité – en s'inspirant du système récemment adopté outre-mer ? Au Canada, l'art. 115.33(1)i du code criminel consacré à l'« accord de réparation »²⁹, prévoit en effet que dans l'écrit par lequel le poursuivant (le ministère public) avise l'organisation (personne morale) mise en cause de son invitation à négocier, il doit mentionner le fait que « [...] les parties doivent, dès que possible, faire des efforts raisonnables pour identifier les victimes ».

²⁸ Objectif affiché de la CJIP par le PNF : Lignes directrices du PNF 2023, § 1.1.2, al. 6.

²⁹ Procédure équivalente au Canada à la CJIP, introduite en droit canadien en 2018, directement inspirée des régimes américains et britanniques de « *deferred prosecution agreements* ».

33. L'effort d'identification des victimes par la mise en cause pourrait notamment être récompensé par une minoration de l'amende d'intérêt public. Cette identification des victimes par la personne morale pourrait ainsi être tarifée à l'image de ce qui existe déjà lorsque la personne morale indemnise spontanément la victime avant d'entrer en négociation³⁰. Une telle mesure incitative s'avérerait particulièrement favorable aux associations et O.N.G.

B. Le moment de l'information faite aux victimes de recourir à la CJIP

34. L'al. 5 de l'art. 41-1-2 CPP ne mentionne pas avec précision le moment auquel l'information d'entrer en négociation doit être portée à la connaissance des victimes. La formule utilisée est vague, elle précise qu'elle est donnée lors de la décision du procureur de « [...] proposer la conclusion d'une CJIP ». Ici, une hésitation est permise. S'agit-il du moment auquel le ministère public fait part à la personne morale mise en cause de sa proposition d'entrer en négociation afin d'élaborer une convention – donc avant tout échange sur le fond – ou plus tard, au quasi terme des négociations, lorsque le parquet estime détenir suffisamment d'éléments et avoir suffisamment échangé avec les représentants de la mise en cause pour proposer un accord ?
35. Cette dernière solution nous semble devoir être privilégiée, et ce pour deux raisons. D'abord, le législateur n'a pas fixé l'obligation d'information au moment où le procureur de la République « [...] propose de mettre en œuvre le processus de négociation [...] » ou « [...] de recourir à une CJIP [...] », mais bien à celui où il « [...] propose la conclusion d'une CJIP ». Cette même expression est reprise à l'art. R. 15-33-60-1 du même code. L'expression renvoie à l'instant auquel les termes de la CJIP sont quasiment arrêtés et que le parquet s'apprête à formuler sa sollicitation.

³⁰ Voir le tableau des facteurs majorants et minorants figurant au paragraphe 3.1.3 des lignes directrices du PNF de 2023 qui prévoit que l'indemnisation préalable des victimes donne lieu à une minoration de l'amende d'intérêts publics dans la limite de 40% appliquée à la base de calcul de la part afflictive de l'amende.

36. Cette interprétation est confirmée par le fait que l'entrée en négociation est couverte par le sceau de la discrétion. La circulaire du 31 janvier 2018 prévoit en effet que « [...] les négociations préalables à la conclusion d'une convention sont marquées par une confidentialité très stricte, la divulgation d'informations relatives à la convention envisagée pouvant avoir des conséquences économiques particulièrement dommageables pour l'entreprise mise en cause (chute de la valeur du titre par exemple s'agissant d'une société cotée en bourse). Ainsi, l'avis du procureur à la victime ne devra intervenir que si, aux termes d'une discussion informelle engagée avec la personne morale mise en cause, l'éventualité de la conclusion d'une CJIP est confirmée »³¹. Dans le même sens, les lignes directrices du PNF de 2023 précisent qu'« [a]ucun écrit n'est nécessaire pour engager des discussions préalables permettant d'envisager la possibilité d'un recours à la CJIP, lesdits échanges étant couverts par la foi du palais »³². La foi du palais est une notion reprise des pratiques judiciaires. Elle doit être distinguée du secret professionnel en ce qu'elle ne bénéficie d'aucune protection juridique. Elle peut être définie comme un « [...] espace immatériel de confiance [...] »³³ entre les professionnels de la justice. Il s'agit d'un principe non écrit, une tradition, de confidentialité des échanges indispensable dans le cadre des affaires et nécessaire pour un bon fonctionnement de la justice³⁴. Plutôt éloignée du droit pénal français traditionnel essentiellement basé sur l'opposition, la foi du Palais permet à la personne morale et à ses représentants de participer à l'élaboration de la CJIP en facilitant l'écoute, la discussion et la réflexion de manière collaborative afin de faire progresser le dossier.

³¹ 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, 12.

³² Les grandes lignes du PNF 2023, § 2.1.1.

³³ MORAIN.

³⁴ Cass. crim., 4 février 2004, n° 03-82.494 : dans cet arrêt, la Cour de cassation confirme cette approche opérée par la cour d'appel.

37. Ce temps confidentiel de la justice pénale peut sembler subversif en ce qu'il se rapproche du système de type inquisitoire alors que le système judiciaire répressif français contemporain se colore davantage des atours du système accusatoire. Il exclut la victime de la phase de construction de la réponse pénale et éventuellement civile. Il s'inscrit à rebours de la quête, aujourd'hui de plus en plus exprimée, d'une plus grande transparence de la justice³⁵ comme garantie essentielle³⁶ d'une justice rendue sans arbitraire. C'est sans doute dans cet esprit que Laurence Fabre, responsable du programme secteur privé Transparency International France, a affirmé que « [...] permettre et veiller à l'identification des victimes d'atteinte à la probité, à leur indemnisation effective en y accordant une attention spécifique dès l'ouverture des négociations avec l'entreprise [est] essentiel [...] Transparency International France sera vigilante pour que [...] les associations agréées de lutte contre la corruption soient informées, dès l'ouverture des négociations, de la possibilité de faire valoir leur préjudice, quand bien même elles ne seraient pas parties civiles dans le cadre de la procédure pénale en cours »³⁷.
38. Cette entrée tardive de la victime dans le processus judiciaire consensuel est fondée. Elle s'explique en réalité par un changement de paradigme. Dans la CJIP, comme l'a souligné B. QUENTIN, « [...] la victime n'est pas formellement partie prenante [...] »³⁸ puisque l'objet premier d'un tel accord est de traiter l'action publique, l'action civile n'apparaissant que très secondairement et dans le cadre de cette justice pénale économique qui nécessite, pour être pleinement efficace, que soit respectée la nécessaire discrétion du monde des affaires.
39. A ce stade, le principe du contradictoire n'a ainsi pas vocation à s'appliquer. D'ailleurs, la victime informée (plus tard) ne peut contester l'opportunité de recourir à une telle procédure dans

³⁵ Selon François Molins, procureur général près la cour de cassation au moment où il écrivait ces lignes : « L'objectif de transparence a été érigé ces dernières années en garant de la confiance dans l'institution judiciaire, confiance qui est très fragilisée », cf. MOLINS 44 s.

³⁶ MORAIN.

³⁷ MIGNON/SIMON/FABRE/MÉZIANI, 525.

³⁸ QUENTIN/VOIRON, 15.

L'hypothèse où elle considérerait que ce choix porte atteinte à ses intérêts. Cette impossibilité revêt un spectre large puisqu'elle s'applique non seulement aux infractions entrant directement dans le champ de la CJIP, mais également à celles qui leur sont connexes, auxquelles la CJIP peut être étendue en application de l'art. 41-1-2, I° CPP. Cette incapacité a récemment été confirmée par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Ruffin et association Fakir c. France*³⁹ dans laquelle les victimes contestaient le choix fait par le PNF d'englober dans la CJIP – portant à titre principal sur des infractions d'affaires visées à l'art. 41-1-2 CPP – des faits d'atteinte à la vie privée au motif qu'il s'agissait d'infractions connexes à celles visées à titre principal.

40. Une fois actée la décision de recourir à une CJIP, sa mise en œuvre réserve une plus grande place à la victime.

III. La mise en œuvre de la CJIP

41. La mise en œuvre d'une CJIP suit une logique contractuelle. Après une phase de pourparlers et de négociations (A), une proposition est formulée par le procureur de la République qui sera, en cas d'acceptation par la mise en cause, présentée au président du tribunal judiciaire aux fins de validation (B). L'exécution de la convention sera alors soumise à contrôle (C).

A. Lors de la phase d'élaboration de la convention, l'absence de contradictoire

42. Nous l'avons vu, la décision de recourir à une CJIP est portée à la connaissance de la victime à un stade avancé des négociations avec l'entreprise. Son information est alors très parcellaire puisqu'elle n'a pas communication du contenu de la convention encore en cours de négociation, ni au dossier. Son attention est en outre attirée par le procureur sur la nécessité de ne donner aucune publicité à cette

³⁹ CEDH, 30 mars 2023, *Ruffin et association Fakir c. France*, n° 29854/22 et 29863/22.

information⁴⁰. Cette obligation qui lui est faite tient à ce que l'issue des négociations n'est pas encore certaine et qu'il convient par conséquent de respecter le principe de la confidentialité.

43. Cette information n'a d'ailleurs pas pour objet d'autoriser la victime à participer à la détermination du montant des dommages et intérêts, ni même aux échanges qui ont lieu durant cette phase préparatoire, mais juste à lui permettre de réunir et remettre au procureur les éléments tendant à prouver l'existence et l'importance du préjudice dont elle entend obtenir réparation⁴¹.
44. Ainsi, si la victime est bien associée en amont de l'audience de validation comme le souhaitaient le Conseil d'Etat et le législateur⁴², son rôle se cantonne à apporter la preuve de son préjudice. Son sort est donc totalement dépendant de l'appréciation opérée par le parquet et éventuellement de la négociation qui pourrait avoir lieu à ce sujet entre celui-ci et la personne morale. Les nouvelles lignes directrices du PNF de 2023 précisent d'ailleurs que dans sa mission de fixer le montant et les modalités de la réparation, le parquet peut décider d'une solution différente de celle initialement sollicitée par la victime⁴³.
45. Cette situation suscite un certain nombre de critiques⁴⁴. Ainsi, selon l'Association des professionnels du contentieux économique et financier (APCEF), « [...] le mécanisme n'est pas satisfaisant (non plus) du point de la vue de la victime. En effet, que le montant des dommages-intérêts soit décidé d'un commun accord entre l'auteur du dommage et le procureur est évidemment contre nature. Il est

⁴⁰ § 3.3.2 al. 2 des Lignes directrices du PNF de 2023 : « Cette information est confidentielle tant que la CJIP n'est pas soumise à la validation du président du tribunal ».

⁴¹ En application de l'art. R. 15-33-60-1 CPP pénale *in fine*, le procureur de la République fixe le délai dans lequel la victime peut lui transmettre tous éléments de nature à établir la réalité et l'étendue de son préjudice. Les lignes directrices du PNF de 2023 ont introduit une possibilité pour la victime de solliciter du parquet une prolongation de ce délai (Lignes directrices, § 3.3.3).

⁴² Voir Rapport Assemblée nationale, n° 3785, 159.

⁴³ Voir § 3.3.3 des grandes lignes du PNF de 2023.

⁴⁴ Voir notamment les propos du professeur STASIAK, § 23 qui estimait que la victime était « malmenée ».

constant que le montant d'une indemnisation, soit est déterminé par un accord, auquel la victime et l'auteur (ou leurs ayants droit) sont parties, soit est tranché par un juge. Il paraît incongru que ce montant soit déterminé par un accord auquel la victime n'est pas partie, quand bien même le procureur y est partie »⁴⁵.

46. Pourtant, cette absence de contradictoire s'explique par plusieurs raisons. D'abord par le fait qu'il n'y a pas d'instance à proprement parler, mais un accord soumis à validation. Ensuite parce que la logique suivie est celle du droit des affaires, d'une relation d'ordre contractuel, dans un souci partagé de rapidité. Ce point relatif à l'efficacité temporelle recherchée découle du fait que dans le domaine des affaires, et notamment concernant les grandes entreprises travaillant à l'international, la longueur des procédures, qui concernent souvent des faits commis dans plusieurs pays, ainsi que l'incertitude de leur issue sont déstabilisantes pour l'entreprise et son image et plus particulièrement pour sa gouvernance « [...] distraite dans la gestion des affaires »⁴⁶. C'est la raison pour laquelle de nombreuses entreprises avaient formulé le souhait de pouvoir transiger rapidement et ainsi de tourner la page pour aller de l'avant⁴⁷. Enfin et surtout, le procès pénal n'est pas un procès civil, il n'est pas fait pour la victime, mais pour la société. Rappelons qu'en droit français, l'action civile n'est que l'accessoire du procès pénal. Ceci explique certainement qu'il puisse être fait une entorse à la place traditionnellement reconnue par la justice pénale à la victime dès lors qu'elle n'est pas disproportionnée, ce qui est le cas en l'espèce puisque la victime conserve la voie civile lui permettant d'obtenir réparation de son préjudice.
47. Afin d'éviter de laisser la victime sur le bas-côté de la route, il nous semble cependant que l'esprit de la CJIP doit participer à ce stade à inciter la personne morale mise en cause à procéder à une réparation volontaire ou au moins acceptée du préjudice subi par la victime.
48. En ce sens, plusieurs efforts semblent avoir été réalisés. Le premier concerne l'obligation faite au parquet par l'art. 41-1-2, I CPP,

⁴⁵ APCEF, 55.

⁴⁶ Voir sur ce point AFA 2019, 4.

⁴⁷ LE FRAPPER, 2.

lorsqu'une victime est identifiée de prévoir dans la convention le montant et les modalités de la réparation des dommages causés dans un délai qui ne peut être supérieur à un an. Cette disposition est évidemment très favorable à la victime qui, dès lors qu'elle est identifiée et qu'elle justifie de son dommage, devrait se voir systématiquement allouer des dommages et intérêts. Notons que cette disposition est remarquable et n'existe dans aucune autre alternative aux poursuites.

49. Le deuxième réside dans le fait que les critiques portant sur l'absence de contradictoire semblent avoir été entendues par le PNF. Ce dernier a en effet précisé dans ses nouvelles Lignes directrices de 2023 que l'évaluation du montant de la réparation est conduite par le Parquet au terme, si besoin, d'échanges avec la victime⁴⁸. Cette nouvelle précision constitue, à n'en pas douter, une intercession en faveur du principe du contradictoire au bénéfice de la victime, même si ces échanges semblent cependant devoir être menés de manière informelle, hors la présence de l'avocat de la victime.
50. Un troisième point favorable à la prise en considération des intérêts de la victime réside dans la possibilité pour le parquet de recourir à l'assistance d'un expert pour le chiffrage du préjudice⁴⁹.
51. Enfin, comme nous l'avons évoqué précédemment, et il s'agit du quatrième point favorable à la victime, la minoration de l'amende d'intérêt public est prévue en cas d'indemnisation préalable de la victime par la mise en cause⁵⁰.

B. Lors de la phase de validation, les associations et victimes marionnettes de l'audience ?

52. A l'issue de la phase de négociation, lorsque la mise en cause donne son accord à la proposition formulée par le procureur, ce dernier

⁴⁸ Lignes directrices du PNF, 2023, § 3.3.3.

⁴⁹ § 3.3.3, al. 4 des Lignes directrices du PNF de 2023.

⁵⁰ Voir pour une première application de ce facteur minorant suite à une indemnisation préalable par la société anonyme Guy Dauphin Environnement de deux associations : TJ Paris, CJIP, ordonnance de validation, 17 mai 2023, réf PNF 14 336 000 874 (pour des faits de trafic d'influence actif).

saisit par requête le président du tribunal judiciaire pour validation. L'alinéa 8 de l'art. 41-1-2 CPP prévoit que la victime est informée de cette saisine⁵¹. Tout comme la personne morale, elle est invitée à comparaître à l'audience et peut se faire assister d'un avocat. La proposition de convention est jointe à la requête, qui contient également un exposé précis des faits ainsi que la qualification juridique susceptible de leur être appliquée⁵². C'est à ce moment que la victime, pour la première fois, a connaissance des faits détaillés et des réponses proposées par le ministère public, sans toutefois avoir accès au dossier.

53. Nous avons vu précédemment qu'en cas d'identification de la ou des victimes, l'art. 41-1-2, I CPP dispose que « [...] sauf si la personne morale mise en cause justifie de la réparation de son préjudice, la convention prévoit également le montant et les modalités de la réparation des dommages causés par l'infraction ». Malgré tout, les Lignes directrices du PNF précisent que le sort des victimes fait l'objet des débats dans l'hypothèse où la personne morale a déjà procédé à la réparation du dommage causé⁵³. L'idée est évidemment ici de permettre au procureur de la République de s'assurer de l'intégralité de la réparation. Aussi, dans l'hypothèse où le versement des dommages et intérêts aurait été réalisé préalablement, la question se pose de savoir si les victimes identifiées ne seront convoquées à l'audience de validation que dans l'hypothèse où le parquet estime que la réparation ne couvre pas la totalité des préjudices ou bien si les victimes seront systématiquement convoquées afin de permettre au président du tribunal judiciaire de s'assurer de l'intégralité de leur réparation. La question n'est pas anodine, qui, si la seconde solution est privilégiée, permettrait d'assurer une plus grande transparence du traitement civil de l'affaire ? Cette solution présenterait en outre l'avantage de diminuer le risque que la victime, non satisfaite de la réparation qui lui aurait été allouée sans pouvoir s'exprimer au cours de l'audience de validation, exerce une action civile devant les juridictions civiles.

⁵¹ Cette information lui parvient par lettre recommandée avec accusé de réception : art. R. 15-33-60-3 al. 2 CPP.

⁵² Art. 41-1-2, al. 8 CPP.

⁵³ Voir n. 4.

54. Enfin, eu égard au rôle spécifique joué par les associations de lutte contre la corruption, l'ouverture d'une telle « tribune » leur permet non pas de s'exprimer sur la sanction répressive, mais sur l'opportunité de recourir à la justice consensuelle et sur la place qui y est réservée aux victimes. Cette intervention à l'audience de validation présente l'avantage de contribuer à une meilleure transparence de la convention et compense en quelque sorte la confidentialité entourant la phase de négociation. Sur ce point, l'intervention des associations et la manière dont la Convention justifierait les choix opérés constitueraient un garde-fou contre le risque de dévoiement de ce mécanisme. En ce sens, l'intervention des associations lors de cette seule phase publique de la CJIP gagnerait à être systématisée puisqu'elle contribue à marquer la « [...] volonté de transparence à l'égard des parties prenantes [...] »⁵⁴ et incite le parquet à motiver sa proposition avec précision.
55. Lors de l'audience de la validation, le président du tribunal judiciaire procède à l'audition de la victime. C'est à ce moment que cette dernière peut faire connaître ses observations. Faute de précision sur ce point, il apparaît que ses observations ne devraient porter que sur les seuls points relatifs à son indemnisation. Il est toutefois possible d'envisager que la victime ou son avocat profite de cette occasion pour contester le recours à la CJIP notamment pour les infractions connexes à l'acte de corruption.
56. Contrairement à un procès pénal classique, l'ordre de la prise de parole n'est pas précisé dans les textes. Toutefois, la logique et l'habitude voudraient que la victime intervienne après le procureur de la République et avant la prise de parole de la personne morale. Le contradictoire intervient donc pour la première fois à ce stade de la procédure, à un moment où le contenu de la convention ne peut plus être modifié, seulement validé ou invalidé. Aussi, si à ce stade les intérêts de la victime doivent être pris en compte⁵⁵, son désaccord sur le montant des dommages et intérêts ne constituera certainement jamais à lui seul un obstacle à l'homologation de la

⁵⁴ Lignes directrices du PNF de 2023, § 1.1.2, al. 6.

⁵⁵ AFA 2019, 17.

CJIP⁵⁶. Dans cette mesure, l'accès au juge apparaît purement formel et le contradictoire de façade. Les associations et victimes semblent occuper à ce stade la place de marionnettes, vouées à jouer un rôle secondaire, voire inexistant.

57. Pourtant, leur présence à cette occasion présente un double intérêt non négligeable notamment lorsqu'il s'agit d'associations. Elle réintroduit d'abord un caractère contradictoire à cette procédure jusque-là couverte par le sceau de la confidentialité participant ainsi à la manifestation de la vérité. Elle permet ensuite de rendre publique la décision et de redonner ainsi à la justice sa valeur d'exemplarité.

C. Lors de la phase d'exécution, le sort mitigé des associations et victimes

58. En application de l'al. 7 du II de l'art. 41-1-2 CPP « [l]a victime peut, au vu de l'ordonnance de validation, demander le recouvrement des dommages-intérêts que la personne morale s'est engagée à lui verser suivant la procédure d'injonction à payer, conformément aux règles prévues par le code de procédure civile ». La situation de la victime est ici favorable puisque le délai de paiement de son indemnisation ne peut excéder un an et que la personne morale doit justifier de ce paiement auprès du procureur de la République dans le délai imparti. En cas de non-exécution ou de versement partiel, le procureur devra, conformément au III de l'art. 41-1-2 CPP interrompre l'exécution de la convention et mettre en mouvement l'action publique. Ce risque constitue pour la personne morale une véritable menace et s'avère donc très favorable à l'indemnisation des victimes.
59. Mais rien ne fait obstacle à ce stade à ce que la victime exerce l'action civile pour obtenir un complément d'indemnisation. Elle jouira toutefois d'une situation moins favorable que celle qui lui est réservée dans le cadre d'un procès pénal classique. Une fois l'exécution de la CJIP constatée et l'action publique

⁵⁶ *Ibid.*, 18.

conséquemment éteinte⁵⁷, elle ne pourra en effet exercer son action civile que devant la seule juridiction civile. C'est ainsi que dans les affaires SAS Set Environnement et SAS Kaeler Wanner⁵⁸, la constitution de partie civile d'EDF devant la formation correctionnelle du TGI de Nanterre a été déclarée recevable contre toutes les entreprises, y compris celles qui avaient conclu une CJIP, et indemniser EDF dans ce cadre⁵⁹. Le tribunal a écarté toute autorité de la chose jugée de la CJIP sur l'action civile, estimant que les dispositions de l'art. 41-1-2, IV, al. 2 CPP ne faisaient pas échec aux droits des victimes de poursuivre la réparation de leur préjudice devant le juge civil, notamment lorsqu'elles considèrent qu'elles ont été insuffisamment indemnisées dans le cadre de la convention. Dans cette affaire, le tribunal à l'appui de sa décision relevait le fait que la victime n'avait participé à aucun débat contradictoire lors de la négociation de la convention et qu'elle n'avait pu contester le montant des dommages et intérêts qui lui étaient accordés dans le cadre de la CJIP ne disposant d'aucune voie de recours. Toutefois, dans un tel cas, la victime ne bénéficie pas des éléments de preuve apportés par le ministère public et n'a accès à aucun élément du dossier constitué au pénal⁶⁰.

60. Selon l'association des professionnels du contentieux économique et financier, le mécanisme de la CJIP n'est pas non plus satisfaisant pour la personne morale mise en cause. Selon elle, « [...] dans l'hypothèse où la victime se contenterait de demander au juge civil le reliquat de ce qu'elle avait demandé en vain dans le cadre de la CJIP, et *a fortiori* dans l'hypothèse où la victime formulerait une demande supérieure à celle, satisfaite ou non, formulée dans le cadre de la CJIP [...] la personne morale se verrait sans doute liée par la reconnaissance du principe de sa responsabilité civile à laquelle elle

⁵⁷ Art. 41-1-2, IV CPP.

⁵⁸ TGI Nanterre, 15^e ch. corr. 18 septembre 2019, cf. POISSONNIER 2019, 2137 ; voir également : DAOUDE/PARTOUCHE.

⁵⁹ TGI Nanterre, CJIP, deux ordonnances, 23 février 2018, n° 11245045572, SAS Set Environnement et SAS Kaeler Wanner, cf. POISSONNIER, 200 ; POISSONNIER 2019, 2137 ; TGI Nanterre, ordonnance CJIP, 25 mai 2018, SAS Poujaud, pour ces 3 CJIP cf. DUHAMEL/POISSONNIER, 898.

⁶⁰ Lignes directrices du PNF 2023, § 2.2.1.

aurait consenti dans le cadre de la CJIP. Or, on peut aisément imaginer qu'une personne mise en cause reconnaisse le principe de sa responsabilité civile au vu d'un montant de dommages-intérêts lui paraissant acceptable et qu'elle s'y refuse au vu d'un montant supérieur »⁶¹.

61. Enfin, l'art. 41-1-2, I CPP précise que « [l]es représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques. Ils sont informés, dès la proposition du procureur de la République, qu'ils peuvent se faire assister d'un avocat avant de donner leur accord à la proposition de convention ». Si cet alinéa vise au premier chef la question de la responsabilité pénale des représentants légaux de la personne morale, il a également vocation à s'appliquer à leur responsabilité civile. Ainsi, les victimes qui n'auraient pas été intégralement indemnisées de leur préjudice suite à la CJIP, pourront agir devant les juridictions civiles non seulement contre la personne morale mais aussi contre ses représentants personnes physiques.
62. La victime ne peut pas interjeter appel de la décision validant une CJIP, pas plus que la personne morale⁶². Cette situation s'explique par le fait que la CJIP n'est pas un jugement et que la victime n'est pas partie au procès, elle ne bénéficie donc pas du statut de « partie civile » et des droits qui y sont attachés.
63. La Cour européenne des droits de l'homme a eu à se prononcer sur la critique adressée, lors de l'affaire *LVMH Moët Hennessey – Louis Vuitton*, par François Ruffin et l'association Fakir agissant en qualité de victimes, relative à l'atteinte que porterait cette interdiction de faire appel d'une CJIP au droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'art. 6 §1 Convention des droits de l'homme. Dans son arrêt rendu le 30 mars 2023⁶³, la Cour a rejeté la critique en s'appuyant sur le droit reconnu aux victimes de poursuivre la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile. Surtout, elle a indiqué que les requérants, assistés d'un avocat, disposaient de ce

⁶¹ APCEF, 55.

⁶² La personne morale peut seulement se rétracter dans les 10 jours à compter de la validation : art. 41-1-2, al. 10 CPP.

⁶³ CEDH, 30 mars 2023, *Ruffin et association Fakir c. France*, n° 29854/22 et 29863/22.

droit de demander réparation du préjudice « [...] avant et pendant l'audience de validation de la CJIP [...] » et qu'ils n'en avaient pas fait usage sans apporter d'explication convaincante à ce sujet. Ce faisant, la haute juridiction confirme le rôle résiduel du plaignant dans la CJIP et le caractère éminemment pénal de cet accord. Elle confirme que les conséquences civiles d'une CJIP sont accessoires sans toutefois être totalement occultées.

IV. Conclusion

64. Ce rapide survol du mécanisme de la CJIP à la lumière de la procédure pénale classique française met en exergue la difficulté de parvenir à un équilibre entre une justice pénale efficace et discrète, respectueuse des impératifs du monde des affaires, et la prise en considération des intérêts des victimes et parmi elles des associations. Ce qui transparaît de nos développements est que la CJIP doit être regardée à titre principal comme une procédure répressive contenant, à titre subsidiaire seulement un objectif indemnitaire.
65. La victime dans le cadre de la CJIP n'est clairement pas une « partie civile », elle n'est pas partie à cet accord, ni dans la décision d'y recourir, ni dans son élaboration, ni dans sa validation, ni enfin lors de son exécution. Cette procédure n'a pas vocation à assurer l'équité et l'égalité de traitement entre les intéressés à l'affaire. Elle n'implique pas que soit respecté le principe de l'égalité des armes ni celui du contradictoire. Le paradigme de la CJIP est notoirement différent de celui de la procédure pénale française. La victime n'est pas au centre des préoccupations, elle ne joue pas à parts égales avec la personne morale. Pour ces raisons, il est possible d'affirmer que la CJIP marque un retrait de la place des associations et des victimes dans la justice pénale. Cette situation se justifie par l'existence d'un objectif jugé supérieur aux leurs qui est celui, rappelé par le PNF en 2023, de renforcer la souveraineté pénale et économique de la France⁶⁴.

⁶⁴ Lignes directrices du PNF 2023, § 1.1.1, al. 5.

66. Ce qui transparait des récentes évolutions de la pratique est toutefois la volonté du PNF de parvenir à une meilleure prise en considération des intérêts des victimes et associations dans une logique de responsabilisation collective, sans toutefois porter atteinte aux objectifs de confidentialité du mécanisme et de transparence de la justice pénale. Ceci se révèle en partie possible grâce à une certaine plasticité dans la mise en œuvre de la CJIP. Toutefois, comme nous l'avons souligné à plusieurs reprises, une marge de progression est encore possible, qui ne devrait pas porter atteinte à l'impératif d'efficacité de cette justice négociée.

Bibliographie

BONFILS PHILIPPE, La victime d'une infraction et l'accès au juge pénal, in : Donier/Lapérou-Schneider (édit.), *L'accès au juge, recherche sur l'effectivité d'un droit*, Bruxelles 2013, 671 ss

CLAUDE OPHÉLIA/SAINT GEORGE RAPHAËL, La CJIP Airbus : les nouveaux contours de la coopération dans le cadre de la justice pénale négociée, *AJ pén.*, Dalloz, 30 mai 2020, 240

CUTAJAR CHANTAL, Cass. crim., 9 nov. 2010, n° 09-88.272, *JCP G* 2010, 1174

DAIEFF GUILLAUME/POISSONNIER GHISLAIN, CJIP avec Airbus : les derniers freins à l'autorévéléation des faits levés, *Gaz.Pal.* 24 mars 2020, n° 376, 24

DAOUD EMMANUEL/PARTOUCHE HUGO, Etude comparative des CJIP : bilan et perspectives, *Dalloz Actualité*, 21 mai 2021

DUFOURQ PAULINE, Justice négociée : les enseignements de la convention judiciaire d'intérêt public Airbus, *D. actualité*, 18 février 2020

DUHAMEL JEAN-CHRISTOPHE/POISSONNIER GHISLAIN, Convention judiciaire d'intérêt public : le 23 février 2018 fera date !, *D.*, 2018, 898

LAPÉROU-SCHNEIDER BÉATRICE, Quelle légitimité pour l'action civile associative exercée devant le juge pénal ?, in : Py/Stasiak (édit.), *Légalité, légitimité, licéité : regard contemporains. Mélanges en l'honneur de Jean-François Seuvc*, Nancy 2018, 555 ss

LAVRIC Sabrina, Affaire des « biens mal acquis » : recevabilité de la constitution de partie civile de l'association Transparence International France, *D.* 15 novembre 2010, 2707

MIGNON ASTRID/SIMON JÉRÔME/FABRE LAURENCE/MÉZIANI LYDIA, Les nouveaux contours de la justice pénale négociée : CJIP et CRPC, quels enjeux et perspectives en matière économique, financière et environnementale ? Entretien, *JCP G* 2023, 525 ss

MOLINS FRANÇOIS, Le secret dans l'investigation et l'instruction, *Conseil constitutionnel*, Titre VII, 2023/1, n° 10, 44 s.

MORAIN ERIC, Foi du palais : credo !, *La lettre juridique Lexbase*, mars 2019

POISSONNIER GHISLAIN, Procès au fond et Convention judiciaire d'intérêt public : quelle coexistence possible ? – Tribunal de grande instance de Nanterre 18 septembre 2019, D. 2019, 2137

POISSONNIER GHISLAIN, Une nouvelle façon de travailler pour les parquets, AJ pén. 2018, 200

SAENKO LAURENT, CJIP Airbus 2 et corruption d'agents publics étrangers : « on (ne) prend (pas) les mêmes, et on recommence » !, RTD com. 2022, 890

STASIAK FRÉDÉRIC, Corruption – La privatisation de la lutte contre la corruption, Dr. pénal juin 2019, dossier 2, § 23

QUENTIN BRUNO/VOIRON FRANÇOIS, La victime dans la procédure de CJIP : entre strapontin et siège éjectable ? AJ pén. 2021, 15 s.

Sitographie

AFA, Lignes directrices sur la mise en œuvre de la Convention judiciaire d'intérêt public publiées conjointement par le parquet national financier (PNF) et l'Agence française anticorruption (AFA) le 26 juin 2019. Guide pratique. La fonction conformité anticorruption dans l'entreprise Avril 2019. <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/files/files/Lignes%20directrices%20PNF%20CJIP.pdf> (cité : AFA 2019, page)

APCEF, Rapport « La réparation du préjudice économique et financier par les juridictions pénales », 2019. https://www.apcef.com/offres/file_inline_src/652/652_P_27838_5e419564d005b_5.pdf (cité : APCEF, page)

La Convention judiciaire d'intérêt public peut-elle tenir toutes ses promesses ?, Propos de Le Frapper, Option finance, supplément du 29 mai 2017, 2. <https://iohannlefrapper.com/wp-content/uploads/2017/08/OPTION-FINANCE-SUPPLEMENT-29-MAI-17-CJIP.pdf> (cité : LE FRAPPER)

Abréviations

AFA	Agence française anticorruption
AJ pén.	Actualité juridique pénale (Dalloz)
al.	alinéa
art.	article(s)
APCEF	Association des professionnels du contentieux économique et financier
c.	contre
Cass. Crim.	Cour de cassation, chambre criminelle
cf.	<i>confer</i>
ch. corr.	Chambre correctionnelle
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CE	Conseil d'Etat
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
CPP	Code de procédure pénale de la France
D.	Recueil Dalloz
D. Actualité	Dalloz Actualité
Dr. pénal	Revue Droit pénal (LexisNexis)
EDF	Electricité de France (société)
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
Gaz. Pal.	Gazette du Palais (Lextenso)
JCP G.	Semaine juridique édition générale
obs.	observation
O.N.G.	Organisation(s) non-gouvernementale(s)
PNF	Parquet national financier
n°	numéro(s)
n.	note(s) de bas de page

Associations victimes et CJIP en matière de corruption

RTD com.	Revue trimestrielle de droit commercial (Dalloz)
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
TGI	Tribunal de grande instance
TJ	Tribunal judiciaire



Les déficits de transparence en matière de punissabilité de l'entreprise en Suisse

par

Martin Hilti*

Dr. iur, Avocat, Directeur Transparency International Suisse

I. Enjeux de mise en œuvre dans la répression de la délinquance économique : le paradoxe des rares condamnations d'entreprises face à une délinquance présumée élevée	133
II. Analyse des déficits de mise en œuvre et exploration de solutions	134
A. La coopération et l'auto-dénonciation des entreprises	134
B. Le manque d'incitations pour encourager l'auto-dénonciation des entreprises.....	134
1. Lacune législative en Suisse : l'absence d'un dispositif d'exemption de peine pour les entreprises	135
2. Problématique de l'incertitude : le déficit de prévisibilité et de sécurité juridique	136
III. Identification et analyse des déficits de transparence.....	137
A. L'intransparence dans la procédure de l'ordonnance pénale	138
B. L'intransparence dans la procédure simplifiée	139
C. L'intransparence en lien avec les ordonnances de classement et de non-lieu	140
D. L'intransparence liée aux décisions de justice cantonales	140
E. L'intransparence dans le cadre des données statistiques	140

* L'auteur remercie Walter Mäder et Marc Herkenrath pour leur relecture critique du manuscrit.

IV. Conclusion	141
Bibliographie	142
Abréviations	143

I. Enjeux de mise en œuvre dans la répression de la délinquance économique : le paradoxe des rares condamnations d'entreprises face à une délinquance présumée élevée

1. Depuis le 1^{er} octobre 2003, le droit suisse reconnaît la responsabilité pénale des entreprises. Cette responsabilité se manifeste notamment lorsque l'on peut reprocher à une entreprise de ne pas avoir mis en œuvre les dispositions nécessaires et adéquates pour prévenir la commission d'infractions graves, telles que la corruption et le blanchiment d'argent, dans le cadre de ses activités commerciales, conformément à l'art. 102 al. 2 CPP.
2. Selon des sondages, il est estimé qu'approximativement 20% des entreprises suisses exportant vers des pays hors d'Europe occidentale se livrent à des pratiques de corruption à l'étranger, soulevant ainsi des interrogations quant à leur responsabilité pénale au regard de l'article 102, alinéa 2, du Code pénal suisse¹. Cependant, durant les vingt années d'application de cette disposition légale, seules onze entreprises ont été définitivement condamnées. Ces jugements de condamnation ont été prononcés par le Ministère public de la Confédération dans le cadre de procédures d'ordonnance pénale, parfois en conjonction avec une procédure simplifiée². A ce jour, le Tribunal pénal fédéral n'a prononcé que deux condamnations à l'encontre des entreprises. Ces deux jugements, faisant l'objet d'appels, ne sont pas encore définitifs. A notre connaissance, aucun jugement entré en force n'a été rendu contre une entreprise au niveau cantonal³.
3. Face à la présumée ampleur de la délinquance économique en matière de corruption, ce constat de seulement onze jugements entrés en force en vingt ans apparaît modeste. Cette contribution se propose d'analyser les raisons principales de cette situation et d'envisager des pistes de solutions susceptibles d'améliorer ce bilan. Par ailleurs, cette contribution examine également les lacunes en matière de transparence associées aux procédures en vigueur.

¹ Voir, par exemple, BECKER/HAUSER/KRONTHALER, 17.

² Cf. *infra* chap. III. pour des explications concernant ces deux types de procédure.

³ Pour plus de détails sur la pratique actuelle, cf. HILTI, 11 ss ; HILTI/MÄDER, 6 ss.

II. Analyse des déficits de mise en œuvre et exploration de solutions

A. La coopération et l'auto-dénonciation des entreprises

4. Les difficultés rencontrées dans l'application de la responsabilité pénale des entreprises sont diverses et complexes. Le premier écueil réside dans le taux élevé d'infractions qui demeurent non découvertes, entravant ainsi la possibilité de disposer d'un soupçon initial suffisant pour engager des poursuites. A cette problématique s'ajoutent les défis liés à la collecte de preuves, exacerbés par les entraves à l'entraide judiciaire internationale, sur laquelle les parquets doivent s'appuyer pour les délits transfrontaliers. Il est à noter que les onze affaires ayant mené à des jugements entrés en force jusqu'à ce jour concernent des actes commis à l'étranger. Les procédures étant complexes et chronophages, l'insuffisance des ressources au sein des ministères publics constitue également un obstacle notable⁴.
5. En définitive, les parquets dépendent largement de la coopération et, idéalement, de l'auto-dénonciation des entreprises fautives pour assurer une responsabilisation pénale effective⁵.

B. Le manque d'incitations pour encourager l'auto-dénonciation des entreprises

6. Les entreprises qui n'adoptent pas systématiquement des pratiques commerciales corrompues⁶ ont généralement intérêt à collaborer avec les autorités de poursuite pénale, voire à procéder à leur propre dénonciation. Celles ayant recouru à la corruption se retrouvent

⁴ Pour plus de détails sur les raisons des problèmes d'exécution, cf. HILTI, 36 ss.

⁵ HILTI, 39 s.

⁶ La gamme des infractions préalables déclenchant la responsabilité pénale des entreprises, conformément à l'art. 102 al. 2 CP, est remarquablement restreinte. A part les délits de corruption, seules quelques infractions telles que le blanchiment d'argent, la participation à une organisation criminelle et le financement du terrorisme y sont incluses. Parmi les onze entreprises ayant été condamnées par des jugements devenus définitifs, l'infraction préalable était la corruption d'agents publics étrangers dans dix cas et le blanchiment d'argent dans un seul cas.

prisonnières d'un cercle vicieux : elles sont sujettes au chantage de leurs partenaires commerciaux délictueux, ce qui les rend dépendantes et entrave leur liberté opérationnelle ainsi que leur capacité d'innovation. La seule échappatoire à cette situation pernicieuse réside dans une approche méthodique de correction de leurs erreurs, aboutissant à un jugement par les autorités compétentes.

7. Toutefois, cette démarche entraîne des conséquences significatives pour l'entreprise. Dans la pratique, la décision d'engager cette procédure devrait donc être principalement influencée par les répercussions concrètes de la coopération et de l'auto-dénonciation. Autrement dit, les incitations pour une entreprise à collaborer et à se dénoncer doivent être suffisamment attrayantes⁷.
8. Selon nos informations, une seule entreprise en Suisse s'est auto-dénoncée auprès des autorités de poursuite pénale⁸. Jusqu'à ce jour, les incitations à un tel acte semblent limitées en Suisse. Quelle est la raison sous-jacente à cette réticence ?

1. Lacune législative en Suisse : l'absence d'un dispositif d'exemption de peine pour les entreprises

9. Pour une entreprise, les répercussions d'une condamnation pénale est d'une gravité considérable. Une telle sentence entrave fortement, voire rend impossible selon les cas, l'obtention de futurs marchés, tant publics que privés, en fonction des pays et des partenaires commerciaux concernés. Ainsi, l'existence d'un dispositif légal permettant l'exemption de peine pour les entreprises représenterait une incitation majeure à leur auto-dénonciation. Cependant, contrairement à d'autres pays tels que la France ou le Royaume-Uni, un tel mécanisme fait défaut en Suisse.
10. Il apparaît donc nécessaire d'introduire en Suisse un dispositif d'exemption de peine pour les entreprises, encadré de conditions strictes afin de respecter les principes de l'Etat de droit⁹. Un tel

⁷ HILTI, 34 ss.

⁸ Il s'agit de l'auto-dénonciation de KBA-NotaSys en 2015.

⁹ Pour les valeurs de référence d'une réglementation possible, cf. HILTI, 50.

instrument devrait contribuer de manière significative à révéler les comportements fautifs des entreprises et à prévenir de futures transgressions de leur part.

11. La relation étroite entre la possibilité d'une exemption de peine, voire d'une renonciation à la sanction, et l'auto-dénonciation est également démontrée par les expériences du droit suisse des cartels. Le droit des cartels, à travers la réglementation sur la clémence (art. 49a, al. 2 LCart), offre la possibilité d'une renonciation à des sanctions en cas de dénonciation spontanée, dans le double objectif de prévenir la formation de cartels et de faciliter à l'autorité de la concurrence la détection et la poursuite de cartels existants¹⁰. Ce dispositif est fréquemment utilisé, et selon les déclarations de l'autorité de la concurrence, elle a bénéficié d'une aide décisive dans 80 à 90% des affaires de cartels dévoilées grâce aux auto-dénonciations¹¹.

2. Problématique de l'incertitude : le déficit de prévisibilité et de sécurité juridique

12. Il est essentiel qu'une entreprise puisse au moins évaluer les conséquences d'un recours aux autorités judiciaires. Toutefois, en Suisse, la prévisibilité et la sécurité juridique nécessaires ne sont actuellement pas assurées de manière adéquate. Cette situation est principalement due à l'insuffisance de précédents judiciaires ; en effet, la clarification exhaustive des questions relatives à l'application du droit pertinent ne peut guère se faire au travers de seulement onze jugements entrés en vigueur à ce jour.
13. Cette problématique est exacerbée par le fait que les onze ordonnances pénales du Ministère public de la Confédération, bien que fournissant des motivations sur des points essentiels, ne le font que de manière succincte¹². Il en résulte une impossibilité d'obtenir des indications fiables concernant à quel moment quelle procédure

¹⁰ BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 49a N 141a ss.

¹¹ NZZ du 17.4.2018, Témoins de la Couronne contre les cartels suisses.

¹² Concernant l'absence d'obligation de motiver les ordonnances pénales, voir *infra* N 18.

est appliquée, comment une procédure courte peut être garantie, ou encore si et dans quelle mesure le public est informé de la procédure¹³.

14. Actuellement en Suisse, il n'existe pas de lignes directrices publiques et contraignantes définissant l'application des dispositions relatives à la responsabilité pénale des entreprises par les parquets. L'établissement de tels instruments contribuerait à instaurer la prévisibilité et la sécurité juridique manquantes dans ce domaine, favorisant ainsi à moyens moindres l'auto-dénonciation et la coopération des entreprises avec les autorités judiciaires. Ces directives devraient, de manière générale et non au cas par cas, préciser les pratiques d'application des dispositions légales pertinentes, en abordant spécifiquement les types de procédures, leur durée, les sanctions encourues, les modalités de suspension des procédures et les modalités d'information du public¹⁴. D'autres autorités, telles que la Commission de la concurrence, ont déjà mis en œuvre avec succès de tels dispositifs¹⁵.

III. Identification et analyse des déficits de transparence

15. Le principe de la publicité de la justice, tel qu'énoncé à l'art. 30 al. 3 Cst., ainsi que les droits à l'information de la population qui en découlent, revêtent une importance cruciale pour l'Etat de droit et la démocratie. Cependant, des déficits de transparence subsistent au sein de la justice pénale. La plupart de ces lacunes ne se cantonnent pas uniquement à la poursuite pénale des entreprises, mais s'étendent de manière plus globale à l'ensemble du système judiciaire.

¹³ Pour plus de détails, cf. HILTI/MÄDER, 11 ss.

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Cf. en particulier, la note du Secrétariat de la Commission de la concurrence sur les accords amiables du 28 février 2018 ; la note explicative et formulaire de programme de clémence (autodénonciation) du 1^{er} janvier 2019.

A. L'intransparence dans la procédure de l'ordonnance pénale

16. Comme précédemment mentionné, tous les jugements définitifs prononcés à ce jour à l'encontre d'entreprises ont été rendus dans le cadre de la procédure de l'ordonnance pénale, qui constitue un mécanisme de règlement économique de la procédure. Dans cette procédure, il n'y a pas d'accusation devant un tribunal et, par conséquent, aucun débat public n'a lieu ; le ministère public est l'autorité responsable de la remise (art. 352 CPP)¹⁶. La procédure se déroule à huis clos (art. 69 al. 3 let. d CPP).
17. Même après la conclusion de la procédure, l'accès du public à une ordonnance pénale est entravé. Une consultation illimitée n'est possible que pendant la période du délai d'opposition en cours, à condition que les tiers soient informés en temps opportun de l'émission de l'ordonnance pénale, ce qui implique une communication adéquate de la part du ministère public au public¹⁷. Pour la période suivant ce délai, la consultation n'est pas assurée. La doctrine juridique soutient que l'accès dépend d'une pesée des intérêts privés et publics¹⁸. Les personnes intéressées sont donc obligées de soumettre des demandes de consultation aux autorités compétentes, à savoir le Ministère public de la Confédération et les 26 ministères publics cantonaux, dans les intervalles des brefs délais d'opposition, si elles souhaitent accéder avec certitude aux ordonnances pénales.
18. L'absence d'obligation de motivation pour l'ordonnance pénale représente un autre déficit significatif en termes de transparence, affectant considérablement sa compréhensibilité et sa pertinence¹⁹. Cependant, le ministère public a la faculté, bien qu'il n'y soit pas légalement contraint, de fournir une motivation (plus ou moins

¹⁶ BSK StPO-DAPHINOFF, Avant-propos des art. 352-356 N 1.

¹⁷ En ce qui concerne les ordonnances pénales rendues à l'encontre d'entreprises et entrées en force, le Ministère public de la Confédération a, dans six cas sur onze, informé le public du prononcé de l'ordonnance pénale concernée avant l'expiration du délai d'opposition.

¹⁸ BSK StPO-SAXER/SANTSCHI KALLAY/THURNHEER, art. 69 N 39.

¹⁹ BSK StPO-DAPHINOFF, art. 353 N 16.

détaillée) pour l'ordonnance pénale²⁰. Le Ministère public de la Confédération a effectivement motivé les onze ordonnances pénales rendues à ce jour contre des entreprises et entrées en force.

19. A notre connaissance²¹, les systèmes de gestion des dossiers au sein des ministères publics permettent uniquement de trier les jugements selon les infractions en vertu de la partie spéciale du Code pénal. Or, les éléments relatifs à la responsabilité pénale des entreprises (art. 102 CP) se trouvent dans la partie générale. De ce fait, le traitement des demandes de consultation représente un coût significatif pour les ministères publics, et les informations fournies sont probablement sujettes à incertitude.

B. L'intransparence dans la procédure simplifiée

20. La procédure simplifiée établit un cadre légal pour les accords entre l'accusé, qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale, et le ministère public. Cette procédure se conclut par un jugement du tribunal, rendu à l'issue d'un procès public simplifié (art. 361s CPP). Le Ministère public de la Confédération a recouru à la procédure simplifiée dans plusieurs des onze cas aboutissant à un jugement définitif contre des entreprises. A une exception près, il a néanmoins clôturé chaque affaire par l'émission d'une ordonnance pénale de sa propre initiative, sans porter l'affaire devant le tribunal²². La possibilité de conclure une procédure simplifiée par une ordonnance pénale, c'est-à-dire sans examen judiciaire, fait l'objet de controverses au sein de la doctrine juridique²³.
21. Lorsque, comme c'est le cas avec la pratique du Ministère public de la Confédération, une procédure simplifiée se termine par une ordonnance pénale, elle engendre les mêmes problèmes de transparence que ceux observés dans la procédure de l'ordonnance pénale.

²⁰ *Ibid.* N 17.

²¹ Sur la base de renseignements fournis par différents ministères publics à Transparency International Suisse.

²² Cf. HILTI/MÄDER, 7 ss.

²³ Cf. pour plus de références HILTI, 16.

C. L'intransparence en lien avec les ordonnances de classement et de non-lieu

22. Concernant les décisions de classement et de non-lieu rendues par les ministères publics, y compris celles basées sur l'art. 53 CP (réparation), les obstacles à l'accès sont substantiellement plus marqués que pour les ordonnances pénales. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, l'accès à ces décisions est conditionné par l'existence d'un intérêt à l'information jugé digne de protection, que les requérants doivent établir. De plus, cet accès ne doit pas se heurter à des intérêts publics ou privés prépondérants²⁴.
23. Aussi dans ce contexte, les systèmes de gestion des dossiers au sein des parquets compliquent davantage l'accès à ces informations²⁵.

D. L'intransparence liée aux décisions de justice cantonales

24. Bien que les arrêts du Tribunal fédéral et du Tribunal pénal fédéral soient disponibles en ligne pour le public, généralement de manière anonymisée, via leurs propres bases de données de décisions, il n'existe pas de base de données centrale pour les décisions judiciaires cantonales accessibles au public, rendant ainsi l'accès aux décisions cantonales laborieux. La transparence varie significativement d'un canton à l'autre. Dans les cas où des bases de données en ligne sur la jurisprudence des tribunaux sont disponibles, il est à noter que les jugements pénaux de première instance n'y figurent pas ou du moins pas de manière systématique²⁶.

E. L'intransparence dans le cadre des données statistiques

25. Des lacunes subsistent également dans les données statistiques disponibles. La statistique des jugements pénaux, tenue par l'Office fédéral de la statistique, ne répertorie ni les infractions d'entreprise relevant de l'art. 102 CP, ni les réparations versées en vertu de

²⁴ TF 1C_13/2016 ; TF 1B_68/2012 ; ATF 137 I 16 ; ATF 134 I 286.

²⁵ Cf. chap. III A.

²⁶ HILTI, 22, 46.

l'art. 53 CP en lien avec les infractions d'entreprise. Le Ministère public de la Confédération publie annuellement des données statistiques approximatives concernant ses activités, telles que le nombre de procédures en cours par an en matière de « corruption internationale », pratique similairement adoptée par les ministères publics cantonaux. Toutefois, ni le Ministère public de la Confédération ni les ministères publics cantonaux ne fournissent de statistiques détaillées concernant les ordonnances de non-lieu et de classement par type d'infraction.

IV. Conclusion

26. L'exécution du droit pénal de l'entreprise est lacunaire. En 20 ans d'existence de la disposition pénale correspondante (principalement l'art. 102 al. 2 CP), seules onze entreprises ont été condamnées de manière définitive, alors que la délinquance effective est probablement bien plus élevée. Cette situation insatisfaisante s'explique essentiellement par le fait que les autorités de poursuite pénale dépendent en grande mesure de la coopération, voire, dans l'idéal, de l'auto-dénonciation des entreprises fautives, si elles veulent réussir à les rendre pénalement responsables. Or, jusqu'à présent, les entreprises ne sont pas (suffisamment) incitées à le faire.
27. Premièrement, un dispositif d'exemption de peine pour les entreprises, encadré de conditions strictes afin de respecter les principes de l'Etat de droit fait défaut. En outre, les entreprises manquent de sécurité juridique et de prévisibilité lorsqu'elles s'adressent aux autorités. L'adoption par les ministères publics de directives contraignantes, accessibles au public, sur leur pratique en matière de punissabilité de l'entreprise pourrait remédier à ce déficit. Ces démarches renforceraient non seulement l'Etat de droit et la confiance en la justice, mais contribueraient également à une répression plus efficace et à une meilleure prévention de la délinquance économique en Suisse.
28. De plus, les obstacles à l'accès aux informations judiciaires, notamment en ce qui concerne les ordonnances pénales et les décisions de classement, exacerbent le déficit de transparence, entravant ainsi la capacité du public à comprendre et évaluer l'efficacité de la justice pénale.

Bibliographie

BECKER KATHARINA/HAUSER CHRISTIAN/KRONTHALER FRANZ, Korruptionsrisiken erfolgreich begegnen, Strategien für international tätige Unternehmen, Hochschule Technik & Wirtschaft Chur, Coire 2012

DAPHINOFF MICHAEL, vor Art. 352-356, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2023 (cité : BSK StPO-DAPHINOFF, Avant-propos des art. 352-356)

DAPHINOFF MICHAEL, Art. 353, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2023 (cité : BSK StPO-DAPHINOFF, art. 353)

HILTI MARTIN, Punissabilité de l'entreprise, Réglementation lacunaire, Exécution défectueuse, Déficits de transparence importants, Transparency International Suisse, Berne 2020

HILTI MARTIN/MÄDER WALTER, Poursuite pénale de l'entreprise, Comment améliorer l'exécution de la responsabilité pénale de l'entreprise, Transparency International Suisse, Berne 2023

SAXER URS/THURNHEER SIMON, Art. 69, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar, Schweizerische Strafprozessordnung, 3^e éd., Bâle 2023 (cité : BSK StPO-SAXER/THURNHEER, art. 69)

TAGMANN CHRISTOPH/ZIRLICK BEAT, Art. 49a, in : Amstutz/Reinert (édit.), Basler Kommentar : Kartellgesetz, 2^e éd., Bâle 2022 (cité : BSK KG-TAGMANN/ZIRLICK, art. 49a)

Abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	arrêt du tribunal fédéral
cf.	<i>confer</i>
chap.	chapitre
Cst.	Constitution fédérale de la confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
LCart	Loi fédérale sur les cartels et autres restrictions à la concurrence (Loi sur les cartels, LCart) du 6 octobre 1995 (RS 251)
let.	lettre
N	numéro(s) de paragraphe
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
StPO	Strafprozessordnung cf. CPP
TF	Tribunal fédéral



La CJIP : une justice expéditive au détriment des droits des victimes et de la transparence judiciaire ?

par

Chanez Mensous

Responsable de contentieux et plaidoyer, Association Sherpa

et

Jean-Philippe Foegle

Chargé de contentieux et plaidoyer, Association Sherpa

I. Introduction.....	146
II. Un dispositif d'exception dénué d'effet dissuasif en matière de lutte contre la criminalité financière et environnementale.....	148
A. Un champ d'application large au détriment de l'impératif de clarté de la loi pénale.....	148
B. Le leurre de la rentabilité de la CJIP pour les recettes de l'Etat : des prononcés d'amendes d'un montant limité en pratique	150
III. Une procédure procédant à la mise à l'écart des victimes de la criminalité financière et environnementale	151
A. L'indigence des garanties procédurales accordées aux victimes dans le cadre de la CJIP	151
B. Un statut problématique au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles	152
IV. Conclusion	155
Bibliographie	157
Abréviations	158

I. Introduction

1. La Convention Judiciaire d'Intérêt Public (CJIP) a été introduite, en droit français, par la loi « Sapin II » relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique¹. Envisagée par le législateur comme un dispositif d'alternative aux poursuites susceptible de concurrencer les *deferred prosecution agreements* nord-américains, le dispositif permet aux personnes morales, moyennant le paiement d'une amende et le suivi d'un programme de conformité, d'échapper aux poursuites pénales. Elle offre ainsi aux entreprises la possibilité d'échapper aux peines complémentaires prévues par l'art. 445-4 CP, telles que l'exclusion des marchés publics ou la dissolution et la fermeture des établissements ayant servi à commettre les faits.
2. Le rôle du juge² dans le cadre de la procédure est limité à un rôle d'homologation ou de refus d'homologation de la proposition de convention, « [...] en vérifiant le bien-fondé du recours à cette procédure, la régularité de son déroulement, la conformité du montant de l'amende aux limites prévues au 1 du I du présent article et la proportionnalité des mesures prévues aux avantages tirés des manquements »³.
3. Si le président du tribunal ne valide pas la proposition de convention, si la personne morale mise en cause décide d'exercer son droit de rétractation ou si, dans le délai prévu par la convention, la personne morale mise en cause ne justifie pas de l'exécution intégrale des obligations prévues, le procureur de la République peut néanmoins mettre en mouvement l'action publique. En outre, les personnes ayant subi un préjudice ont la faculté de solliciter la réparation de leur préjudice devant la juridiction civile.

¹ 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.

² Le président du tribunal judiciaire doit être saisi par requête du procureur de la République lorsque la personne morale mise en cause donne son accord à la proposition de convention.

³ Art. 41-1-2 II CPP.

4. S'agissant de l'articulation avec la responsabilité des personnes physiques, l'art. 41-1-2 CPP précise que « [l]es représentants légaux de la personne morale mise en cause demeurent responsables en tant que personnes physiques ». Certaines associations, dont Sherpa – qui a dénoncé dès l'origine le dispositif⁴ – craignent toutefois que l'acceptation par une société d'une CJIP ne conduise de facto à empêcher la tenue d'un procès visant les personnes physiques, organes ou représentants de cette dernière, lorsque ces dernières négocient, en parallèles, des comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC).
5. Un mécanisme similaire a été prévu à l'art. 41-1-3 CPP pour les délits prévus par le code de l'environnement et les infractions connexes⁵.
6. Alors que le dispositif était initialement limité aux infractions de corruption et de blanchiment d'argent, la CJIP n'a eu de cesse de voir son champ matériel d'application à d'autres infractions, limitant encore plus, de ce fait, le caractère dissuasif de la réponse pénale à la criminalité financière. Cette extension croissante pose en outre question au regard de l'exigence constitutionnelle de prévisibilité de la loi pénale. En effet, celle-ci, couplée au fait que les CJIP peuvent être proposées pour des délits « connexes », rend extrêmement difficile pour les justiciables de pouvoir prévoir de manière suffisamment précise dans quelles hypothèses le dispositif peut être proposée à une personne morale.
7. En outre, ce dispositif dérogatoire prive les victimes de la délinquance financière et environnementale d'une grande partie des garanties instituées par les art. 2 ss CPP, ce qui paraît problématique au regard de l'exigence de garantie des droits consacrée par l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (II.)

⁴ Voir notamment Sherpa 2020 ; ROUSSEAU, MÉRIC 2020.

⁵ Loi n° 2020-1672 du 24 décembre 2020 relative au Parquet européen, à la justice environnementale et à la justice pénale spécialisée, JORF n° 0312 du 26 décembre 2020, texte n° 4.

II. Un dispositif d'exception dénué d'effet dissuasif en matière de lutte contre la criminalité financière et environnementale

A. Un champ d'application large au détriment de l'impératif de clarté de la loi pénale

8. Initialement restreinte à des délits d'atteinte à la probité publique, la CJIP a été, par la suite, élargie à la fraude fiscale puis aux délits environnementaux⁶.
9. En outre, la loi dispose que des CJIP peuvent être proposées pour des « infractions connexes ». Or, cette notion, en raison de son caractère évasif, est susceptible de générer des abus dans l'usage du dispositif. En témoigne, en particulier, le cas de la convention signée entre le parquet et l'entreprise LVMH, largement dénoncée par les organisations de la société civile⁷. Pour rappel, dans le cadre d'une information judiciaire, il est apparu que la société LVMH avait fait appel aux services de M. Squarcini, ancien directeur du renseignement intérieur, afin de surveiller, espionner et infiltrer l'association Fakir (éditant un journal du même nom) afin de capter des données personnelles sur des membres de l'association et en particulier François Ruffin. Il s'agissait dans cette affaire des faits graves, puisque attentatoire à la liberté d'expression d'un organe de presse et d'un journaliste. En outre, les faits en cause n'entretenaient qu'un lien ténu de connexité avec l'affaire au principal, qui avait trait à des délits de trafic d'influence et de recel commis par la société.
10. Or, alors qu'une instruction était en cours, la procureure de la République près le Tribunal Judiciaire de Paris a décidé de conclure avec la société LVMH une CJIP, cette dernière indiquant de manière lacunaire que le ministère public « [...] considère que ces faits [qui

⁶ Loi du 23 octobre 2018 relative à la lutte contre la fraude, JORF n° 0312 du 24 octobre 2018 ; loi du 24 décembre 2020 relative au parquet européen, à la justice, environnementale et à la justice pénale spécialisée, JORF n° 0312 du 26 décembre 2020.

⁷ Cf. le communiqué de presse du Syndicat national des journalistes, La convention judiciaire LVMH : où s'arrêtera la justice du carnet de chèques ?, tribune, 17 février 2022.

concernent le journal Fakir et François Rufin] connexes aux précédents [relatifs à Hermès] sont susceptibles de recevoir la qualification de complicité, par instigation, de collecte frauduleuse de données à caractère personnel »⁸.

11. Une conception aussi extensive de la notion de « délit connexe » apparaît problématique au regard du principe de légalité des délits et des peines consacrés par le Conseil Constitutionnel⁹, et auquel le législateur se doit de se conformer¹⁰.
12. Comme souligné par la doctrine¹¹, ce principe de légalité des délits et des peines exprime un besoin absent de la Déclaration historique – celle de 1789 – sur le plan textuel, mais évident sur le plan des valeurs : le besoin de qualité des lois. A ce titre, la loi « [...] doit répondre à des objectifs de modération et de précision rédactionnelle pour ne pas risquer d’être la source des abus qu’elle doit justement conjurer ». Ainsi, ce principe réclame « [...] la modération dans l’utilisation de l’arme pénale qui doit aussi répondre à un impératif de prévisibilité pour le justiciable [...] », et la qualité rédactionnelle est donc, « [...] non seulement, un rempart contre un pouvoir arbitraire qui punirait sans discernement mais encore un modérateur procédural ».
13. Comme l’a énoncé le Conseil, cette exigence de clarté de la loi pénale implique que « [...] la définition d’une incrimination, en matière délictuelle, doit inclure, outre l’élément matériel de l’infraction, l’élément moral, intentionnel ou non, de celle-ci [...] »¹². La loi se doit par conséquent d’être claire et précise, sans ambiguïtés, obscurités ou imprécisions.

⁸ Tribunal judiciaire de Paris, ordonnance de validation d’une CJIP, 17 décembre 2021, n° 111-2021 ; CJIP conclue entre le procureur de la République et la société LVMH, 15 décembre 2021.

⁹ Conseil constitutionnel, 80-127 DC, 20 janvier 1981, consid. 7, Journal officiel du 22 janvier 1981, page 308, Recueil, page 15.

¹⁰ Aux termes de l’art. 62 de la constitution du 4 octobre 1958, « [l]es décisions du Conseil constitutionnel ne sont susceptibles d’aucun recours. Elles s’imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

¹¹ DE Lamy 2009.

¹² Conseil constitutionnel, 29 novembre 2022 99-411 DC du 16 juin 1999, consid. 16.

14. Or, le fait que l'art. 41-1-2 CPP prévoit que les conventions puissent être proposées pour des « infractions connexes » fait obstacle à ce qu'il soit possible de déterminer avec un degré de prévisibilité raisonnable le champ exact d'application de cette dernière, ce qui semble contradictoire avec les exigences suscitées.

B. Leurre de la rentabilité de la CJIP pour les recettes de l'Etat : des prononcés d'amendes d'un montant limité en pratique

15. Notons d'emblée que si les CJIP sont publiées sur les sites respectifs du Ministère de la Justice et du Ministère de l'Environnement, l'ensemble des débats auxquels la négociation d'une convention donnent lieu sont couverts par le secret de la transaction. En l'absence d'organisation d'un réel débat public – qui est pourtant constitutif du procès pénal – la sanction perd en grande partie son caractère dissuasif, l'exposition publique des pratiques délictueuses des entreprises étant en elle-même susceptible de dissuader ces dernières de s'engager dans des comportements délictueux.
16. A cela s'ajoute le caractère faiblement dissuasif des amendes prononcées dans le cadre des CJIP depuis l'instauration du dispositif. En témoignent, notamment la CJIP LVMH du 15 décembre 2021¹³ mentionnée *supra*, ainsi que les deux premières CJIP en matière environnementale conclues respectivement en 2021¹⁴ et 2022¹⁵.
17. Dans l'affaire LVMH, l'entreprise s'est acquittée d'une amende de 10 millions € – soit à peine 0,02 % de son chiffre d'affaires – alors que le montant de l'amende qui aurait pu être prononcée à l'issue d'une procédure pénale de droit commun s'élève à 14 milliards €.
18. En matière environnementale, la CJIP conclue avec le SYMPAE a prononcé une amende de 5 000 €, un montant dérisoire au regard du montant pouvant être prononcé à l'issue d'un procès pénal, qui

¹³ CJIP conclue entre le procureur de la République et la société LVMH, 15 décembre 2021.

¹⁴ CJIP conclue entre le procureur de la République et le SYMPAE, 22 novembre 2021.

¹⁵ Tribunal judiciaire de Riom, ordonnance de validation d'une CJIP, 18 février 2022, n° parquet 21179000045.

La CJIP : une justice expéditive et opaque au détriment des victimes

s'élève pour les personnes physiques à une peine de 75 000 € d'amende et de deux ans d'emprisonnement et, s'agissant des personnes morales, d'une amende de près de soit 375 000 € selon l'art. 131-38 CP.

19. De même, la CJIP conclue avec le Groupement agricole d'exploitation en commun (GAEC) des Beaudor, qui portait des soupçons de rejet en eau douce ou en pisciculture d'une substance nuisible au poisson ou à sa valeur nutritionnelle, a prononcé une amende de 1000 €, ce qui apparaît extrêmement faible au regard des conséquences d'une telle infraction sur la santé humaine et l'environnement.

III. Une procédure procédant à la mise à l'écart des victimes de la criminalité financière et environnementale

A. L'indigence des garanties procédurales accordées aux victimes dans le cadre de la CJIP

20. Alors que les victimes de la corruption sont souvent difficiles à identifier et éprouvent des difficultés à faire valoir leurs prétentions, le statut qui leur est accordé dans le cadre de la CJIP privent ces dernières des garanties procédurales de nature à leur permettre de faire valoir leurs prétentions de manière équitable. En effet, la procédure prévue par l'art. 41-1-2 CPP ne remplit aucun des critères suscités tant elle organise une inégalité structurelle entre les victimes et les personnes morales poursuivies.
21. Ainsi, lorsqu'une victime est identifiée, cette dernière n'a pas de possibilité de s'opposer au choix de recourir à la CJIP, et n'a pour seule faculté que de transmettre des éléments aux fins de l'évaluation du préjudice subi. En outre, l'art. R. 15-33-60-1 CPP ne prévoit que de manière lacunaire que la victime est informée « par tout moyen » de la décision du procureur de proposer la conclusion d'une CJIP à la personne morale, le procureur fixant de manière discrétionnaire le délai au cours duquel la victime a la possibilité de fournir des éléments relatifs au préjudice subi. En outre, la victime n'a pas de possibilité de faire appel de l'ordonnance procédant à l'homologation de la convention.

22. A l'inverse, l'art. 42-1-2 CPP prévoit explicitement que la personne morale mise en cause peut refuser la proposition de Convention, qui est négociée directement avec cette dernière. Ainsi, la possibilité de recourir à une procédure privant les victimes d'un grand nombre de garanties existantes en droit commun apparaît laissée à l'entière discrétion de la personne morale mise en cause. Au-delà, la disposition qui stipule dans l'art. 41-1-2 CPP que « [l']ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation » crée une distinction injustifiée entre les requérants.

B. Un statut problématique au regard des exigences constitutionnelles et conventionnelles

23. L'art. 6 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 traduit l'exigence d'égalité des armes qui, en droit européen « [...] requiert que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de présenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire »¹⁶. Cette définition correspond également à la conception constitutionnelle de l'équilibre des droits des parties.
24. Le principe d'égalité des armes implique que les parties soient mises en mesure de discuter les différents éléments du dossier de la procédure afin que l'équilibre des parties soit respecté, mais également que les dérogations prévues aux règles de droit commun procédural ne procèdent pas de distinctions injustifiées et que soient assurées aux justiciables des garanties égales.
25. C'est ce qui a été rappelé par le Conseil Constitutionnel, saisi d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC) portant sur l'art. 8 de l'ordonnance du 25 mars 2020, prévoyant que « [l]orsque la représentation est obligatoire ou que les parties sont assistées ou représentées par un avocat, le juge ou le président de la formation de jugement peut, à tout moment de la procédure, décider qu'elle se déroule selon la procédure sans audience. Il en informe les parties

¹⁶ Cour européenne des droits de l'homme, *Fretté c. France*, affaire n° 36515/97, décision du 26 février 2002.

par tout moyen ». Dans cette décision, le Conseil Constitutionnel a conclu que la faculté pour le juge de recourir à une procédure dans laquelle les garanties accordées aux parties sont amoindries ne porte pas atteinte à l'égalité des armes à trois conditions. D'une part, que les parties doivent toutes deux être placées dans l'impossibilité de refuser le recours à ladite procédure. D'autre part, le recours à ladite procédure doit être justifié par l'urgence particulière de l'instance. Enfin, un débat contradictoire doit *a minima* avoir lieu¹⁷.

26. Or, force est de constater que la procédure prévue par l'art. 41-1-2 CPP ne remplit aucun des critères suscités tant elle organise une inégalité structurelle entre les victimes et les personnes morales poursuivies.
27. En effet, et comme ce fut exposé précédemment, dans les cas où une victime est identifiée, celle-ci ne peut pas s'opposer au choix de recourir à la CJIP et ne peut que transmettre des éléments pour faire valoir ses préjudices et demander le recouvrement sans en négocier le montant. A l'inverse, l'art. 42-1-2 CPP prévoit explicitement que la personne morale mise en cause peut refuser la proposition d'une CJIP, qui est négociée directement avec cette dernière. Ainsi, la possibilité de recourir à une procédure privant les victimes d'un grand nombre de garanties existantes en droit commun est laissée à l'entière discrétion de la personne morale mise en cause.
28. Cette flagrante inégalité des armes est, de surcroît, renforcée par le rôle central joué par le parquet, tant dans le choix de la procédure suivie que dans la fixation du contenu de la CJIP, du montant de l'amende, et du montant de la réparation accordée à la victime.
29. Or, comme l'a rappelé la Cour Européenne des Droits de l'Homme, dont les décisions en la matière ont largement inspiré la jurisprudence constitutionnelle, le juge du siège est le garant ultime du procès, et il appartient en principe à une autorité de l'Etat (en France, le parquet), dans le cadre d'une action publique, de présenter et d'étayer le dossier de l'accusation dans l'optique d'un débat contradictoire avec les autres parties. Dès lors, la confusion

¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2020-866 QPC du 19 novembre 2020.

des deux rôles dans le procès risque de nuire à l'exigence d'impartialité découlant de l'art. 6 § 1 CEDH¹⁸.

30. Notons en outre que, si les CJIP sont rendues publiques, l'ensemble des débats et discussions qui les entourent demeurent couverts par le secret de la « transaction ». L'absence de débat public, qui caractérise en principe le procès pénal, nuit à l'apparence d'impartialité de la procédure et à l'apparence d'impartialité du parquet, qui est pourtant en droit européen un aspect essentiel du procès équitable.
31. Au-delà, le fait que l'art. 41-1-2 CPP prévoit que « [l']ordonnance de validation n'emporte pas déclaration de culpabilité et n'a ni la nature ni les effets d'un jugement de condamnation » crée une distinction injustifiée entre les requérants.
32. En effet, des personnes soupçonnées d'avoir commis des délits pour lesquels le législateur a instauré un quantum des peines inférieur à celui instauré dans le cadre des infractions visées par la CJIP (5 ans) – et implicitement considéré que la valeur sociale protégée par ces délits est moins conséquente que la valeur sociale protégée par les infractions visées à l'art. 41-1-2 CPP – se verront appliquer en toute hypothèse une procédure emportant déclaration de culpabilité.
33. De ce fait, ces derniers obtiendront un traitement moins favorable que celui appliqué aux personnes morales visées par l'art. 41-1-2 CPP.
34. Les éléments sus-cités ont conduit l'association Sherpa à poser une QPC afin de questionner la conformité aux droits et libertés par la Constitution de la CJIP¹⁹. Cette QPC, posée dans le cadre de l'examen de la seconde CJIP signée par Airbus le 30 novembre 2022, a été rejetée par le tribunal au motif que les associations n'étaient pas parties à l'instance²⁰.

¹⁸ Cour européenne des droits de l'homme, *Karelin c. Russie*, affaire n° 926/08, décision du 20 septembre 2016, § 51.

¹⁹ Sherpa 2022.

²⁰ Cf. l'article de presse de Valérie de Senneville, *La justice négociée bouleverse durablement la culture pénale française*, Les Echos du 16 janvier 2023.

IV. Conclusion

35. La CJIP représente une innovation significative dans le traitement des infractions de corruption et de blanchiment d'argent. Néanmoins, son application soulève des questions importantes quant à l'équilibre entre efficacité judiciaire et respect des principes fondamentaux de droit.
36. Premièrement, l'élargissement du champ d'application de la CJIP, qui inclut désormais les délits fiscaux et environnementaux, ainsi que les infractions connexes, pose des défis en matière de clarté et de prévisibilité de la loi pénale. Cette extension risque de compromettre le caractère dissuasif de la réponse pénale face à la criminalité financière et environnementale, remettant en question le respect de l'exigence constitutionnelle de prévisibilité de la loi pénale.
37. Deuxièmement, la CJIP, bien que bénéfique pour les finances de l'État, présente des limites en termes de dissuasion. Les montants des amendes prononcées, souvent faibles par rapport aux bénéfices tirés des infractions, peuvent réduire l'efficacité du dispositif en tant que mécanisme de dissuasion.
38. Troisièmement, la procédure de la CJIP, en ne garantissant pas un accès adéquat aux victimes pour faire valoir leurs droits, soulève des inquiétudes quant à l'égalité des armes et à la protection des droits des victimes. Le rôle limité des victimes dans le processus de négociation et d'homologation des conventions peut entraver leur capacité à obtenir réparation de manière équitable.
39. Enfin, les préoccupations relatives à l'impartialité et à l'équité du processus de négociation des CJIP, ainsi qu'à la distinction créée par l'absence de déclaration de culpabilité dans l'ordonnance de validation, nécessitent une réflexion approfondie. Ces aspects soulignent l'importance de garantir que les CJIP, tout en étant un outil efficace dans la lutte contre la corruption, respectent les principes fondamentaux de justice et d'équité.
40. En conclusion, bien que la CJIP offre une voie alternative et potentiellement plus efficace pour traiter certains cas de criminalité financière, il est crucial de veiller à ce que son application soit conforme aux exigences de transparence, de prévisibilité et de

respect des droits des victimes. La réforme de la CJIP doit donc s'orienter vers une meilleure intégration de ces principes fondamentaux, afin de garantir une justice pénale à la fois efficace et équitable.

Bibliographie

DE LAMY BERTRAND, Le principe de la légalité criminelle dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, Cahiers du Conseil constitutionnel n° 26 (Dossier : La Constitution et le droit pénal), août 2009 (cité : DE LAMY 2009)

ROUSSEAU LAURA/MÉRIC MATHIEU, Les inconvénients de la justice négociée en matière de criminalité financière, Dalloz actualité, 2 juin 2020 (cité : ROUSSEAU, MÉRIC 2020)

Sherpa, « Dossier Sarkozy / financements libyens : les faits de corruption concernant Airbus en Libye face à la justice négociée », 29 novembre 2022 (cité : Sherpa 2022)

Sherpa, « La responsabilité environnementale ne se négocie pas ! », tribune parue dans *Le Monde*, 8 décembre 2020 (cité : Sherpa 2020)

Abréviations

art.	article(s)
c.	contre
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
cf.	<i>confer</i>
consid.	considérant
CP	Code pénale de la France
CPP	Code de procédure pénale de la France
CRPC	Comparutions sur reconnaissance préalable de culpabilité
DC	Contrôle de constitutionnalité des lois ordinaires, lois organiques, des traités, des règlements des Assemblées
€	Euro(s)
JORF	Journal officiel « Lois et Décrets »
n°	numéro
s./ss	et suivant(s)/et suivant(e)s
QPC	Question prioritaire de constitutionnalité

La poursuite pénale efficace en Suisse dans le contexte d'enquêtes de corruption internationale – un acte de balance entre le secret d'instruction et la transparence envers le public

par

Stefan Blättler*

Procureur général de la Confédération

et

Maria Schnebli

Procureure fédérale

Responsable du domaine Corruption internationale
Ministère Public de la Confédération

I. Introduction.....	161
II. Le système actuel des ordonnances pénales en lien avec la responsabilité pénale des entreprises.....	164
A. L'introduction du droit pénal suisse des entreprises : contexte et évolution.....	164
B. La condamnation par ordonnance pénale : conditions et pratique.....	167
C. Exemples de communication nationale et internationale et de leur coordination dans les procédures du MPC contre des entreprises suisses pour corruption transnationale : analyse à travers les cas SICPA et ABB	169
1. Remarque préliminaire.....	169
2. Le cas SICPA	171

* Les auteurs souhaitent remercier Jacques Rayroud pour son aide très précieuse.

3. Le cas ABB.....	172
III. Accords hors procès dans des enquêtes transnationales pour corruption contre entreprises : état actuel et perspectives pour une meilleure dynamique de coopération	173
A. Remarque préliminaire.....	173
B. Art. 53 CP : un outil de justice transactionnelle ?.....	175
C. Suspension de la mise en accusation dans des procédures ouvertes contre entreprises : une première tentative du MPC	177
D. Proposition d'une solution en Suisse prévoyant une réparation et une mise en conformité.....	178
E. La mise en conformité de l'organisation d'une entreprise : une nouveauté.....	181
F. Digression : le monitoring en Suisse conformément au droit des Etats Unis	182
IV. Conclusion	183
Bibliographie	185
Sitographie	186
Jurisprudence.....	188
Abréviations	189

I. Introduction

1. Les représentants des gouvernements et des organisations non gouvernementales citent régulièrement des chiffres compris entre 2,6 et 3,6 trillions de dollars américains comme étant le montant des dommages causés chaque année à la population mondiale par la corruption et le blanchiment d'argent¹.
2. Les centres financiers d'envergure internationale, dont la Suisse fait partie, ont l'obligation de mener des enquêtes efficaces et crédibles sur les affaires de corruption transnationale. Il leur incombe également de tenir responsables les individus ou les personnes morales impliquées, en engageant des poursuites pénales appropriées. Le public a incontestablement besoin de transparence dans la justice pénale. Parallèlement, il est également dans l'intérêt des places économiques concernées de rester compétitives au niveau international. C'est donc à juste titre que l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) a stipulé à l'article 5 de la Convention contre la corruption d'agents publics étrangers relatif à l'application de la loi (*enforcement*) que l'enquête et la poursuite de délits de corruption ne doivent pas être influencées par des considérations relatives aux intérêts économiques nationaux².
3. Les entreprises qui ont leur siège dans ces pays ont pour leur part intérêt à la sécurité juridique et à la prévisibilité en ce qui concerne l'action des autorités de poursuite pénale. Cependant, elles attendent également de ces autorités qu'elles agissent avec la discrétion nécessaire pour éviter de causer un préjudice irréversible à l'activité commerciale, que ce soit en cas de condamnation ou dès l'ouverture d'une enquête pénale. Il doit être dans l'intérêt de l'entreprise de pouvoir faire face à des manquements internes de

¹ Cf. l'article sur un blog de HARTMANN/FERREYRA, 2022, indiqué dans la sitographie.

² OCDE (2021) ; l'OCDE a d'ailleurs accordé une attention particulière à cet article lors de l'examen initial des bases légales suisses dans le cadre du rapport de phase 1 en 2000, cf. OCDE (2000), 15 N 5.2.

manière crédible et avec des conséquences positives pour sa réputation³.

4. Il est intéressant de noter que les directives correspondantes pour les procureurs dans les centres financiers importants tiennent parfois explicitement compte de ce champ de tensions⁴.
5. En droit suisse, la maxime d'office s'applique (art. 6 CPP) et l'obligation de poursuivre (art. 7 CPP). C'est-à-dire, en présence de motifs de soupçons suffisants, l'autorité de poursuite pénale compétente a l'obligation d'ouvrir et de mener une procédure et d'examiner avec le même soin les circonstances à charge et à décharge. On peut ajouter aux principes directeurs mentionnés, le but de rechercher la vérité matérielle. Il est intéressant de constater que ce but, qui est en principe toujours associé à la maxime inquisitoire, n'est mentionné que dans la traduction italienne du titre de l'art. 6 CPP. En ce sens, l'art. 7 al. 1 CPP peut être considéré comme un complément à l'art. 6 CPP. Il s'agit ici de l'obligation de rechercher la vérité matérielle⁵.
6. L'augmentation du nombre de cas et la complexité croissante des grandes procédures poussent les autorités de poursuite pénale aux limites, voire au-delà, de leurs ressources. Les ressources humaines et financières du Ministère public de la Confédération (MPC) et de toute autre autorité de poursuite pénale seraient épuisées en très peu de temps si la recherche de la vérité matérielle était poursuivie sans restriction⁶. Une utilisation proportionnée des ressources à disposition, qui ne sont pas sans limites, est donc absolument nécessaire et notamment aussi dans l'intérêt du contribuable.

³ PORTMANN/BECKERS/REICHLER, 1573.

⁴ Ainsi, par exemple, les directives sur les poursuites pénales des entreprises de l'autorité de poursuite pénale britannique Serious Fraud Office (SFO) stipule expressément, 9 : « *A conviction is likely to have adverse consequences for the company under European law, always bearing in mind the seriousness of the offence and any other relevant public factors. Any candidate or tenderer [...] who has been convicted of [...] corruption is excluded from participation in public contracts within the EU* », cf. <https://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/guidance-for-corporates/guidance-on-a-corporate-prosecution/>

⁵ CR CPP-ROTH/VILLARD, art. 7 N 2.

⁶ LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 16 N 2b.

7. Le MPC, comme toute autre autorité de poursuite pénale en Suisse, se trouve dans un champ de tension entre le principe de célérité de la procédure selon l'art. 5 CPP et la maxime de l'instruction en vertu de l'art. 6 CPP. La nécessité de respecter pleinement les droits des parties lors de l'administration des preuves, conformément au CPP, a un impact considérable sur la rapidité de l'enquête pénale. Ces droits de procédure pénale, notamment le droit d'apposer des scellés et les droits de participation, qui nécessitent le cas échéant la répétition de l'administration des preuves déjà effectuée, sont souvent sollicités par les parties dans les procédures contre les entreprises⁷. Dans les enquêtes pénales complexes devant être coordonnées au niveau international, la vitesse parfois très différente des procédures, notamment par rapport aux juridictions anglo-saxonnes qui disposent d'outils de résolution extrajudiciaire des procédures, peut donc présenter des inconvénients considérables pour les autorités de poursuite pénale suisses⁸.
8. Dans le cadre du CPP, la clôture d'une enquête pénale en dehors de la procédure judiciaire ordinaire n'est possible que si les conditions d'une procédure d'ordonnance pénale (art. 352 ss CPP) ou d'une procédure simplifiée (art. 358 ss CPP) ou d'une ordonnance de classement (art. 319 ss CPP)⁹ sont réunies ; *tertium non datur*.
9. En Suisse, selon les statistiques publiées, environ 95% des procédures pénales sont réglées par ordonnance pénale¹⁰. Cela vaut également pour toutes les enquêtes pénales menées jusqu'à présent en Suisse contre des entreprises sur la base de l'art. 102 al. 2 CP en lien avec l'infraction de corruption d'agents publics étrangers selon l'art. 322^{septies} CP, c'est-à-dire en raison de carences organisationnelles qui ont permis la commission de l'infraction. Toutes ces procédures ont été conduites par le MPC et se sont conclues par une ordonnance pénale.

⁷ GRAF, 669 ; dans ce sens aussi l'article de presse du journal Neue Zürcher Zeitung du 12 octobre 2023 (cf. la sitographie).

⁸ Sur la conséquence possible de l'effet de blocage de l'affaire jugée « *ne bis in idem* » dans ce contexte : LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 11.

⁹ MÉGEVAND, 75 ; concernant les conditions de la procédure simplifiée cf. CR CPP-PERRIN, Intro. art. 358-362 N 1 s.

¹⁰ NOSETTI, 248 ss.

10. Cela signifie qu'à l'issue de l'enquête, le MPC a jugé lui-même - c'est-à-dire sans déposer un acte d'accusation auprès du Tribunal pénal fédéral (TPF) – si l'entreprise incriminée avait pris « toutes les mesures organisationnelles nécessaires et raisonnables » pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers. Etant donné que toutes les procédures mentionnées dans le paragraphe précédent ont abouti à des ordonnances pénales, aucun jugement des tribunaux pénaux suisses, y compris du Tribunal fédéral, n'est actuellement accessible au public. Ainsi, il est actuellement impossible d'en déduire la manière dont les tribunaux interprètent le texte de loi.
11. Il semble donc indiqué, dans le contexte du thème à débattre ici, la transparence, de se pencher tout d'abord sur la pratique actuelle du MPC au vu des bases légales en vigueur, pour ensuite, dans une perspective prospective, aborder des réflexions sur les instruments procéduraux actuels et futurs permettant de répondre aux défis et de garantir une poursuite pénale efficace et crédible.

II. Le système actuel des ordonnances pénales en lien avec la responsabilité pénale des entreprises

A. L'introduction du droit pénal suisse des entreprises : contexte et évolution

12. Tant l'art. 102 que l'art. 322^{septies} CP sont des délits contre les intérêts publics (par opposition aux délits contre les intérêts individuels). On peut identifier deux motifs qui ont conduit à l'introduction de la responsabilité pénale des entreprises. Le premier est la crainte de menaces à grande échelle créées par l'homme, par exemple des dégâts naturels ou des menaces liées à la santé. Le second motif, plus fort, qui a conduit à l'introduction de la responsabilité pénale des entreprises, réside dans la crainte de la criminalité organisée.
13. Toutefois, les éléments décisifs ont été la ratification de trois conventions internationales par la Suisse. Premièrement, la ratification de la convention OCDE en 2000 « sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales » qui impose à chaque partie de

« prendre les mesures nécessaires, conformément à ses principes juridiques, pour établir la responsabilité des personnes morales en cas de corruption d'un agent public étranger » (art. 2 convention OCDE). Deuxièmement, la ratification de la convention de l'Organisation des Nations Unies (convention ONU) pour la répression du financement du terrorisme en 2003. Troisièmement, la ratification de la convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe et le Protocole additionnel correspondant (convention CE), en tenant compte également de l'interprétation de ces conventions par le GRECO.

14. A la question dogmatiquement délicate de savoir en quoi consiste la culpabilité des entreprises, une partie de la doctrine a répondu qu'il ne s'agissait pas d'une culpabilité morale, comme pour le délinquant individuel, mais d'une culpabilité *sui generis*¹¹. Au cours du débat parlementaire, le projet a été modifié et, sur la base de la convention OCDE susmentionnée, il a été élargi pour inclure la responsabilité cumulative d'une société pour certaines infractions cataloguées (cf. l'art. 102 al. 2 CP).
15. Les délits de corruption selon l'art. 322^{septies} CP servent à « protéger l'objectivité et l'objectivité de l'activité officielle » et la confiance de la population dans ses autorités¹². Le point de départ selon lequel les institutions de l'Etat et le « service public » ont particulièrement besoin de protection n'est pas remis en question. Vu le risque accru de corruption dans le système des marchés publics, la protection de la concurrence ou de l'ordre économique en tant que tel peut être mentionnée comme un intérêt juridique supplémentaire.
16. Jusqu'au 1^{er} mai 2000, la corruption d'agents publics étrangers, même si elle avait lieu sur le territoire suisse ou émanait d'un ressortissant suisse, était impunie. La justification technique invoquée était que le droit pénal suisse n'était pas (ou seulement dans des cas exceptionnels) concerné par la protection d'intérêts étatiques ou supranationaux étrangers.

¹¹ CR CP I-MACALUSO, art. 102 N 12.

¹² CR CP II-PERRIN, art. 322^{septies} N 7.

17. Les modifications juridiques susmentionnées ont rendu le droit suisse conforme aux normes internationales dans le domaine de la lutte contre la corruption.
18. Sont soumises à la juridiction fédérale les infractions visées aux art. 260^{ter}, 260^{quinquies}, 305^{bis}, 305^{ter} et 322^{ter} à 322^{septies} CP, ainsi que les crimes émanant d'une organisation criminelle au sens de l'art. 260^{ter} CP, lorsque les infractions a) ont été commises pour une part importante à l'étranger ou b) ont été commises dans plusieurs cantons et qu'il n'y a pas de prédominance évidente dans un canton (cf. l'art. 24 al. 1 CPP).
19. Pour l'essentiel, les infractions énumérées à l'art. 24 al. 1 CPP concernent des cas de (i) criminalité organisée, (ii) blanchiment d'argent et (iii) corruption active. Il s'agit en l'occurrence – surtout pour le blanchiment d'argent et la corruption – de champs d'infractions qui apparaissent dans presque toutes les procédures pénales économiques du MPC caractérisées au point II. Ce sont d'ailleurs les éléments constitutifs d'une infraction qui peuvent fonder une responsabilité pénale de l'entreprise au sens de l'art. 102 al. 2 CP. En conséquence, le MPC est en règle générale compétent pour mener des procédures pénales économiques contre des entreprises actives au niveau transnational.
20. Selon le texte de loi, une condamnation de l'entreprise présuppose que l'on puisse reprocher à l'entreprise de ne pas avoir pris « toutes les mesures d'organisation nécessaires et raisonnables » (art. 102 al. 2 CP) pour empêcher la corruption d'agents publics étrangers, qui doit avoir été commise dans le cadre de l'activité commerciale¹³. La punissabilité de l'entreprise est indépendante de la punissabilité de la personne physique. Elle s'ajoute donc à celle des personnes physiques.
21. Alors que les personnes physiques qui corrompent des agents publics étrangers sont passibles d'une peine privative de liberté de cinq ans au plus en vertu de l'art. 322^{septies} CP, l'amende infligée aux entreprises en vertu de l'art. 102 al. 2 CP, c'est-à-dire pour avoir omis de prendre toutes les mesures nécessaires pour empêcher la

¹³ Cf. ATF 142 IV 333, consid. 4.

corruption, est d'un montant maximum de 5 millions de CHF¹⁴. Si les bénéfices ne sont plus disponibles, l'entreprise doit verser une créance de remplacement d'un montant équivalent. La confiscation des bénéfices ou la créance compensatrice (art. 70 s. CP) peut s'élever à un montant plusieurs fois supérieure à l'amende. Elle n'est pas plafonnée. Il convient de noter que la confiscation en tant que telle et la créance compensatrice ne constituent pas une sanction personnelle *in personam*, mais une mesure réelle *in rem*¹⁵.

B. La condamnation par ordonnance pénale : conditions et pratique

22. Dans les procédures du MPC menées contre des entreprises pour leur responsabilité dans des crimes liés à la corruption internationale, le MPC a constaté que la condition *sine qua non* pour rendre une ordonnance pénale est l'admission des faits par l'entreprise. Si tel n'est pas le cas, il est préférable d'éviter l'étape inutile de l'ordonnance pénale, qui sera frappée d'opposition, et de privilégier la voie judiciaire, en renvoyant l'entreprise en accusation devant le tribunal¹⁶.
23. Il est important de signaler que l'ordonnance pénale est le seul instrument de l'ordre juridique suisse qui permet de régler des procédures sans passer par des débats devant un tribunal et qui permet, dans une certaine marge, de négocier les faits retenus ainsi que la peine¹⁷. Par la suite, nous allons brièvement illustrer, en nous appuyant sur deux procédures, celle contre SICPA SA (SICPA) et celle contre ABB, l'avantage que la conclusion d'une ordonnance pénale puisse constituer pour l'entreprise concernée. Ce d'autant plus dans un contexte où le parquet américain (Department of Justice, DoJ) enquête également, afin d'obtenir une « résolution coordonnée/globale ». Une *coordinated resolution* dans un tel contexte

¹⁴ CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 71 N 1.

¹⁵ CR CP I-HIRSIG-VOUILLOZ, art. 70 N 3.

¹⁶ Cf. les art. 352 ss CPP ; HOTTELIER 206 ; CR CPP-GILLIÉRON/KILLIAS, art. 352 N 20b s.

¹⁷ MÉGÉVAND, 72.

permet aux entreprises sous enquête de pouvoir ainsi poursuivre de manière crédible leur activité commerciale avec une *clean slate*.

24. Bien que prononcée par un parquet et non par une autorité judiciaire, l'ordonnance pénale n'en a pas moins l'effet d'un jugement et d'une condamnation, une fois entrée en force. Des inconvénients peuvent en résulter pour l'entreprise et pour son activité commerciale (perte de marchés publics existants, exclusion de futures procédures d'adjudication)¹⁸, conséquences que l'entreprise n'a pas à subir si la procédure peut aboutir à une solution transactionnelle du type *deferred prosecution agreement* (DPA) selon le système américain ou par une convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) selon le système français. Il faut toutefois tenir compte du fait que même les enquêtes pénales qui se terminent par une ordonnance pénale contre l'entreprise durent régulièrement plusieurs années et impliquent des investigations longues et onéreuses, souvent sujettes à des retards considérables, notamment en cas de procédure de levée de scellés¹⁹. Dans les procédures multi-juridictionnelles, l'autorité de poursuite pénale suisse ne pourra donc pas suivre la même cadence que les procureurs des Etats connaissant des mécanismes transactionnels motivant les entreprises à collaborer à l'instruction. Cela peut avoir comme conséquence pour les procureurs suisses, comme il est déjà arrivé plusieurs fois, de leur faire perdre l'opportunité d'arriver à une résolution coordonnée (*global deal*) avec les autres juridictions plus rapides à cause d'une problématique d'interdiction de double poursuite (*ne bis in idem*) ou de prescription.

¹⁸ MAEDER, 364, 369 ; cf. aussi FORSTER, 34 sur l'exemple Arthur Andersen LLP et les conséquences d'une inculpation pénale pour l'entreprise ; relativisant toutefois les conséquences d'une condamnation, notamment pour les procédures d'attribution de la Banque mondiale, PORTMANN/BECKERS/REICHLÉ, 1557.

¹⁹ GRAF, 679.

C. Exemples de communication nationale et internationale et de leur coordination dans les procédures du MPC contre des entreprises suisses pour corruption transnationale : analyse à travers les cas SICPA et ABB

1. Remarque préliminaire

25. Le principe de la publicité des débats et du prononcé du jugement découle de l'art. 6 CEDH et revêt, de manière compréhensible, une importance particulière dans les procédures menées par le MPC contre des entreprises importantes pour l'économie nationale. Ce point est d'ailleurs régulièrement souligné par toutes les parties dans les procédures menées par le MPC. Le principe de la publicité des débats ne se concrétise pas automatiquement lorsque la procédure s'achève par une ordonnance pénale²⁰. Or, comme nous l'avons déjà relevé (N 9s.), les enquêtes pénales menées contre des entreprises dans des cas de corruption transnationale se concluent régulièrement par des ordonnances pénales en vertu du droit en vigueur ; cela vaut pour toutes les procédures menées et clôturées par le MPC dans ce domaine jusqu'à présent. Le principe de la publicité des jugements revêt donc une importance particulière dans ce contexte, car il n'est pas réservé à l'accusé mais également au public²¹. Le MPC s'appuie sur le principe selon lequel, selon la doctrine et la jurisprudence, les principes susmentionnés sont respectés si l'ordonnance pénale est rendue publique pendant une période déterminée pour toute personne pouvant faire valoir un intérêt légitime²². Concrètement, les directives de la Conférence Suisse des chargés de communication des Ministères publics (CCCMP) sont également déterminantes pour le travail médiatique du MPC. Il s'agit de mettre en balance la protection de la personnalité, le besoin d'information du public et la proportionnalité. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral, les journalistes n'ont en principe pas à prouver un intérêt à

²⁰ VOGLER, art. 6 N 240 s.

²¹ NOWAK, art. 14 N 30 s.

²² Cf. l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Sutter c. Suisse*, requête 8209/78 du 22 février 1984, consid. 31 ; ATF 115 IV 244, consid. 4d/aa.

l'information digne de protection. Le MPC le déclare clairement sur son site internet en ce qui concerne les ordonnances pénales et les ordonnances de non-lieu, en se référant expressément aux bases légales applicables et notamment aux recommandations de la CCCMP, et en détaillant les modalités de consultation – c'est-à-dire, pour les ordonnances pénales, dans les locaux du MPC, dans un délai de quatre semaines à compter de la mise à l'enquête publique, sur préavis et sur présentation d'une pièce d'identité officielle, sans possibilité de faire des copies²³.

26. A cet égard, le MPC a également participé à un groupe de travail au sein de la Conférence suisse des Ministères publics (CMP)²⁴. Dans ce groupe de travail, les recommandations correspondantes concernant la consultation des ordonnances pénales et des ordonnances de classement et de non-entrée en matière ont été révisées²⁵. Dans ce groupe de travail, il est apparu que la pratique du MPC a constamment été en accord avec les recommandations, allant même au-delà, en se conformant pleinement aux nouvelles recommandations. Par exemple, les journalistes intéressés peuvent depuis un certain temps déjà demander au service juridique une liste contenant des informations sur les ordonnances pénales entrées en force. Sur la base de cette liste, ils peuvent décider s'ils souhaitent consulter les ordonnances pénales sur l'un des quatre sites du MPC.
27. Par souci d'exhaustivité, il convient de relever que l'OCDE a constaté dans le rapport de la phase 4 de l'examen de la Suisse en 2018 que l'ordonnance pénale est un instrument efficace dans la conduite et la résolution d'enquêtes de corruption transnationale, tout en recommandant que les ordonnances pénales soient publiées, si nécessaire sous une forme anonymisée²⁶. L'OCDE a souligné que le fait que l'ordonnance pénale ait le caractère d'un jugement devrait encourager le MPC à rechercher autant que possible la publicité correspondante²⁷. Cette argumentation ne peut pas être suivie en

²³ Cf. <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/zugang-zu-amtlichen-dokumenten/strafbefehle--einstellungs--und-nichtanhandnahme-verfuegen-gen.html>.

²⁴ <https://www.ssk-cps.ch/fr>

²⁵ <https://www.ssk-cmp.ch/fr/dienstleistungen/empfehlungen>

²⁶ OCDE (2018), 40 N 81.

²⁷ *Ibid.*

l'état. Il convient tout d'abord de rappeler la pesée des intérêts, à laquelle l'autorité de poursuite pénale qui rend l'ordonnance pénale est tenue de se conformer. Il faut également retenir que le MPC s'en tient aux bases légales applicables ainsi qu'aux critères fixés par la jurisprudence du Tribunal fédéral.

28. Ainsi, dans le cadre du suivi de la phase 4 de l'examen de la Suisse en 2020, l'OCDE a reconnu que le MPC avait procédé de la sorte dans la procédure à l'encontre de Gunvor SA en publiant un communiqué de presse relativement détaillé en temps opportun et en conformité avec les règles de procédures applicables afin que certains éléments des ordonnances pénales dans les affaires de corruption transnationale, y compris les bases légales applicables, les faits avérés, les personnes physiques et morales sanctionnées et la ou les sanctions imposées soient rendus publiques²⁸.
29. Dans les complexes de procédures à coordonner au niveau international, dans lesquels une « résolution globale » est recherchée, une publication coordonnée des communiqués de presse correspondants par les autorités de poursuite pénale impliquées, tant sur le plan temporel que sur celui du contenu, est dans l'intérêt des autorités chargées de la procédure et de l'entreprise accusée, sans oublier l'intérêt du public dans les pays concernés.

2. Le cas SICPA

30. Avec un communiqué de presse du 27 avril 2023 le MPC a informé le public qu'il avait rendu une ordonnance pénale contre la SICPA SA (SICPA) en la condamnant pour responsabilité pénale en lien avec des actes de corruption (art. 322^{septies} CP en lien avec l'art. 102 al. 2 CP) à une amende de CHF 1 million ainsi qu'à une créance compensatrice à hauteur de CHF 80 millions en vertu de l'art. 71 al. 1 CP²⁹. Dans le communiqué de presse il était également mentionné que l'entreprise SICPA reconnaît qu'elle n'avait pas pris

²⁸ OCDE (2020 suivi écrit), 8.

²⁹ <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-94544.html>. Voir aussi SICPA (Com-muniqué de presse) indiqué dans la sitographie.

toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de paiements corruptifs à des agents publics étrangers ; il était par la suite mentionné que l'ordonnance pénale ainsi que la décision de non-lieu rendue le même jour à l'encontre du CEO et actionnaire principal de SICPA ont été suspendues. A partir de cette date, les représentants des médias ont donc eu la possibilité de consulter l'ordonnance pénale ainsi que les décisions de non-lieu dans les locaux du MPC pendant 30 jours.

3. Le cas ABB

31. Par communiqué de presse du 2 décembre 2022, le MPC informait qu'il clôturait l'enquête pénale contre ABB par le prononcé d'une ordonnance pénale pour infraction à l'art. 102 al. 2 CP en relation avec l'art. 322^{septies} CP, en condamnant l'entreprise à une amende de 4 millions de francs suisses³⁰. Le MPC soulignait la bonne coopération avec les autorités compétentes des États-Unis et de l'Afrique du Sud et mentionnait que le même jour le DoJ et la U.S. Securities and Exchange Commission (ci-après SEC) devraient également clore la procédure dans le même contexte et que les autorités de poursuite pénale sud-africaines avaient infligé une amende le jour précédent. Le DoJ a également publié le 2 décembre 2022 un communiqué de presse détaillé concernant le DPA conclu avec ABB, soulignant que cette « résolution » avait été prise en coordination avec les autorités suisses et sud-africaines³¹. Dans le monde entier, des cabinets d'avocats, des blogs spécialisés et les médias les plus divers ont rendu compte de cette conclusion coordonnée de la procédure³². Le 2 décembre 2022 également, ABB a publié un communiqué de presse de groupe sur son site web, dans lequel elle déclare avoir conclu un « full and final settlement »

³⁰ MPC (2022).

³¹ <https://www.justice.gov/opa/pr/abb-agrees-pay-over-315-million-resolve-coordinated-global-foreign-bribery-case>.

³² Cf. par exemple les sites suivants : <https://www.france24.com/en/live-news/20221203-abb-to-pay-315-mn-to-settle-us-charges-over-south-africa-bribes>, <https://fcpablog.com/2022/12/02/double-recidivist-abb-pays-327-million-to-settle-fcpa-offenses/>.

concernant le projet Kusile en Afrique du Sud avec les autorités de poursuite pénale d'Afrique du Sud, le DoJ, la SEC et le MPC³³.

III. Accords hors procès dans des enquêtes transnationales pour corruption contre entreprises : état actuel et perspectives pour une meilleure dynamique de coopération

A. Remarque préliminaire

32. Une étude de l'OCDE publiée en 2020 a identifié 6 formes différentes d'accords hors procès dans 27 Etats membres³⁴. Les modalités diverses régissant ces différentes formes d'accords présentent des avantages et des inconvénients pour les autorités de poursuites mais aussi pour les entreprises suspectées. Force est de constater qu'il n'y a pas de situation de départ identique parmi ces différentes formes d'accords, compte tenu des différentes exigences procédurales, et donc des *bargaining powers* inégaux³⁵. Il convient aussi de mentionner la problématique du *forum shopping* pour les entreprises qui, par exemple, par le biais d'une dénonciation spontanée ou d'une coopération renforcée dans une juridiction qui leur est favorable, parviennent à une conclusion extrajudiciaire de la procédure. Une fois le premier accord entré en force elles feront en sorte de confronter les autres juridictions de poursuite pénale investiguant les mêmes faits en invoquant un *non bis in idem* ou, à tout le moins, la nécessité de prendre en compte des amendes déjà payées, par exemple³⁶. Entre Etats de l'espace Schengen, il s'agit

³³ <https://new.abb.com/news/detail/97719/abb-concludes-settlements-for-kusile-project>

³⁴ OCDE (2020, résolution), 51, « (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 mixtes ».

³⁵ MÉGÉVAND, 64.

³⁶ MÉGÉVAND, 67 : l'auteur aborde par ailleurs, à travers l'exemple de la procédure contre SBM Offshore, un exemple de « accords en cascade » dans différentes juridictions et leurs inconvénients par rapport à un accord global coordonné.

d'un cas de figure qui pourrait tomber sous le coup de l'art. 54 CAAS.

33. Si la justice transactionnelle a longtemps été l'apanage des pays de la famille du *common law*, force est de constater qu'elle se développe désormais dans les pays de droit continental, quand elle n'y a pas déjà trouvé un ancrage. Longtemps critiquée par les institutions internationales pour le peu d'empressement qu'elle mettait à poursuivre la corruption internationale, la France fait désormais figure de pionnière depuis qu'elle a adopté la Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) dans la loi dite Sapin 2 du 9 décembre 2016³⁷. Cet instrument alternatif à une poursuite pénale permet d'accélérer considérablement les procédures, notamment dans le domaine de la corruption.
34. Les parquets suisses conduisant des procédures contre des entreprises s'accordent à dire que l'ordonnance pénale n'est pas un véritable outil de justice transactionnelle et n'est pas pleinement satisfaisante. Même lorsqu'une amende symbolique de CHF 1.- est prononcée, l'ordonnance pénale entraîne une condamnation de l'entreprise ce qui est nettement moins attractif qu'un DPA ou une CJIP. De nombreuses voix s'élèvent actuellement afin que le législateur suisse développe pour les entreprises une solution alternative à une condamnation, permettant de mettre un terme à la procédure, ce qui aurait notamment pour effet de faciliter la détection de ce type d'affaires, d'inciter les entreprises à s'auto-dénoncer et de garantir une meilleure célérité. Elle permettrait d'atteindre une autre finalité : la condamnation des personnes physiques responsables au sein de l'entreprise. Le développement de nouveaux outils procéduraux est d'autant plus indiqué vu qu'il est en cohérence avec la stratégie de lutte contre la corruption développée par le Conseil fédéral pour les années 2021 à 2024³⁸.
35. Selon une étude de l'OCDE de 2017, la dénonciation spontanée joue un rôle important dans le contexte international en tant que

³⁷ Toutes les conventions sont publiquement accessibles, cf. <https://www.justice.gouv.fr/documentation/conventions-judiciaires-dinteret-public>.

³⁸ Cf. la sitographie à la fin de cette contribution.

point de départ des enquêtes pénales³⁹. Il est piquant de constater qu'en Suisse, une seule entreprise s'est dénoncée à ce jour⁴⁰. Selon les constatations des avocats et de Transparency International Suisse, et selon nos propres constatations au sein du MPC, la cause est à trouver dans un manque d'incitation imputable à notre cadre juridique trop strict⁴¹.

B. Art. 53 CP : un outil de justice transactionnelle ?

36. Conformément à l'art. 53 CP, dont le champ d'application a été restreint au gré d'une réforme entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2019⁴² : « *Lorsque l'auteur a réparé le dommage ou accompli tous les efforts que l'on pouvait attendre de lui pour compenser le tort qu'il a causé, l'autorité compétente renonce à le poursuivre, à le renvoyer devant le juge ou à lui infliger une peine* ». Trois conditions cumulatives doivent en outre être réalisées. La peine privative de liberté prévisible ne doit pas excéder un an, avec sursis, ou une amende, l'intérêt public et l'intérêt du lésé à poursuivre l'auteur sont peu importants et l'auteur doit avoir admis les faits. Si le législateur n'a pas exclu l'applicabilité de l'art. 53 CP aux entreprises⁴³, il ne s'est guère montré disert sur le mode de réparation d'une entreprise qui permettrait d'ouvrir le champ d'application de cette disposition. A titre d'exemple, le Conseil fédéral cite dans son message : « [...] *la publication d'un rectificatif en cas d'atteinte à l'honneur, la restauration d'un état convenable (par ex. en réparant ou en nettoyant un objet endommagé ou sali) ou des gestes simples comme des excuses, des démonstrations de réconciliation ou des cadeaux. La fourniture d'une prestation au profit de la personne lésée (comme véhiculer une victime d'accident) est également envisageable* »⁴⁴. Ces illustrations ne renseignent-elles pas sur le caractère bénin des infractions visées ? La réparation à coups de dizaines de millions entre-t-elle dans les

³⁹ Cf. l'article de presse de BLÄTTLER/AEBY/PORTMANN, indiqué dans la sitographie.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ PORTMANN/BECKERS/REICHEL, 1557 N 8 ; Transparency International Suisse (2023), 11 s.

⁴² Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national, 3881 ss.

⁴³ *Ibid.*, 3885 et 3888.

⁴⁴ *Ibid.*, 3884.

vues du législateur ? Le catalogue d'infractions figurant à la norme d'imputation que constitue l'art. 102 al. 2 CP, fait référence à des crimes ou à un délit dont les peines prévisibles dépassent aisément une année. Pour rappel, le Tribunal fédéral a examiné la question de la prescription de l'art. 102 CP et considéré que cette disposition ne constituait pas une contravention mais que c'était la prescription de l'infraction sous-jacente qui devait être prise en considération⁴⁵. Le raisonnement qui prévaut pour la prescription de la responsabilité pénale de l'entreprise ne vaudrait-il pas à valeur égale pour la gravité de l'infraction sous-jacentes ? C'est ce qui a incité le MPC à refuser l'application de l'art. 53 CP à toutes les procédures qu'il a menées contre des entreprises depuis 2017 en considérant que l'intérêt à la poursuite et l'intérêt du lésé (l'Etat dont l'agent public a été corrompu) à poursuivre l'auteur ne pouvait être considéré comme *peu important*. Bien au contraire. A titre indicatif, le Tribunal fédéral admet une renonciation à l'exigence de la réciprocité dans le domaine de l'entraide judiciaire : « [...] lorsque l'exécution de la demande paraît de toute manière s'imposer à raison de la nature de l'acte commis ou de la nécessité de lutter contre certaines formes d'infractions (art. 8 al. 2 let. a EIMP) »⁴⁶ et d'illustrer ses propos en citant la répression de la criminalité organisée, des délits économiques, du blanchiment d'argent et de la corruption. Peu important l'intérêt à la poursuite, vraiment ?

37. Depuis à tout le moins 2017, le MPC a refusé à faire application de l'art. 53 CP dans le domaine des procédures pénales économiques concernant des entreprises actives au niveau international⁴⁷. L'OCDE a salué cette pratique dans le cadre de l'évaluation de la Suisse ; dans le cadre du suivi de la phase 4 de l'examen des pays en 2020, elle a relevé avec satisfaction que, depuis le rapport de la phase 4 en 2018, l'art. 53 CP n'a été utilisé ni par le MPC ni par les ministères publics cantonaux pour régler une procédure pour corruption transnationale⁴⁸.

⁴⁵ ATF 146 IV 68.

⁴⁶ ATF 130 II 2017, consid. 7.1.

⁴⁷ MPC (2018), 8 N 4.3.

⁴⁸ OCDE (2018), 41 N 84 ; OCDE (2020 suivi écrit), 21 concernant la mesure relative à la recommandation 7 (e).

38. Du côté de certains avocats suisses, ce refus du MPC a été critiqué. L'argument avancé est que le MPC ciblerait les entreprises actives au niveau international, alors que l'art. 53 CP ne fait aucune différence entre les entreprises nationales ou internationales. Le MPC désavantagerait donc les entreprises actives au niveau international et ne les traiterait pas sur un pied d'égalité si, même dans des conditions données, il leur refuse toujours l'application de l'art. 53 CP⁴⁹. Il convient simplement de noter que cette argumentation semble sophiste dans la mesure où le domaine de la corruption internationale entre dans le champ de compétence du MPC et constitue un domaine d'activité dans lequel les entreprises actives au niveau international sont, par définition, visées⁵⁰.

C. Suspension de la mise en accusation dans des procédures ouvertes contre entreprises : une première tentative du MPC

39. Dans le cadre de la consultation du projet de révision du CPP, projet qui entrera en vigueur le 1^{er} janvier 2024, le MPC avait proposé d'introduire dans le CPP un nouvel article 318^{bis}, ayant pour objet un « Ajournement de la mise en accusation dans les procédures dirigées contre des entreprises »⁵¹. Selon cette disposition, un ministère public pouvait différer la mise en accusation et classer la procédure pénale ultérieurement, à l'issue d'une période de probation définie. Il serait possible de renoncer à la mise en accusation si l'entreprise coopérait à l'enquête pénale, reconnaissait les faits, améliorerait son organisation interne sous la supervision d'un expert externe (moniteur).
40. Le Conseil fédéral a rejeté la proposition tout en reconnaissant qu'il ne méconnaissait pas le point de vue du MPC, selon lequel il est souhaitable de disposer d'instruments permettant de clore rapidement des procédures complexes menées à l'encontre des entreprises⁵². Mais les règles proposées seraient source d'incohérences et soulèveraient différentes questions. Elles ne

⁴⁹ WERNLI/CARLSON-BURKART, 4 N 4.

⁵⁰ PORTMANN/BECKERS/REICHLE, 1554-1556 N 19 ; LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 19.

⁵¹ LAUBER/MEDVED/PORTMANN, 21 ; MPC (2023 rapport), 11 s. N 7.

⁵² Message, 6367.

feraient que renforcer la position déjà forte du ministère public sans contrepouvoir et sans mécanisme de contrôle (par ex. autorisation du juge, voies de droit). Selon la conception du droit pénal, les individus se conforment aux règles parce qu'ils risquent des sanctions en cas d'infraction. Cette conception serait mise à mal s'il était possible d'« acheter » la renonciation à la poursuite pénale en cas d'infraction en payant une amende et en promettant de bien se tenir à l'avenir. La situation serait particulièrement problématique en cas d'infraction intentionnelle. Selon le droit en vigueur, toute sanction repose sur un verdict de culpabilité.

41. Or, selon la proposition du MPC, l'entreprise aurait pu s'engager à payer une amende sans être reconnue coupable. La proposition du MPC aurait laissé la porte ouverte aux ententes sur les sanctions, les effets accessoires, les prétentions civiles, etc. entre l'entreprise et le ministère public, sans qu'un juge puisse se prononcer sur la convention passée. Les règles demandées iraient plus loin que celles relatives à la procédure simplifiée. Selon la proposition du MPC toujours, le ministère public et l'entreprise auraient pu s'entendre sur les prétentions civiles sans même que la partie plaignante soit associée à la convention. Enfin, la proposition du MPC avait posé comme prérequis à une telle convention que l'entreprise participe pleinement à l'enquête. La proposition ne dit pas ce qu'il adviendrait des éléments réunis si une mise en accusation était finalement prononcée.

D. Proposition d'une solution en Suisse prévoyant une réparation et une mise en conformité

42. L'analyse des outils de justice transactionnelle existants notamment dans les pays anglo-saxons (Etats-Unis, Royaume-Uni, Irlande), mais aussi en France, aux Pays-Bas en République Tchèque ou au Portugal, par exemple, permet de définir les exigences communes suivantes :
- Une reconnaissance des faits reprochés et une pleine coopération de l'entreprise sont requises. L'autodénonciation constitue un atout, mais non une condition préalable.

- L'entreprise doit en tout cas rembourser son enrichissement illégitime et doit dédommager les lésés. Dans certains cas, le paiement à une institution de bienfaisance ou à une association d'intérêt public est admis pour compenser l'enrichissement.
 - Afin d'exclure une récidive, des conditions peuvent être imposées à l'entreprise, dont une mise en conformité organisationnelle et le développement de programmes de formation et de sensibilisation.
 - La mise en œuvre des conditions de remédiation imposées à l'entreprise est contrôlée, tantôt par une agence étatique (telle que l'Agence française anticorruption) tantôt par des entreprises spécialisées ou des études d'avocat.
 - Une majorité de pays prévoit une homologation de l'accord par un tribunal, en séance publique.
 - Plusieurs pays ont édicté des lignes directrices.
43. Aux Etats-Unis, plus d'une trentaine de procédures de ce type est menée chaque année. En France, plus de 20 procédures ont été conduites à chef entre 2022 et 2023. Cela explique bien l'utilité pratique de ces outils.
44. La Suisse est régulièrement impliquée dans des instructions multi-juridictionnelles, en particulier pour de gros complexes de corruption internationale. Ceux-ci nécessitent une parfaite coordination entre les différents pays impliqués afin d'aboutir, dans la mesure du possible, à des solutions coordonnées (*global deals* ou *settlements*). Le MPC tente l'impossible afin de faire avancer ses procédures à la même cadence que les pays anglo-saxons avec lesquels il coopère fréquemment, mais pas toujours avec succès. Le constat est clair. Les entreprises collaborent plus volontiers avec les pays leur offrant la possibilité de conclure un accord permettant d'éviter une condamnation, même au prix de paiements colossaux. La marge de manœuvre laissée aux autorités de poursuite pénale – même si l'accord prévu doit être approuvé par une autorité judiciaire – leur permet d'édicter des directives et de les publier afin que les entreprises soient renseignées par avance sur les conditions permettant de bénéficier d'un tel programme mais aussi et surtout sur les avantages résultant d'une autodénonciation ou d'une parfaite

collaboration. Il s'agit d'un sérieux atout dont les procureurs suisses, évoluant dans le corset rigide du CPP actuel, ne peuvent pas bénéficier. Comment offrir des garanties de diminution de peines alors que l'on ne sait pas si la procédure aboutira ou non devant un tribunal et alors qu'aucune base légale ne permet d'offrir une réduction de peine susceptible de lier le tribunal ?

45. Si d'autres pays de droit continentaux ont pu adopter un cadre de justice transactionnelle pourquoi la Suisse ne le pourrait-elle pas ? S'il peut s'agir d'un changement de paradigme dans la vision actuelle du législateur suisse, il s'agit aussi d'un pas indispensable afin de garantir l'efficacité des poursuites complexes au niveau international. L'introduction d'un accord extrajudiciaire, par exemple sur le modèle américain, apporterait une option de plus sans pour autant conduire à une renonciation systématique du modèle de sanction⁵³. Il ne fait aucun doute que la collaboration des prévenus en particulier dans un contexte international contribue à accélérer notablement la procédure et à simplifier le travail du parquet et, par voie de conséquence, contribue également à une économie notable de ressources. Nous avons démontré le fait que l'art. 53 CP ne constituait pas la base légale idoine pour régler de manière conventionnelle les procédures ouvertes contre des entreprises. Mais la réflexion qui a postulé l'adoption de cette disposition a d'ores et déjà ouvert une brèche en faveur d'une plus grande clémence, voire d'une absolution, de celle ou celui qui prend l'initiative de se racheter en réparant son dommage et en faisant amende honorable. Même si elle est pour l'instant réservée à des délits de moindre importance, elle n'est donc pas totalement étrangère au droit suisse. Si la sanction des comportements réprimés par le droit pénal reste prévalente afin de garantir un effet dissuasif, d'autres voies de renonciation à la poursuite ont été développées (art. 8 CPP et art. 52 et 54 CP). En outre, la procédure simplifiée introduite au moment de l'unification de la procédure (art. 358 ss CPP) démontre que le législateur avait pris toute la mesure de l'intérêt qui résulte de l'aveu du prévenu notamment sous l'angle de l'accélération et la simplification de la procédure. Une idée

⁵³ Cf. l'article de presse dans la sitographie de BLOCH/GSTOEHL/WEBER.

complètement nouvelle, celle d'une justice transactionnelle en Suisse, vraiment ?

46. Un élargissement du champ d'application des dispositions du Code pénal permettant une renonciation à la poursuite pour une question d'opportunité ainsi qu'un élargissement des dispositions du Code de procédure pénale relatives à la procédure simplifiée offrirait certainement le cadre adéquat pour le développement d'une justice transactionnelle en faveur des entreprises s'inscrivant dans les lignes directrices mises en évidence ci-dessus.
47. L'approbation des solutions négociées par le parquet par un tribunal, durant des débats publics, est certainement un passage obligé. Non seulement pour garantir le bien-fondé de l'accord, mais aussi pour lui offrir toute la publicité et la légitimité nécessaire.

E. La mise en conformité de l'organisation d'une entreprise : une nouveauté

48. La procédure de mise en conformité d'une entreprise a quant à elle pour objectif de remédier aux carences organisationnelles mises en évidence durant l'instruction, en lui imposant les mesures organisationnelles raisonnables et nécessaires permettant d'empêcher *pro futuro* la commission d'infractions entraînant sa responsabilité. Il s'agit donc d'une mesure préventive qui peut impliquer par exemple la mise en place de mécanismes de détection des risques ou la mise en place d'une plateforme de lanceurs d'alerte, en passant par des mécanismes de contrôle ou de compliance ou encore des programmes de sensibilisation et de formation continue pour les employés. L'adoption d'une charte déontologique peut aussi constituer un élément important. Il n'est pas inutile de relever que l'OCDE a édicté des principes pour la bonne gouvernance des entreprises ou pour promouvoir l'intégrité et la lutte contre la corruption dans les entreprises publiques⁵⁴.
49. S'il appartient au procureur d'imposer la mise en conformité et le délai imparti, il ne lui appartient pas d'y remédier ni de surveiller le

⁵⁴ OCDE (2023).

bon déroulement des démarches de mise en conformité accomplies par l'entreprise.

50. L'art. 182 CPP offre au ministère public et aux tribunaux la possibilité de recourir à un ou plusieurs experts lorsqu'ils ne disposent pas des connaissances nécessaires pour constater ou juger un état de fait. Nul doute que les modalités permettant de remédier à des lacunes organisationnelles et leur contrôle nécessitent des connaissances particulières. Elles devraient être confiées à un ou plusieurs experts. Pour rappel, l'expert mandaté dans le contexte d'une procédure pénale est considéré comme un fonctionnaire (art. 110 al. 3 CP), soumis au secret de fonction (art. 320 CP), et il est considéré comme un agent public sous l'angle de la corruption (art. 322^{ter} ss CP). Selon l'art. 22a LPers, au niveau fédéral, l'expert a donc l'obligation de dénoncer les nouvelles infractions qu'il pourrait découvrir.
51. Les parquets suisses ne disposent pas encore d'une grande expérience dans les domaines de la mise en conformité des entreprises et de son contrôle. Mais ils pourront s'inspirer des solutions développées dans les pays pratiquant ce système et qui ont pris pour habitude de publier leur manière de procéder et leurs résultats⁵⁵.

F. Digression : le monitoring en Suisse conformément au droit des Etats Unis

52. Un tel *monitoring* dans les enquêtes pénales était inconnu en Suisse jusqu'à l'affaire Glencore⁵⁶. Dans le cas de Glencore, un élément central du *guilty plea* prévu et donc de la clôture de l'enquête pénale américaine était le *monitoring* ordonné par le DoJ. En cas de mise en œuvre d'un tel *monitoring* en Suisse, il faut tout d'abord tenir compte

⁵⁵ Pour nommer l'exemple de l'agence française anticorruption (AFA), cf. leur site indiquant les guides et fiches pratiques, <https://www.agence-francaise-anticorruption.gouv.fr/fr/guides-et-fiches-pratiques>.

⁵⁶ Sur le sujet du monitoring dans le cadre légal des Etats-Unis cf. l'avis de l'étude d'avocats américaine Katten, DoJ Signals Increased Use of Corporate Monitors, 18 novembre 2021, <https://katten.com/doj-signals-increased-use-of-corporate-monitors>.

du fait qu'une autorisation exceptionnelle au sens de l'art. 271 CP est nécessaire, compte tenu du risque d'accusation pour service de renseignements économiques. L'Office fédéral de la justice (OFJ) est compétent pour examiner une telle autorisation exceptionnelle ; dans les cas d'importance nationale, la décision doit être soumise au Conseil fédéral⁵⁷. La question se pose ensuite de savoir par quelle voie et par qui cette autorisation exceptionnelle doit être demandée. Comme l'institution du monitoring est inconnue en droit suisse, seule la voie de l'entraide judiciaire entre en ligne de compte. Une telle demande d'entraide judiciaire doit permettre à l'OFJ d'examiner la justification de la mise en œuvre d'un monitoring sous l'angle de la compatibilité avec le droit suisse et de pouvoir s'assurer que les assurances correspondantes de la part de l'autorité requérante constituent une garantie qu'une violation de la souveraineté suisse peut être exclue.

53. C'est ce qui s'est passé dans le cas de Glencore. Le DoJ a adressé une demande d'entraide judiciaire à l'OFJ dans laquelle il se référait au *guilty plea* conclu par Glencore avec le DoJ et demandait la mise en œuvre du monitoring qui y était prévu. Après l'acceptation de la demande par l'OFJ, le *monitoring* a pu être mis en œuvre en mars 2023 sous la forme demandée, c'est-à-dire avec l'intervention d'un bureau d'avocats suisse aux côtés du cabinet d'avocats américain responsable du *monitoring*⁵⁸.

IV. Conclusion

54. Le MPC estime qu'un mécanisme de justice transactionnelle n'aboutissant pas à une condamnation des entreprises est, pour tous les motifs développés dans cette contribution, indispensable également en Suisse. L'approbation par un tribunal des solutions négociées et conclues par le ministère public au cours de débats publics est certainement une étape nécessaire non seulement pour garantir le bien-fondé de l'accord, mais aussi pour offrir à l'accord

⁵⁷ BSK-StGB-HUSMANN, art. 271 N 86.

⁵⁸ Swissinfo, Glencore installs legal monitors following bribery conviction, 1^{er} mars 2023, <https://www.swissinfo.ch/eng/business/glencore-installs-legal-monitors-following-bribery-conviction/48324642>.

toute la publicité nécessaire. De plus, un tel instrument créerait également une sécurité juridique pour les entreprises, en contribuant à accroître la transparence de la place économique suisse grâce à un processus de déclaration et de coopération plus actif.

Bibliographie

FORSTER MATTHIAS, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben – « Pretrial Diversion » Vereinbarungen im US-amerikanischen Unternehmensstrafrecht, Aktuelle Juristische Praxis 2008, 31 ss

GRAF DAMIAN, Die strafprozessuale Siegelung nach der Revision, Schweizerische Juristen-Zeitung 13/2023, 679 ss

HOTTELIER MICHEL, L'ordonnance de condamnation en procédure pénale genevoise, Revue pénale suisse 107/1989, 202 ss

JEANNERET YVAN/KUHN ANDRÉ/PERRIER DEPEURSINGE CAMILLE (édit.), Commentaire Romand Code de Procédure Pénale, 2^e éd., Bâle 2019 (cité : CR CPP-AUTEUR)

LAUBER MICHAEL/MEDVED ALEXANDER/PORTMANN MATTHIAS, Straffung von Wirtschaftsstrafverfahren gegen Unternehmen, in : Ackermann/Hilf (édit.), Kurzer Prozess, zu kurzer Prozess – im Wirtschaftsstrafverfahren, Zurich 2019, 7 ss

MACALUSO ALAIN/MOREILLON LAURENT/QUELOZ NICOLAS (édit.). Commentaire Romand Code Pénal II, 1^{re} éd., Bâle 2017 (cité : CR CP II-AUTEUR)

MAEDER STEFAN, Anklageaufschub für Unternehmen ?, in : Perrin/Meylan/Fiolka/Niggli/Riedo (édit.), Droit pénal et criminologie, Mélanges en l'honneur de Nicolas Queloz, Bâle 2020, 361 ss

MÉGEVAND GRÉGOIRE, Accords hors procès avec des entreprises, Revue pénale suisse 1/2023, 1-88

MOREILLON LAURENT/MACALUSO ALAIN/QUELOZ NICOLAS/DONGOIS NATHALIE (édit.). Commentaire Romand Code Pénal I, 2^e éd., Bâle 2021 (cité : CR CP I-AUTEUR(E), art. x N y)

NIGGLI MARCEL/WIPRÄCHTIGER HANS (édit.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch (StGB), 2^e éd., Bâle 2019 (BSK-StGB-AUTEUR)

NOSETTI-KAUFMANN ARIANE, Strafbefehl, abgekürztes Verfahren und fehlende Unmittelbarkeit: Festhalten am Status quo – eine verpasste Chance ?, Revue pénale suisse 3/2020, 248 ss

NOWAK MANFRED, UNO-Pakt über bürgerliche und politische Rechte, Kehl am Rhein, 1989

PORTMANN MATTHIAS/BECKERS SIMONE/REICHLÉ DOMINIK, Kooperation zwischen Strafverfolgungsbehörden und Unternehmen, in : Pikó/Uhl/Licci (édit.), Handbuch Corporate Compliance, Bâle 2022, 1553 ss

VOGLER THEO, Internationaler Kommentar zur Europäischen Menschenrechtskonvention, Cologne 2022

WERNLI JÜRIG/CARLSON-BURKART DÉBORAH, Kein Deferred Prosecution Agreement im Unternehmensstrafrecht ? in : Jusletter du 5 octobre 2020

Sitographie

BLÄTTLER STEFAN/AEBY DANIEL/PORTMANN MATTHIAS, Wirtschaftskriminelle und Behörden : Kooperation lohnt sich. Die Volkswirtschaft, 29. Juni 2023, <https://dievolkswirtschaft.ch/de/2023/06/wirtschaftskriminelle-und-behoerden-kooperation-lohnt-sich/>

BLOCH JUERG/GSTOEHL MATTHIAS/WEBER S. DANIEL, « Deferred prosecution agreements » : Alternative Verfahrensabschlüsse bezüglich der Strafbarkeit von Unternehmen, Gastkommentar NZZ, 15. November 2023, <https://www.nzz.ch/meinung/deferred-prosecution-agreements-alternative-verfahrensabschluesse-in-der-unternehmensstrafbarkeit-ld.1763439>

Conférence suisse des chargés de communication des ministères publics (CCCMP-directives 2014), Empfehlungen für die Medienarbeit der Schweizerischen Konferenz der Informationsbeauftragten der Staatsanwaltschaften, <https://docplayer.org/59171318-Empfehlungen-fuer-die-medienarbeit-der-schweizerischen-konferenz-der-informations-beauftragten-der-staatsanwaltschaften-1.html>

Glencore, Ethics and Compliance Report 2022, <https://www.glencore.com/rest/api/v1/documents/static/57a5935e-4ba6-4a26-b03f-d3fb7a0b41df/GLEN-Ethics-and-Compliance-Report-2022.pdf>

HARTMANN TILL/FERREYRA CARLOS, What are the costs of corruption ?, 22 décembre 2022, <https://blogs.worldbank.org/governance/what-are-costs-corruption>

Neue Zürcher Zeitung, 12 octobre 2023 : GERNY DANIEL, Das sagt der Strafverteidiger Fingerhuth zur Überlastung der Justiz : « Wenn wir nicht

bald etwas tun, wird die Lage unhaltbar », <https://www.nzz.ch/schweiz/das-sagt-der-strafverteidiger-fingerhuth-zur-ueberlastung-der-justiz-wenn-wir-nicht-bald-etwas-tun-wird-die-lage-unhaltbar-ld.1757855?reduced=true>

Message concernant la modification du code de procédure pénale (mise en œuvre de la motion 14.3383 de la Commission des affaires juridiques du Conseil des Etats « Adaptation du code de procédure pénale »), FF 2019 6351-6436, 15 octobre 2019, file:///Users/capusnadj/Downloads/FF-2019-6351-FR-1.pdf

MPC (2018) Rapport de gestion 2017 du 19 avril 2018. file:///Users/capusnadj/Downloads/Rapport%20de%20gestion_2017.pdf

MPC (2022) Communiqué de presse: Le Ministère public de la Confédération clôt la procédure pénale contre ABB, 2 décembre 2022, <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/fr/home/medien/archiv-medienmitteilungen/news-seite.msg-id-92020.html>

MPC (2023 rapport) Rapport de gestion 2022 du 14 avril 2023, file:///Users/capusnadj/Downloads/Rapporto_di_gestione_MPC_2022.pdf

OCDE (2000) Suisse: Rapport de la phase 1, Paris, <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/conventioncontre-lacorruption/2390244.pdf>

OCDE (2018) Suisse: Rapport de phase 4, Paris, [https://one.oecd.org/document/DAF/WGB\(2018\)3/FINAL/Fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/WGB(2018)3/FINAL/Fr/pdf)

OCDE (2020 suivi écrit) Suisse: Rapport de la phase 4 – rapport de suivi écrit de la Suisse, Paris, [https://one.oecd.org/document/DAF/WGB\(2020\)32/FINAL/Fr/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/WGB(2020)32/FINAL/Fr/pdf)

OCDE (2020 résolution), La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès, Paris, <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/La-resolution-des-affaires-de-corruption-transnationale-au-moyen-d-accords-hors-proces-resume.pdf>

OCDE (2021) Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials in International Business Transactions and related documents, Paris, <https://www.oecd.org/fr/daf/anti-corruption/oecd-anti-bribery-convention-booklet.pdf>

OCDE (2023), Principes directeurs de l'OCDE à l'intention des entreprises multinationales sur la conduite responsable des entreprises, Paris, https://www.oecd-ilibrary.org/finance-and-investment/principes-directeurs-de-l-ocde-a-l-intention-des-entreprises-multinationales-sur-la-conduite-responsable-des-entreprises_0e8d35b5-fr

Rapport de la Commission des affaires juridiques du Conseil national. Initiative parlementaire. Modifier l'article 53 CP. FF 2018 3881-3892, 3 mai 2018, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2018/1409/fr>

Stratégie du Conseil fédéral contre la corruption 2021–2024, 2020, https://www.eda.admin.ch/eda/fr/dfae/dfae/publikationen.html/content/publikationen/fr/eda/schweizer-aussenpolitik/Strategie_BR_gegen_Korruption_2021-2024

SICPA (Communiqué de presse), Communiqué de presse concernant l'ordonnance pénale, 27 avril 2023, <https://www.sicpa.com/news/sicpa-oag>

Transparency International Suisse (2023), Bericht zur Strafverfolgung des Unternehmens, Januar 2023, <https://transparency.ch/publikationen/strafverfolgung-des-unternehmens/>

Jurisprudence

- ATF 130 II 2017
- ATF 146 IV 68
- ATF 115 IV 244
- Arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme dans l'affaire *Sutter c. Suisse*, Requête 8209/78 du 22 février 1984

Abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	arrêt du tribunal fédéral
CAAS	Accord entre la Confédération suisse, l'Union européenne et la Communauté européenne sur l'association de la Confédération suisse à la mise en œuvre, à l'application et au développement de l'acquis de Schengen (RS.0.362.31)
c.	contre
cf.	<i>confer</i>
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974
consid.	considérant
Convention CE	Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55), entrée en vigueur pour la Suisse le 1er juillet 2006
Convention OCDE	Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21), entrée en vigueur pour la Suisse le 30 juillet 2000
Convention ONU	Convention de l'Organisation des Nations Unies (ONU) pour la répression du financement du terrorisme (RS 0.353.22), entrée en vigueur pour la Suisse le 23 Octobre 2003
CCCMP	Conférence Suisse des chargés de communication des Ministères publics
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
DoJ	Department of Justice (américain)

éd.	édition
édit.	éditeur(s)/éditrice(s)
etc.	<i>et cetera</i>
FF	Feuilles fédérales
GRECO	Groupe d'Etats contre la corruption
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
LPers	Loi sur le Personnel de la Confédération (RS 172.220.1)
MPC	Ministère public de la Confédération
N	numéro(s) de paragraphe
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OFJ	Office fédéral de la justice
ONU	Organisation des Nations Unies
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s
TF	Tribunal fédéral

Les exigences de l'OCDE en matière de transparence et de répression de la corruption transnationale : de la théorie à la pratique

par

Yves Bertossa

Premier procureur de Genève

I. Introduction.....	192
II. Evaluation par l'OCDE.....	193
III. Transparence en matière de publicité des décisions.....	194
A. Recommandations de l'OCDE.....	194
B. En pratique	195
IV. Transparence relative aux critères de fixation de la peine	197
A. Recommandations de l'OCDE.....	197
B. En pratique	198
V. Conclusion.....	200
Abréviations.....	201

« La corruption est un mal insidieux dont les effets sont aussi multiples que délétères. Elle sape la démocratie et l'état de droit, entraîne des violations des droits de l'homme, fausse le jeu des marchés, nuit à la qualité de la vie et crée un terrain propice à la criminalité organisée, au terrorisme et à d'autres phénomènes qui menacent l'humanité »¹.

I. Introduction

1. Au niveau international, la lutte contre la corruption repose principalement sur trois conventions : la convention de l'OCDE de 1997 sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers², la convention du Conseil de l'Europe sur la corruption de 1999³ et la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003⁴.
2. Au vu de sa place financière importante et compte tenu du fait qu'elle abrite de nombreuses entreprises multinationales, la Suisse est doublement concernée par le risque de corruption transnationale. D'une part, il y a le risque de corruption d'agents publics étrangers par une société dont le siège est en Suisse. D'autre part, il existe le risque que la place financière suisse soit utilisée pour payer, recevoir ou faire transiter des pots-de-vin.
3. Ces deux aspects sont appréhendés en Suisse par les dispositions du code pénal sur la corruption (art. 322^{ter} à 322^{decies} CP) et le blanchiment d'argent (art. 305^{bis} CP).
4. La lutte contre le blanchiment d'argent fait l'objet d'une évaluation régulière et d'un suivi par le Groupe d'action financière (GAFI). La dernière évaluation de la Suisse remonte à 2016, laquelle a ensuite fait l'objet de plusieurs rapports de suivi, dont le dernier date du 19 octobre 2023. La Suisse a encore trois recommandations notées

¹ Extrait du discours de Kofi Annan du 31 octobre 2003 lors de la signature de la Convention des Nations Unies contre la corruption de 2003.

² Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents public étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21), entrée en vigueur pour la Suisse le 30 juillet 2000.

³ Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55), entrée en vigueur pour la Suisse le 1^{er} juillet 2006.

⁴ Convention de l'Organisation des Nations Unis (ONU) contre la corruption (RS 0.311.56), entrée en vigueur pour la Suisse le 24 octobre 2009.

« partiellement conformes », notamment deux recommandations qui ont trait à la soumission de certaines activités juridiques et comptables au régime anti-blanchiment, lesquelles font l'objet d'un projet de révision de la loi sur le blanchiment d'argent (LBA) actuellement en cours. La Suisse est passée d'un suivi renforcé à un suivi régulier de la part du GAFI.

II. Evaluation par l'OCDE

5. S'agissant de la lutte contre la corruption, l'art. 12 de la convention de l'OCDE de 1997 prévoit un mécanisme de suivi de sa mise en œuvre par le Groupe de travail, composé de représentants des Etats partis à la convention. Le processus se déroule en phases, qui font l'objet d'un rapport, puis d'un rapport de suivi. Le rapport de phase 4 sur la Suisse a été adopté en mars 2018⁵. Le rapport de suivi consécutif a été rendu en octobre 2020⁶.
6. Selon le rapport de suivi (cf. n. 6), « *la Suisse n'a pas déployé suffisamment d'efforts pour répondre aux recommandations adoptées lors de la phase 4. Il regrette que la Suisse ait renoncé à engager plusieurs réformes importantes qu'il appelle de ses vœux (pour ce qui est du niveau maximal des amendes à l'encontre des personnes morales, de la protection des lanceurs d'alerte, des conditions de recours des ayants droit dans le cadre de l'entraide judiciaire ou en matière de normes comptables). Il regrette également que les autorités ne se soient pas saisies de plusieurs recommandations qui les invitent à davantage définir un concept (telle la notion de "défaut d'organisation" qui permet d'engager la responsabilité d'une entreprise) ou à mieux organiser une pratique (comme l'auto-dénonciation ou le recours aux circonstances atténuantes dans la détermination des sanctions) et qui sont de nature à favoriser la mise en œuvre de la Convention en Suisse* » (p. 3).
7. A titre de point positif, le Groupe de travail a relevé le renforcement des moyens alloués au MROS, l'adoption de la loi fédérale révisée sur les marchés publics et les efforts du SECO en matière de

⁵ OCDE, La convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de Phase 4 : Suisse, Paris 2018.

⁶ OCDE, Mise en œuvre de la convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption, Rapport de suivi écrit de Phase 4 : Suisse, Paris 2020.

sensibilisation des entreprises à la problématique de la corruption d'agents publics étrangers.

8. Le 22 juillet 2022, le Groupe de travail de l'OCDE reconnaît que *« la Suisse continue de jouer un rôle important dans la lutte contre la corruption transnationale, mais est toutefois très préoccupée par l'absence de réformes législatives attendues de longue date. [...] En 2011, le Groupe de travail a recommandé que la Suisse adopte rapidement des mesures de protection des lanceurs d'alerte dans le secteur privé en se dotant d'un cadre réglementaire approprié pour indemniser et protéger contre toute action discriminatoire ou disciplinaire les employés du secteur privé qui signalent des soupçons de corruption transnationale. En mars 2020, le projet de loi visant à répondre à cette recommandation a été rejeté par le Parlement et toutes les autres initiatives législatives à ce jour ont également échoué. Malgré un débat parlementaire toujours en cours, aucune réforme dans ce domaine n'est actuellement envisagée, ce qui est très préoccupant.*

Le Groupe de travail s'inquiète également du fait que la Suisse n'envisage pas de revoir à la hausse le niveau maximal des amendes prévu par la loi à l'encontre des entreprises reconnues coupables de corruption transnationale. Le fait que la loi suisse fixe ce maximum à 5 millions de francs suisses (environ 4,9 millions d'euros) compromet la mise en œuvre satisfaisante de la responsabilité des entreprises en Suisse »⁷.

9. La présente contribution porte exclusivement sur les recommandations du Groupe de travail en matière de transparence (III.) des décisions rendues et (IV.) des critères de fixation de la peine.

III. Transparence en matière de publicité des décisions

A. Recommandations de l'OCDE

10. Dans son rapport de la phase 4 (cf. n. 5), le Groupe de travail recommande à la Suisse de *« mieux faire connaître l'action répressive des autorités et la rendre plus prévisible et transparente devrait passer par une plus grande publicité donnée aux affaires conclues, en permettant d'en publier le*

⁷ Communiqué du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption, publié sur son site internet.

contenu le plus largement possible. Ceci est d'autant plus important que la grande majorité des affaires de corruption transnationale conclues à ce jour l'a été hors des tribunaux, en ayant recours à des procédures n'impliquant pas nécessairement l'intervention d'un Juge » (p. 4).

11. Dans son rapport de suivi de 2020 (cf. n. 6), le même Groupe indique : « *La Suisse n'a pris des mesures que très limitées et à titre exceptionnel visant à publier, en temps opportun et en conformité avec les règles de procédures applicables, certains éléments des ordonnances pénales dans les affaires de corruption transnationale, y compris les bases légales du choix de la procédure, les faits avérés, les personnes physiques et morales sanctionnées (de manière anonymisée au besoin) et la ou les sanctions imposées* » (p. 8).

B. En pratique

12. Pour le praticien, ces reproches de l'OCDE en matière de publicité des décisions rendues sont peu compréhensibles.
13. En Suisse, le principe de la publicité des débats est garanti par l'art. 30 Cst. ainsi que par l'art. 69 al. 1 CPP, au terme duquel les débats devant le tribunal de première instance et la juridiction d'appel de même que la notification orale des jugements et des décisions de ces tribunaux sont publics, à l'exception des délibérations. Lorsque, en revanche, les parties ont renoncé à un prononcé en audience publique ou qu'une ordonnance pénale a été rendue, les personnes intéressées peuvent consulter les jugements et les ordonnances pénales (art. 69 al. 2 CPP).
14. S'agissant plus particulièrement des ordonnances pénales et des ordonnances de classement, selon les recommandations de la conférence des procureurs de Suisse de novembre 2017, « *les personnes intéressées ont en principe le droit de consulter les ordonnances pénales complètes, intégrales et non anonymisées. Si des intérêts légitimes s'opposent à une telle consultation, il faut examiner si l'ordonnance pénale peut être consultée dans une version caviardée ou anonymisée* ».
15. Les jugements, les ordonnances pénales et les ordonnances de classement sont ainsi publics et parfaitement accessibles, ce qui garantit la transparence.
16. A Genève, la consultation des ordonnances pénales, des ordonnances de classement et des ordonnances de non entrée en

matière est régie par une directive du procureur général qui dispose que les ordonnances pénales rendues au cours des 30 derniers jours, y compris celles qui ne sont pas définitives, sont consultables par les personnes intéressées. Sur demande, les journalistes accrédités reçoivent une copie sans frais.

17. Il ressort ainsi de ce qui précède que toutes les décisions sont accessibles aux journalistes. On ne discerne ainsi pas en quoi les autorités de poursuite pénale pourraient faire davantage. Doit-on comprendre des reproches de l'OCDE que les ministères publics devraient se montrer davantage proactifs pour diffuser les décisions rendues en la matière, notamment par le biais d'un recours systématique au communiqué de presse ?
18. Sur ce point, la communication proactive des autorités de poursuite pénale est régie par l'art. 74 CPP qui prévoit la possibilité de communiquer sur une procédure pénale pendante, notamment lorsque la portée particulière de l'affaire le justifie (lettre d). Dans la pratique, cette disposition est appliquée. C'est ainsi que dans la procédure dite « ADDAX », la décision de classement a fait l'objet d'un communiqué de presse et a été transmise, sur demande, aux journalistes intéressés qui ont pu largement relayer les informations dans la presse. Dans le cadre du prononcé d'une ordonnance pénale, le Ministère public de la confédération a, à plusieurs reprises, informé les médias de sa décision. Enfin, en cas de renvoi en jugement, la publicité ressort des débats, qui sont publics, et de la décision rendue par les tribunaux, également publique. Une récente procédure jugée à Genève en lien avec des faits de corruption en Guinée a d'ailleurs été amplement relayée dans les médias.
19. Il ressort de ce qui précède que les décisions rendues en matière de corruption transnationale sont rendues en toute transparence et parfaitement accessibles aux médias. Les autorités de poursuite ne sont pas des agences de communication et n'ont pas vocation à communiquer en dehors du cadre légal. Ce cadre garantit l'accès aux décisions rendues et permet une communication proactive lorsque la procédure le justifie.

IV. Transparence relative aux critères de fixation de la peine

A. Recommandations de l'OCDE

20. En matière de fixation de la peine, l'OCDE rappelle régulièrement la nécessité de prononcer des peines efficaces, proportionnées et dissuasives.
21. Dans son rapport de la phase 4 (cf. n. 5), le Groupe de travail, relevant le peu de peine ferme prononcée à l'encontre des personnes physiques, a recommandé aux autorités suisses qu'elles : « *(i) assurent que les sanctions imposées en pratique à l'encontre des personnes physiques condamnées pour des faits de corruption transnationale sont efficaces, proportionnées et dissuasives en conformité avec l'article 3 de la Convention ; (ii) fassent un usage des circonstances atténuantes comme la sollicitation et la nécessité alléguée du paiement corruptif qui soit conforme à la Convention (...); et (iii) fassent un usage de l'éventail complet des sanctions pénales applicables en vertu de la législation, y compris les peines privatives de liberté, le cas échéant* » (p. 45).
22. Concernant les personnes morales, le Groupe de travail a notamment recommandé de revoir à la hausse le montant maximal de l'amende prévue à l'art. 102 CP (CHF 5 millions) et de faire un usage approprié des circonstances atténuantes qui n'aboutit pas à exonérer de facto les entreprises de leur responsabilité (p. 50).
23. Sur ces points, le rapport de suivi de 2020 (cf. n. 6) a rappelé ces critiques et noté (i) que la Suisse avait échoué à établir un cadre clair et transparent de l'auto-dénonciation par les entreprises alors qu'il s'agit d'une pratique que les autorités continuent d'encourager par ailleurs (ii) que les peines prononcées depuis le rapport de Phase 4, que ce soit à l'encontre des personnes physiques ou des entreprises, n'étaient pas suffisamment dissuasives et ne permettaient pas de remettre en cause les réserves formulées par le Groupe de travail dans son rapport de Phase 4, notamment au titre du recours aux peines avec sursis.
24. L'OCDE met ainsi régulièrement l'accent sur la nécessité de prononcer des peines suffisamment dissuasives en matière de corruption transnationale.

B. En pratique

25. Le reproche relatif au montant maximal de l'amende prévu à l'art. 102 CP est justifié. La Suisse abrite le siège de nombreuses entreprises multinationales dont le chiffre d'affaires s'élève à plusieurs centaines de millions, voire plusieurs milliards. Les revenus dégagés annuellement par certaines entreprises ou certains établissements bancaires sont tels que le montant de l'amende prévu à l'art. 102 CP est ridiculement bas et certainement peu dissuasif.
26. Certes, la confiscation ou le prononcé d'une créance compensatrice permettent de confisquer ou de séquestrer les gains résultant des actes de corruption – lesquels sont en général supérieurs à l'amende prononcée – mais il n'en demeure pas moins que la dimension punitive de l'amende de l'art. 102 CP ne permet pas de sanctionner de manière proportionnée certaines entreprises reconnues coupables. A ce jour, le législateur suisse ne paraît pas enclin à augmenter le montant de l'amende, de sorte que le reproche de l'OCDE est amené à se répéter à l'avenir.
27. Plus problématique est le reproche selon lequel les peines prononcées à l'encontre des personnes physiques sont insuffisantes et le reproche selon lequel le recours à certaines circonstances atténuantes n'est pas suffisamment clair et transparent, notamment en cas de sanctionnement d'une personne morale suite à une auto-dénonciation.
28. La peine menace de l'infraction de corruption d'agents publics étrangers s'élève à 5 ans au plus (art. 322^{septies} CP). En cas de concours d'infractions (art. 49 CP), la peine peut être augmentée de moitié et s'élever ainsi au maximum à 7 ans et demi.
29. La peine est fixée en application de l'art. 47 CP, à savoir selon la culpabilité de l'auteur, en prenant en considération ses antécédents, sa situation personnelle ainsi que les effets de la peine sur son avenir. Le juge ou le ministère public détermine si des circonstances atténuantes entrent en considération (art. 48 CP). Les circonstances atténuantes sont strictement prévues par le code pénal et ne sont pas propres à l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.
30. Dans la pratique, les procédures en matière de corruption transnationale sont souvent longues et complexes, notamment car

il est nécessaire d'avoir recours, par le biais de l'entraide judiciaire internationale, à des moyens de preuve situés à l'étranger. Or, la corruption ayant fréquemment lieu dans des pays peu coopérants en matière d'entraide judiciaire, les autorités de poursuite pénale suisses sont régulièrement confrontées à des situations dans lesquelles de nombreux indices de corruption existent sans qu'il soit possible, faute de coopération des pays étrangers concernés, d'apporter suffisamment de preuves pour renvoyer la cause devant les autorités de jugement et obtenir ainsi des condamnations pénales. Il résulte de ces difficultés que certaines procédures sont en quelque sorte négociées avec les prévenus, par le biais du prononcé d'ordonnances pénales et par le biais d'ordonnance de classement moyennant la confiscation des profits générés ou le versement d'une réparation. De telles solutions ne répondent certes pas aux recommandations de l'OCDE mais se justifient au vu de l'impossibilité de recueillir suffisamment de moyens de preuve qui permettraient d'obtenir une condamnation devant les tribunaux. Elles ont le mérite de prononcer des condamnations, certes peu dissuasives, et de confisquer le produit des actes de corruption plutôt que l'abandon pur et simple des poursuites.

31. A l'inverse, lorsque l'instruction de la procédure a permis de mettre en évidence suffisamment de preuves à l'encontre des personnes poursuivies, notamment grâce à l'entraide judiciaire, les autorités de poursuite suisses n'hésitent pas à renvoyer en jugement les personnes poursuivies. A titre d'exemple, le Ministère public genevois a renvoyé en jugement en 2019 trois auteurs présumés de corruption en Guinée, lesquels ont été condamnés en première instance ainsi qu'en appel, en 2022, à des peines pour partie fermes. La cause est actuellement pendante au Tribunal fédéral suite aux recours des prévenus.
32. De manière générale, la décision de renvoyer en jugement les auteurs présumés d'actes de corruption ou la décision de recourir au prononcé d'ordonnances pénales, voire de classement moyennant confiscation du produit de l'infraction ou réparation, dépend largement des circonstances de la cause (coopération des autorités étrangères, éventuelles condamnations déjà prononcées à l'étranger, ancienneté des faits, collaboration des auteurs, montants en jeu), de sorte qu'il est très difficile d'établir, comme le souhaite

l'OCDE, un cadre clair et transparent pour l'auto-dénonciation des entreprises ou l'application des circonstances atténuantes prévues par la loi. Chaque cas est différent sans qu'il soit possible de réglementer précisément le niveau de la peine à prononcer. Dans certains cas, le prononcé d'une ordonnance pénale sera parfaitement justifié. A l'inverse, dans d'autres cas, le renvoi en jugement et le prononcé d'une peine privative de liberté doivent être privilégiés.

V. Conclusion

33. Le suivi par l'OCDE et le GAFI de l'activité des autorités de poursuite pénale en Suisse dans la lutte contre le blanchiment d'argent et la corruption est évidemment utile et nécessaire. De nombreuses recommandations sont pertinentes et devraient être mises en œuvre en Suisse rapidement, notamment les recommandations relatives au montant maximal de l'amende de l'art. 102 CP et la nécessité de soumettre certaines professions juridiques et comptables à la LBA.
34. En revanche, les reproches liés au prétendu manque de transparence des décisions rendues et à la nécessité de rendre davantage transparents les critères appliqués en matière de fixation de la peine relèvent, à mon sens, davantage d'une vision théorique qui se heurte au quotidien des acteurs chargés de la lutte contre la corruption et le blanchiment d'argent.

Abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
cf.	<i>confer</i>
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
LBA	Loi fédérale concernant la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme du 10 octobre 1997 (RS 955.0)
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent (Money Laundering Reporting Office of Switzerland)
n.	note(s) de bas de page
GAFI	Groupe d'action financière
GRECO	Groupe d'Etats contre la Corruption
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ONU	Organisation des Nations Unies
p.	page(s)
RS	Recueil systématique
s./ss.	et suivant(e)/et suivant(e)s



Transparency: Corporations Caught between a Rock and a Hard Place

by

Jürg Wernli

LL.M, Attorney at law

I. Introduction.....	205
II. Criminal investigations against companies in Switzerland.....	205
A. Principle	205
B. Deferred Prosecution Agreement	206
C. Reparation.....	206
D. Behavior of the company under investigation.....	208
III. Transparency	209
A. Environmental, Social, Governance Principles	209
B. Management report	210
C. Accounting regulations	211
IV. Summary Penalty Order – indictment.....	212
A. ‘Deals’.....	212
B. Deal 1: accelerated procedure.....	213
C. Deal 2: negotiations.....	214
D. Consequences of the negotiations.....	217
V. Abandonment of investigation regarding specific facts	218
VI. Sanctions	220
A. Fines	220
B. Equivalent claim.....	220
VII. Wording of the Summary Penalty Order	221
VIII. Legal classification of the Summary Penalty Order	222

Jürg Wernli

IX. Information of the public.....	223
X. Conclusion.....	225
Bibliography	227
Online sources	228
Abbreviations	229

I. Introduction

1. This article¹ explores the strategies and responses of a company facing a criminal investigation, particularly in its role as an accused entity. The focus is on cooperative approaches, such as voluntary disclosure, proactive communication with law enforcement authorities, and the extent of cooperation in unearthing additional incriminating evidence. The article examines the company's inclination to share data voluntarily, even beyond requested information, and its readiness to participate actively in fact-finding efforts. It also considers the company's stance on employees' involvement in making statements to law enforcement, including admissions or non-denial of any discovered misconduct, and the willingness to accept a conviction.
2. Furthermore, the article delves into the benefits of cooperative and transparent behaviour. It seeks to identify the necessary conditions for a company, implicated in a criminal investigation, to engage transparently and effectively with law enforcement authorities. It raises the question of whether companies have a choice in their response strategy and how they can navigate to achieve the most favourable outcome, both in the short and long term, without compromising their ongoing operations.
3. This discussion is framed within the current legal context in Switzerland, providing insights into the decision-making processes of companies under criminal investigation.

II. Criminal investigations against companies in Switzerland

A. Principle

4. A criminal investigation is concluded by the public prosecutor by either issuing a Summary Penalty Order, bringing charges, or issuing

¹ Disclosure: the author represented the ALSTOM companies (closure of the criminal investigation in 2011) and SICPA SA (closure of the criminal investigation in 2023) in the respective criminal investigations of the OAG.

an order to abandon the proceedings.² A legally binding order to abandon proceedings is equivalent to an acquittal.³ Therefore, the company has a keen interest in having the criminal investigation abandoned to avoid a conviction and its related negative consequences.

B. Deferred Prosecution Agreement

5. Switzerland does not have the option of abandoning a criminal investigation through a legal instrument like a ‘Deferred Prosecution Agreement’ (DPA). Efforts to introduce such a legal instrument failed in 2019.⁴

C. Reparation

6. It therefore seems inevitable that a company will be convicted if it has committed a criminal offence. However, an alternative to conviction is provided by art. 53 Swiss Criminal Code (SCC), which permits terminating a criminal investigation under the provision of ‘reparation’ if the company has admitted the facts of the offense, has covered the loss or damage and the interest in prosecution of the general public and the harmed parties are low.
7. The practice of the public prosecutors’ offices to abandon criminal investigations against companies based on art. 53 SCC appears to vary.
8. In 2011, the Office of the Attorney General of Switzerland (OAG) concluded the criminal investigation against ALSTOM SA (the France-based holding company) with a compensation payment of CHF 1 million, while its subsidiary was convicted through a Summary Penalty Order.⁵

² Art. 318 para. 1 SCC.

³ Art. 320 para. 4 CrimPC.

⁴ FDJP Aufschub (cf. online sources); WERNLI/CARLSON-BURKART, Criminal Proceedings.

⁵ OAG, press release (cf. online sources).

9. In 2015, the Geneva Public Prosecutor's Office concluded a criminal investigation based on art. 53 SCC against HSBC's Swiss branch by a reparation payment (compensation) of CHF 40 million.⁶
10. In 2017, the OAG concluded a criminal investigation conducted on a company's self-denunciation with a Summary Penalty Order and imposed a (symbolic) fine of CHF 1 and ordered a compensation payment of CHF 30 million.⁷
11. In its 2017 annual activity report, the OAG stated that art. 53 SCC would no longer apply in criminal investigations against transnational companies.⁸
12. Despite art. 53 SCC being applicable law and mandating the abandonment of the criminal investigation⁹ if conditions are met¹⁰, the OAG, responsible for most investigations against transnational companies, does not apply this law.¹¹ The OAG considers the public interest in bringing charges to be generally predominant, without wanting to examine the individual case.¹²
13. During the 2018 country review on the implementation of the OECD Convention on Combating Bribery of Foreign Public Officials, the OECD emphasised the need to consider alternatives to prosecution. Such proceedings must offer sufficient guarantees regarding the foreseeability of criminal prosecution, its transparency and publicity. These guarantees are fundamental to avoid giving the impression that the law is being applied outside the courts without sufficient control. While the OAG's decision to no longer apply art. 53 SCC to transnational companies is in line with the respective

⁶ Swissinfo 2023 (cf. online sources).

⁷ Neue Zürcher Zeitung vom 24.02.2017 (cf. online sources).

⁸ OAG, annual report 2017, 8 (cf. online sources).

⁹ BSK StGB-RIKLIN, art. 53 N 42.

¹⁰ PFLAUM 2019.

¹¹ MARKWALDER, 157.

¹² WERNLI 2019.

OECD's recommendation,¹³ no alternative legal instruments such as DPAs have yet been established in Switzerland.¹⁴

14. This current status is unsatisfactory, as there exists legal uncertainty regarding whether a prosecution authority will allow for terminating the investigation based on art. 53 SCC, thereby avoiding a company's conviction. Moreover, the situation also creates competitive disadvantages for international companies that find themselves exposed to criminal prosecution in Switzerland. In contrast, alternatives to prosecution exist abroad.¹⁵ The situation in Switzerland also contradicts the constitutional mandate, which requires the state to create favorable framework conditions for the private sector.¹⁶ Yet, despite the recognised need for regulation, no action has been taken for years.

D. Behavior of the company under investigation

15. Given this background, companies find it challenging to assess the desirability and extent of transparency towards law enforcement authorities. Does transparent and cooperative behaviour lead to beneficial outcomes for the company? This consideration encompasses various factors: Could such behaviour result in a shorter duration for the criminal investigation, thereby utilising fewer company resources and incurring lower costs? Might it lead to reduced negative media exposure over a shorter time frame? Could it decrease the likelihood of requests for mutual legal assistance internationally, thereby lowering the risk of foreign criminal prosecution authorities initiating their own investigations? Additionally, does this approach offer the potential to avoid a conviction and mitigate the financial repercussions, including fines, compensation claims, costs, and the risk of exclusion from public procurement procedures?

¹³ OECD Follow-up report Switzerland (cf. online sources).

¹⁴ WERNLI/CARLSON-BURKART, Kein DPA.

¹⁵ For example, the DPA in the United Kingdom and the Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP) in France, (cf. online sources).

¹⁶ Art. 94 para. 3 FC.

16. Companies need financial predictability, which extends to predictability in criminal investigations. The current environment in Switzerland does not guarantee either. A reliable assessment of the situation is hardly possible in view of the legal uncertainty. A criminal investigation thus carries immeasurable risks, leading companies to possibly choose against full cooperation and transparency. This hesitance arises because prosecution authorities are often unable to transparently demonstrate and guarantee the benefits of cooperative behavior.

III. Transparency

17. But does a company have the choice of whether it wants to be transparent in a criminal investigation?

A. Environmental, Social, Governance Principles

18. Transparency, defined as the public traceability of processes and behavior, is more than just a ‘nice to have’ feature or an advertising slogan.¹⁷ Transparency is an element of governance in the pursuit of sustainable corporate governance within the framework of Environmental, Social, Governance (ESG) principles.¹⁸ The Swiss Code of Obligations (CO) has been revised along the lines of Corporate Social Responsibility (CSR) Directive 2014/95/EU.¹⁹ The ‘Transparency on non-financial matters’ provisions, effective from 1 January 2022, mandate that certain companies,²⁰ starting in 2024, must report on various issues including the fight against corruption. This requirement is to the extent necessary for understanding the company’s business operations, results, situation, and the impact of its activities on these aspects.²¹ The report shall

¹⁷ BLACKHURST, 3.

¹⁸ The specific situation and requirements of regulated entities, in particular banks, is not discussed in the following text.

¹⁹ www.eur-lex.europa.eu.

²⁰ Art. 964a CO.

²¹ Materiality arises without further ado, for example, if the company bids for public contracts, since a violation of provisions on the fight against corruption can lead to exclusion from the award procedure and to the revocation of the award of the

further include a description of the material risks associated with these matters and the company's management of these risks, insofar as they arise from its own business activities and - where relevant and proportionate - from its business relationships, products or services.²² In the case of a public limited company, this report must be signed by the Board of Directors, approved by the General Meeting and published after approval. The report must remain publicly available for at least 10 years.²³

19. Violations of these reporting obligations, such as providing false information or failing to report, can result in substantial fines: up to CHF 100,000 for willful misconduct and up to CHF 50,000 for negligence.²⁴
20. Consequently, this report must detail and account for the company's efforts in combating corruption. In addition, it is also necessary to describe the impact of a possible or already ongoing criminal investigation due to the company's criminal acts related to corruption. It is crucial for this report to clearly articulate the consequences of these issues on the company's financial health and reputation. Transparency in this report plays a crucial role.

B. Management report

21. In a management report,²⁵ larger companies²⁶ are required to present an overview of the business course and economic situation, covering aspects not reflected in the annual financial statements. This includes providing a risk assessment and highlighting extraordinary events.

contract (cf. art. 44 para. 1 lit. e PPA) and even if the possible financial effects have a sufficient influence on the company's earnings (fines, compensation claims, expected early loan terminations, increase in interest costs, etc.).

²² Art. 964b CO.

²³ Art. 964c CO.

²⁴ Art. 325^{ter} SCC.

²⁵ Art. 961c CO.

²⁶ Art. 964a CO.

C. Accounting regulations

22. In addition to these reports,²⁷ the company must record liabilities in accordance with applicable financial valuation rules. If the criminal investigation has not been concluded and the amount of a fine and a claim for compensation has not been determined, no accruals and deferrals are yet possible. Provisions²⁸ against the income statement may be necessary if the following cumulative conditions are met:
- past events indicate that an outflow of funds is expected in future financial years;
 - the cash outflow is probable (probability of occurrence over 50%);
 - the amount of the liability can be reliably estimated; and
 - the amount is significant.
23. The provisions must be re-evaluated regularly. The valuation should be conducted to objectively estimate the amount based on the economic risk.
24. If the cash outflow appears either unlikely or cannot be reliably estimated, the company must disclose the matter as an (unquantified) contingent liability in the notes to the annual financial statements.²⁹
25. A company may be hesitant to quantify its risk assessment in the balance sheet, detail it in the notes, or mention it in a report if such specific disadvantage it in negotiating the terms of the criminal investigation's conclusion, since the prosecution authorities have access to the company's annual financial statements and reports. This will rarely involve the amount of the fine, which, at a maximum of CHF 5 million, is generally less significant than the claim for compensation for unlawfully generated profits.

²⁷ To the extent that the companies are subject to the reporting obligation.

²⁸ Art. 960e CO.

²⁹ Art. 959c para. 2 sec. 10 CO.

26. However, the fact of an ongoing criminal investigation does not exempt the company from compliance with accounting regulations. How the company deals with the dilemma in individual cases is challenging and leads to difficult discussions with the company's auditors, who report to the General Meeting of the (public limited) company on the audit of the annual financial statements and are also obliged to report violations of the law to the Board of Directors or to the General Meeting if the violations are material or the Board of Directors does not take appropriate measures based on the auditor's report.³⁰ The argument that the amount of the liability cannot (currently) be reliably estimated and therefore no provisions can be recognized usually alleviates the problem. However, this argument cannot solve the problem in the long term, as the provisions must be revalued regularly, and the company must regularly ask itself whether the amount of the liability can now be reliably estimated.
27. If a company is subject to the obligation to report on non-financial matters,³¹ the report must provide an account of the fight against corruption and describe the main risks and their management arising from business activities. Should the ongoing criminal investigation reveal a need for additional anti-corruption measures – such as an inadequate organization requiring expansion with more compliance staff, employee training, etc. – this realization carries financial implications that must be reported.

IV. Summary Penalty Order – indictment

A. 'Deals'

28. Prosecution authorities often inform the general public about the conclusion of criminal investigations against companies through media releases.³² Typically, these announcements state that the company has been fined for inadequate organization related to

³⁰ ZEMP, 139.

³¹ Art. 964a CO.

³² OAG, press releases *in re* ALSTOM (22.11.2011), ABB (2.12.2022), SICPA (27.4.2023), cf. list of online sources.

corruption, a claim for compensation has been determined, and that the penalty order has become legally binding due to the lack of objection.

29. Clearly, negotiations between the public prosecutor's office and the company occurred prior to issuing this Summary Penalty Order. These discussions likely included negotiating the conclusion of the criminal investigation via a Summary Penalty Order rather than an indictment, as well as the amount of the fine and compensation claim.

B. Deal 1: accelerated procedure

30. A company accused in the criminal investigation may request the public prosecutor's office to conduct an accelerated procedure at any time prior to bringing charges.³³ The company is required to admit the essential facts for legal assessment and, at least in principle, acknowledge the civil claims. If the public prosecutor's office agrees, a separate file will be opened, and the private plaintiffs will be given the opportunity to file their civil claims.
31. This accelerated procedure provides a legal framework for conducting negotiations on how criminal investigation can be concluded. However, these proceedings inevitably result in the company's conviction, as Switzerland lacks a DPA, and no use is made of the possibility of abandoning the criminal investigation after payment of compensation on the basis of art. 53 SCC (see N 6).
32. These negotiations include the amount of the fine, the compensation claim, and the settlement of private plaintiffs' civil claims. If the negotiations are successful, the public prosecutor's office presents an indictment, which both the company and private plaintiffs can either accept or reject. If the parties agree, the public prosecutor's office sends the indictment to the court, which examines in a shortened main hearing whether the facts have been recognized by the company and correspond to the case file.

³³ Art. 358 ff. CrimPC.

33. This accelerated procedure is not attractive to a company for several reasons:
- *The company must acknowledge the facts of the case when submitting the application for an accelerated procedure.* A criminal investigation is often based on various facts that are substantiated to varying degrees and which the company only partially acknowledges. It therefore makes sense to hold discussions with the public prosecutor in advance of the application to determine the conditions under which an application for accelerated proceedings would be approved. The interface between ordinary and accelerated proceedings is not clearly defined.
 - *It remains to be seen whether the court will pass judgment on the ‘negotiated indictment.’* If not, the prosecutor’s office will have to continue the investigation and conclude it with an indictment or Summary Penalty Order. Even if the recognition of the facts in the abbreviated proceedings cannot be used in the continued ordinary criminal proceedings,³⁴ the concessions are already in the minds of the public prosecutor’s office.
 - *The private plaintiffs can derail the accelerated proceedings by not agreeing to the indictment and thus have the company in their hands to push through - even unjustified - concessions in the civil claims.* This fact is generally of little significance in proceedings concerning the criminal liability of companies in connection with allegations of corruption, as no private plaintiffs participate in the proceedings.
 - *There is a risk that information about the company’s concessions will be leaked to the public via the media, even if the accelerated procedure fails.*

C. Deal 2: negotiations

34. Companies typically face pressure to conclude criminal investigations swiftly.
35. If the company lacks a full understanding of the situation, an alternative approach could be beneficial. The initial step involves an internal investigation to identify potential risk areas in business

³⁴ Art. 362 para. 4 CrimPC.

incidents. Based on these findings, the company can then determine the degree of its cooperation with law enforcement authorities.

36. As the matters to be investigated often date back years, it is difficult to fully investigate the facts and it is not possible to do so completely, even with a great deal of effort. The fact that the statute of limitations will soon expire of certain matters can also play a role in whether the company wants to speed up or delay the official investigation.
37. If the company is able to assess the situation, it will seek a way to bring the criminal investigation to a favorable conclusion. If a conviction for certain facts seems unavoidable and the company is prepared to accept a Summary Penalty Order, it will prefer this route to an indictment and the subsequent extensive public trial hearing. It will contact the public prosecutor's office through its lawyers and request a meeting. The Criminal Procedure Code (CrimPC) does not provide for such oral exchanges, but requires that the parties' submissions are included in the criminal proceedings in written form.³⁵ However, the company does not wish to make any written or binding statement at this stage, as a written submission would become part of the case file and hence, could be used against the company. The company wants to understand whether the public prosecutor's office would be prepared to conclude the proceedings in the near future and, if so, under what conditions.
38. The framework of such a discussion can be defined by the public prosecutor's office, especially if the criminal investigation is already well advanced, by presenting the results of the investigation to date to the company representative³⁶ in advance, e.g. during an interrogation – similar to a final interrogation³⁷ – and by commenting on the facts deemed to be proven, on the seriousness of the offense, on the seriousness of the lack of organization, on the economic performance of the company and thus also the amount of the fine, the unlawfully obtained profits and thus a claim for compensation.

³⁵ Art. 109 para. 1 CrimPC.

³⁶ Art. 112 CrimPC.

³⁷ Art. 317 CrimPC.

39. The cards are thus on the table in a procedurally permissible manner.
40. Experience has shown that the public prosecutor's office typically grants the company's lawyers such a meeting, especially in cases where no private plaintiffs are involved. The public prosecutor's office records the conversation in a *memorandum*, which will become part of the case files, stating that the meeting took place, who participated and what the points of discussion were. The level of detail of such a memorandum is generally limited. The risk associated with such a meeting for a company is significantly lower than that of the public prosecutor's office. The public prosecutor's office can claim that the requirement of acceleration³⁸ makes such a conversation meaningful. However, they are still bound by their independence by applying the law,³⁹ the principle of investigation⁴⁰ and the obligation to prosecute,⁴¹ and must act transparently and treat all parties equally.
41. The company's lawyers will make (oral) statements, subject to consultation with the company. The company may present documents during the meeting to demonstrate that exonerating facts were overlooked or insufficiently considered by the public prosecutor's office, or to argue that the alleged illicit profits were miscalculated, or that there have been changes in the company's economic performance. Even though these documents are only discussed at this meeting and are not submitted to the files, the company is thereby disclosing their existence. If the investigation continues, the public prosecutor's office may use these disclosed documents to support the charges.
42. Once the framework of the Summary Penalty Order acceptable to the public prosecutor's office and the company has been defined, it is the public prosecutor's office that will prepare a draft of the Summary Penalty Order and send it to the company's lawyers.

³⁸ Art. 5 CrimPC.

³⁹ Art. 4 CrimPC.

⁴⁰ Art. 6 CrimPC.

⁴¹ Art. 7 CrimPC.

D. Consequences of the negotiations

43. At this stage, the company does not wish to disclose the fact that negotiations are underway regarding the conclusion of the criminal investigation and what the financial consequences of the conclusion might be. Various clear reasons support this discretion: Keeping the ongoing negotiations confidential reduces the risk of information reaching the public prematurely, before a resolution is reached. It is always possible that the negotiations will fail. In this case, the company does not want it to be known that negotiations have taken place, as this could be perceived by the public as an admission of guilt. The chance of a successful conclusion to the negotiations is higher if negotiations between the public prosecutor's office and the company can take place without speculation in the media. Experience indicates that negotiations usually begin with high fines and compensation claims, but the public prosecutor's office is receptive to fact-based reductions. Both the public prosecutor's office and the company may find it easier to back away from maximum positions and save face if the positions are not generally known. While the media may speculate on the negotiations, the public interest in not bringing charges, and the appropriateness of negotiating positions, they do so without full knowledge of the facts, as the criminal investigation remains confidential.⁴²
44. Furthermore, the company wants to carefully consider when and to what level of detail the auditors will be informed about the discussions and their content.
45. If the company details contingent liabilities in the financial statement notes or creates provisions before concluding negotiations, it reveals its internal risk assessment. This disclosure could weaken its position in negotiations with the public prosecutor's office, which has access to this information.
46. Creating provisions based solely on the fines and compensation claims initially announced by the public prosecutor's office shouldn't be mandatory. The liability amount, being a starting point

⁴² Art. 69 para. 3 lit. a CrimPC.

for negotiations, is likely to change during the process and thus cannot be reliably estimated.

47. However, the company may have to observe provisions in loan agreements with banks or supply contracts with customers that oblige it to provide information about the negotiations with the public prosecutor's office at this stage if the payment obligation, which may result from the closure of the investigation, exceeds a certain threshold, whether in terms of amount or as a percentage of the previous borrowed capital, etc., as non-disclosure could lead to extraordinary termination. In such cases, the company should report only what is necessary, minimizing the circle of informed parties and the risk of information leaks. Banks are primarily interested in facts that genuinely threaten the company's creditworthiness and repayment ability, and they likely prefer not to initiate internal review processes based on speculative figures.

V. Abandonment of investigation regarding specific facts

48. Usually, notwithstanding the thoroughness of an investigation, the suspicion held by the public prosecutor's office cannot be substantiated with regard to all the facts under investigation. The criminal investigation must be abandoned in this respect. However, the question arises whether the company benefits from a separate and detailed order on partial abandonment of proceedings (which becomes public) and having only the sanctioned facts included in the Summary Penalty Order.
49. It seems that there are the following advantages of partial abandonments of proceedings:
 - The framework and conditions for any new investigation in Switzerland are clearly defined, as reopening proceedings is only possible if new facts or evidence become known that do not emerge from the previous case files.⁴³

⁴³ Art. 323 CrimPC.

- It is demonstrated that the investigation in Switzerland was comprehensive and meticulous. This reduces the risk that other countries will re-examine these issues.
- A legally binding ruling abandoning proceedings is equivalent to a final verdict of acquittal.⁴⁴

50. Disadvantages:

- A detailed description of facts may contain too much information that leads to new investigations abroad (criminal law, competition law), as other factual elements might be known there that were not known in the investigation in Switzerland but represent a piece of the puzzle and thus provide a better picture.
- *Ne bis in idem* only plays a limited role in international relations⁴⁵ and a dismissal order does not prevent a foreign investigation, because subsidiaries of the group are located in different countries that are not parties to the abandoning proceedings decision but are related to the facts under investigation.

51. It becomes clear that, in addition to the facts that led to convictions, there were other suspicious facts which, although they could not be proven, nevertheless indicate a systematic organizational failure of the company.

52. Even if a criminal investigation is partially abandoned, the public perception still might be that the company is attempting to avoid accountability. This could have a negative impact on consumer trust, investor confidence, and relationships with stakeholders.

53. Abandoning a criminal procedure does not shield the company from civil litigation related to the alleged conduct. Plaintiffs or affected parties may pursue civil lawsuits, seeking damages and other forms of legal recourse.

54. In most cases, the potential disadvantages are likely to outweigh the advantages, so that a company will not object to the public prosecutor's office 'implicitly' discontinuing individual facts in the

⁴⁴ Art. 320 para. 4 CrimPC.

⁴⁵ PIETH, 220.

Summary Penalty Order, i.e. not issuing a separate abandoning proceedings order.

VI. Sanctions

A. Fines

55. If the company is convicted, it will have to pay a fine. The maximum amount of the fine is CHF 5 million.⁴⁶ The fine is determined particularly according to the seriousness of the underlying offence (e.g. corruption) and the seriousness of the organizational deficiency, the damage caused and the company's economic performance.⁴⁷
56. The company's goal is a low fine, as it implicitly shows that the organizational deficiency was modest, that there was no systematic failure, but rather compliance breaches from individuals, so that the company is nevertheless considered to be rather well organized and reliable and thus less impaired in its further activities.

B. Equivalent claim

57. If assets subject to forfeiture (illegally gained profits) are no longer available, a claim for compensation⁴⁸ for these unlawfully made profits may be imposed. Such a claim is unlimited in amount and is therefore often more painful than the fine. Since it is hardly possible to determine the exact profits made from the illicit activity, the company has an interest in providing the public prosecutor's office with the basis for an accurate estimate.

⁴⁶ The OECD considers the amount of CHF 5 million to be too low and not suitable: '[...] *to hinder the satisfactory implementation of corporate criminal liability in Switzerland. Given the importance of this issue, it should be brought to the attention of the Swiss government.*', see OECD Follow-up report Switzerland, 8 (cf. online sources). Efforts are underway in the Swiss parliament to raise the upper limit on fines (Motion OECD, cf. online sources).

⁴⁷ Cf. FSC 146 IV 68, consid. 2.3.4.

⁴⁸ Art. 71 SCC.

58. The equivalent claim may be reduced accordingly if the sustainable existence of the company is jeopardized by the amount of the claim. The fact that the company must expect a loss of earnings due to the conviction may also play a role in this assessment, be it that the company will be excluded from public tenders for a certain period, that awarded contracts will be revoked or that foreign law enforcement authorities will additionally sanction the same behavior or have already sanctioned it.
59. To provide greater comfort that due sums will in fact be paid (in debt enforcement proceedings against the company, the compensation claim is not privileged),⁴⁹ the payment terms of the compensation claim can be structured accordingly. Therefore, instalment payments can be negotiated so that the company can bear to pay them even in the event of an expected loss of operating income in the first few years after the conviction. For example, instalments can be linked to fixed dates or milestones (if the instalment is not paid on this expiry date at the latest, the entire outstanding remaining compensation claim is due for payment immediately) and late payment interest can be applied. In return, if the company fulfills its payment obligations earlier than set out in the Summary Penalty Order, it may be granted a discount on the payments to be made. Depending on its liquidity and based on the current interest costs of bank or third-party loans, this may give the company an incentive to repay the compensation claim earlier.
60. Obviously, all such creative solutions require negotiations between the public prosecutor's office and the company in advance of the issuance of the Summary Penalty Order.

VII. Wording of the Summary Penalty Order

61. The wording of the Summary Penalty Order is just as, if not more, important as the financial consequences such as the fine, claim for compensation, and costs.

⁴⁹ Art. 71 para. 3 SCC.

62. The company has an interest in ensuring that the facts of the case are broadly defined in terms of time, thus increasing the possible blocking effect to prevent a new investigation (*ne bis in idem*).
63. The underlying offenses must be precisely assigned to an employee or a related third party such as a consultant of the company and, if applicable, it must also be mentioned that employees and consultants have enriched themselves personally (kick-backs) and thus deliberately circumvented existing control mechanisms.
64. When assessing the organization to prevent corruption, it seems important to avoid the impression that the organization was deliberately structured and managed carelessly to create room for corruption.
65. Before detailing the organizational deficiencies alleged by the public prosecutor's office, the Summary Penalty Order should specify the robust framework measures the company has implemented to prevent corruption. These include ethics and conduct policies, appropriate structures, qualified and trained employees, effective reporting, information systems, risk assessment, detection, sanctioning (including whistleblowing mechanisms), oversight, accountability, external verification, certification, collaboration with industry partners, and ethical leadership.

VIII. Legal classification of the Summary Penalty Order

66. No matter how restrained the wording of the Summary Penalty Order may be, it does not change the fact that the company was convicted. In addition to the consequences of the fine, the claim for compensation and the costs, the conviction seems to always have further negative consequences for the company (collateral damage): Be it that the company is involved in further criminal investigations abroad; be it that it is excluded from public procurement; be it that private customers are reluctant to conclude contracts and demand (further) guarantees for the correct performance of the contract; be it that lending banks re-assess the future performance of the company and demand additional collateral for granted loans, increase interest rates or terminate loans; be it that it is becoming more difficult to recruit and retain valuable employees, and that the

company's reputation suffers in general. Additionally, the increasing requirements for selecting an auditor, along with more detailed audit procedures, result in higher costs for the company.

67. If the criminal investigation had been concluded without a conviction – through a DPA – some of these negative consequences of the criminal proceedings could be avoided or at least mitigated.
68. In such case, it can be beneficial for the company to have an official document from the public prosecutor's office that explains Switzerland's legal context, notably the absence of a DPA, to present to foreign customers, banks, authorities, and stakeholders.
69. In a proceeding concluded in 2023, with a Summary Penalty Order, the OAG has agreed to provide such context with a 'side letter'. This 'side letter', addressed to the convicted company, referred to the Summary Penalty Order and stated that the conviction of the company did not imply that the company had committed the underlying crimes (in this case corruption) committed by former employees and/or consultants, nor intended or accepted them. Also, the company had voluntarily and fully remedied the organizational deficiencies and cooperated fully with the OAG during the criminal investigation.
70. The OAG further stated that Switzerland does not have any instrument – unlike the USA or the UK – to conclude criminal proceedings against a fallible company without punishment analogous to a DPA. The conclusion of the criminal investigation by means of a Summary Penalty Order did not involve an admission of guilt by the company, nor was the case assessed by a court.
71. The fact that such a 'side letter' was issued by the OAG is not provided for by law and testifies to the awareness of the authority about the difficult situation of companies after a conviction. The side letter helped the company explain the outcome of the criminal investigation accurately, aiding in the mitigation of collateral damage.

IX. Information of the public

72. The public prosecutor's office will publicly announce the conclusion of the criminal investigation in a media release. The

Summary Penalty Order will either be made available for review by the public prosecutor's office or – due to an information-leak in the company, at a bank or elsewhere – will be available to the public in a full version sooner or later anyway.

73. The media release from the public prosecutor's office is usually brief but informative. At first glance, it seems the company also has no interest in a detailed public announcement of its conviction.
74. However, companies may be tempted to play down the conclusion of the proceedings, the fact of the conviction and its circumstances in their own media release, possibly criticize the nature and duration of the criminal investigation, deny the allegations, present the sanction as inappropriate, excessive, etc. For many reasons, such an approach seems not advisable. A possible consequence of such a media release by the company could be that the public prosecutor's office feels compelled to follow up in a second media release and present a detailed counterstatement. It is therefore advisable to coordinate the timing and content of the public prosecutor's media release and the company's own media release before issuing the Summary Penalty Order and to adhere to this agreement.
75. Since Summary Penalty Orders are not drafted in English, but only in one of the three official languages in Switzerland,⁵⁰ there is a risk that a Summary Penalty Order written in German, French or Italian will be translated into English by foreign authorities, customers, banks, or competitors themselves. These individual translations are usually of varying quality and the company has no control over the accuracy of these translations. Incorrect translations, different translations could further harm the company.
76. One way around this is for the company to produce its own translation. This is not an 'official' translation into English and such a translation will not be available from the public prosecutor's office. Already in a case concluded in 2011, the OAG agreed with the company that the OAG would make the recently issued Summary Penalty Order – in addition to the media release – available to the public in its entirety and in non-anonymized form for 30 days on the website of the OAG. In addition, the OAG has

⁵⁰ German, French, Italian, cf. art. 3 StBOG.

indicated in the media release (including the link to the respective page) that the Summary Penalty Order translated into English (not officially translated) is available on the website of the company's external counsel. The company decided on this absolute transparency to convey the unambiguousness of the translation of the Summary Penalty Order in the best possible way and to avoid misunderstandings and thus minimize further damage.

X. Conclusion

77. The rules that require companies to behave transparently are becoming more and more numerous. Companies are further required to check and publicly report about their own findings on how they comply with these rules, where the company failed, etc. These obligations undermine the traditional rights of defence of a company accused in criminal proceedings. *Nemo tenetur se ipsum accusare* does no longer offers protection, but blocks access to an acceptable termination of criminal investigations, prolongs proceedings, intensifies the investigative activities of the public prosecutor's offices, promotes requests for legal assistance to foreign authorities and thus the risk of a wildfire.
78. Companies seek a predictable conclusion to a criminal investigation, both in terms of time and the immediate and longer-term economic consequences. The public prosecutor's office cannot meet these demands with the instruments currently granted to it by law, even if it would like to encourage voluntary disclosures by companies and the cooperation of companies is desired. This transparency, which is sought by both companies and public prosecutors, could only be achieved through a new, alternative legal instrument offering clear rules for the settlement of proceedings without conviction.
79. Such rules would have to be clear and simple, specifying which conditions must be fulfilled for a company to gain access to an alternative to prosecution, the expected duration, and the likely outcome. The criminal investigation would become predictable and controllable for all stakeholders, and the public would also be able to understand the legality of the proceedings and the appropriateness of its conclusion, at least retrospectively. In Switzerland, we are not there yet. Until then, the legal landscape

Jürg Wernli

remains a patchwork, case-specific and characterized by the creativity and individual professional understanding of those involved.

Bibliography

BLACKHURST CHRIS, *To Big To Jail: HSBC and the Banking Scandal of the century*, London 2023

MARKWALDER NORA, Die Sanktionierung von Unternehmen gemäss Art. 102 StGB in Theorie und Praxis, Teil 1, Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht 2/2022, 121 ff.

PIETH MARK, Korruptionsstrafverfahren gegen Unternehmen im In- und Ausland – ein ernstzunehmendes Risiko, in: Ackermann/Wohlers (eds.), 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich/Basel/Geneva 2010, 213 ff.

RIKLIN FRANZ, art. 53, in: Niggli/Wiprächtiger (eds.), Basler Kommentar Strafgesetzbuch (StGB), 2^e éd., Bâle 2019 (cit. BSK-StGB-RIKLIN)

WERNLI JÜRIG, Wiedergutmachung in Wirtschaftsstrafsachen gemäss Art. 53 StGB, iusNET StrafR/StrafPR 27.11.2019 (cit. WERNLI 2019)

WERNLI JÜRIG/CARLSON-BURKART DÉBORAH, Kein Deferred Prosecution Agreement im Unternehmensstrafrecht?, in: Jusletter 5. Oktober 2020 (cit. WERNLI/CARLSON-BURKART, Kein DPA)

WERNLI JÜRIG/CARLSON-BURKART DÉBORAH, Criminal Proceedings against Companies in Switzerland: Still no Deferred Prosecution Agreement, International Bar Association (IBA) 2020, www.ibanet.org (cit. WERNLI/CARLSON-BURKART, Criminal Proceedings)

ZEMP RETO, Risiko deliktischer Handlungen - Auswirkungen auf die Abschlussprüfung, in: Ackermann/Wohlers (eds.), 4. Zürcher Tagung zum Wirtschaftsstrafrecht, Zurich/Basel/Geneva 2010, 127 ff.

Online sources

Convention judiciaire d'intérêt public CJIP, www.justice.gouv.fr (last visited 6 November 2023)

Deferred Prosecution Agreement DPA, www.sfo.gov.uk (last visited 6 November 2023)

Federal Department of Justice and Police, Aufschiebung der Anklageerhebung bei Verfahren gegen Unternehmen, art. 318^{bis} StPO/CrimPC, www.bj.admin.ch/bj/de/home/sicherheit/gesetzgebung/aenderung-stpo.html (last visited 6 November 2023; cit. FDJP Aufschiebung)

Motion Council of States Noser 23.3844, 'OECD-Antikorruptionskonvention. Verschärfung der nationalen Umsetzung', <https://ws-old.parlament.ch/affairs/20233844> (last visited 6 November 2023; cit. Motion OECD)

Neue Zürcher Zeitung, 24 February 2017, Schweizer Tochter von Koenig & Bauer zahlt Millionen in der Schweiz, www.nzz.ch (last visited 6 November 2023)

OAG, Annual Reports, <https://www.bundesanwaltschaft.ch/mpc/de/home/taetigkeitsberichte/taetigkeitsberichte-der-ba.html> (last visited 6 November 2023; cit. OAG, annual report)

OAG, press release of 22.11.2011, www.bundesanwaltschaft.ch (last visited 6 November 2023; cit. OAG, press release)

OECD Report, Implementing the OECD Anti-Bribery Convention, Phase 4 two-year follow-up report Switzerland, 2020, <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/Switzerland-phase-4-follow-up-report-EN-G.pdf> (last visited 6 November 2023; cit. OECD Follow-up report)

PFLAUM SONJA, Die Erledigung von Strafverfahren gegen Unternehmen durch Wiedergutmachung: Kritische Bemerkungen zum Ermessensspielraum der Behörden bei der Anwendung von Art. 53 StGB, Zürich 2019, <https://digitalcollection.zhaw.ch/handle/11475/26016> (last visited 6 November 2023; cit. PFLAUM 2019)

Swissinfo, Geldwäschereiverfahren gegen HSBC Schweiz eingestellt, www.swissinfo.ch (last visited 6 November 2023; cit. Swissinfo 2023)

Abbreviations

art.	article(s)
cf.	<i>confer</i>
cit.	cited
CHF	Swiss Franc
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public
CO	Federal Act on the Amendment of the Swiss Civil Code (Part Five: Code of Obligations) of 30 March 1911 (RS 220)
consid.	consideration
CrimPC	Swiss Criminal Procedure Code of 5 October 2007 (RS 312.0)
CSR	Corporate Social Responsibility
DPA	Deferred Prosecution Agreement
etc.	<i>et cetera</i> , and so forth
ed./eds.	editor/editor(s)
e.g.	<i>exempli gratia</i> , for example
ESG	Environmental, Social und Governance
EU	European Union
f./ff.	and the following page(s)
FC	Federal Constitution of the Swiss Confederation (Federal Constitution) of 18 April 1999 (RS 101)
FDJP	Federal Department of Justice and Police
FSC	Federal Supreme Court
IBA	International Bar Association
i.e.	<i>id est</i> , that is
HSBC	Hongkong and Shanghai Banking Corporation Limited

N	note
OAG	Office of the Attorney General of Switzerland
OECD	Organization for Economic Co-operation and Development
para.	paragraph(s)
PPA	Federal Act on Public Procurement of 21 June 2019 (RS 172.056.1)
RS	Recueil systématique (French for systematic collection)
SCC	Swiss Criminal Code of 21 December 1937 (RS 311.0)
sec.	section
StBOG	Federal Act on the Organization of Federal Criminal Authorities of 19 March 2010 (RS 173.71) (not available in English)
StGB	Strafgesetzbuch see SCC

L'affaire Sicpa : quand les journalistes cherchent la transparence

par

Marie Maurisse

Journaliste et cofondatrice de Gotham City

I. Introduction.....	232
II. Le travail de Gotham City.....	233
III. Démonstration de la contribution à la transparence par Gotham City - acteur médiatique.....	235
A. SICPA, une PME vaudoise au destin international.....	235
B. L'enquête.....	236
C. La condamnation	238
IV. Conclusion.....	239
Bibliographie	241
Abréviations.....	242

I. Introduction

1. Les affaires de corruption transnationale, lorsqu'elles sont majeures, font souvent la une de la presse. Ce fut le cas par exemple de l'un des plus gros cas de l'histoire en 2014, celui de l'entreprise brésilienne Petrobras, qui a depuis eu des implications dans plus de 40 pays, dont la Suisse.
2. L'enquête du Ministère public brésilien, qui a démarré suite aux récits des *doleiros* (des blanchisseurs d'argent professionnels), a fait tomber les acteurs les plus puissants du pays : des ministres, des hommes d'affaires, ainsi que des sous-traitants du géant pétrolier. Mais les pots-de-vin *Lava Jato*, « la station de lavage » brésilienne, ont été en partie placés dans des banques suisses : rapidement, Brasilia a demandé l'entraide à la Confédération helvétique.
3. Longtemps, la Suisse s'est montrée plutôt passive face à ce type de requêtes. Mais depuis quelques années, le Ministère public de la Confédération (MPC) fait preuve de réactivité lorsqu'il est sollicité par ses homologues. Le procureur brésilien Vladimir Aras l'affirmait en 2020 à Gotham City (article du 16 avril) : « L'aide de la Suisse a été décisive dès les premières heures de Lava Jato ».
4. La Suisse a non seulement transmis au Brésil les éléments demandés, mais elle a aussi ouvert des procédures judiciaires de son côté, encore en cours à l'encontre de plusieurs établissements bancaires comme Cramer & Cie et Safra Sarrasin, et a obtenu la condamnation d'un banquier suisse, employé chez PKB, en juin 2022. La transparence du parquet fédéral dans cette affaire, et la médiatisation intense de ce scandale sont en grande partie dues au volontarisme du parquet brésilien, qui a communiqué sur les nombreuses étapes de l'enquête, et à la sagacité de sa presse, qui a sauté sur ces « *scoops* ».
5. Mais d'autres affaires de corruption transnationales, elles, passent plus inaperçues. C'est le cas de celle concernant SICPA SA (SICPA), entreprise familiale vaudoise condamnée en avril 2023 par ordonnance pénale fondée sur l'art. 102, al. 2, en relation avec l'art. 322^{septies} CP. La société a reconnu « qu'elle n'avait pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de paiements corruptifs à des agents publics

étrangers » au Brésil, au Venezuela et en Colombie¹. Le MPC l'a condamnée à une amende de CHF 1 million ainsi qu'à une créance compensatrice de CHF 80 millions. L'information a été reprise dans les journaux du monde entier.

6. Des observateurs étrangers pourraient s'étonner qu'une telle affaire soit traitée par une simple ordonnance pénale. La vérité est, qu'aucun procès contre une entreprise pour corruption n'a jamais eu lieu en Suisse. Comment expliquer la préférence pour ce mode de règlement judiciaire ? Les ordonnances pénales sont-elles un frein à la transparence judiciaire ? Le parquet suisse fait-il preuve de volontarisme à l'heure de poursuivre ces affaires ? Comment les journalistes travaillent-ils dans de telles conditions ?
7. Nous allons ici exposer les méthodes de la rédaction de Gotham City, média indépendant et spécialisé dans le crime économique, basé à Lausanne. Ce site d'informations a été le premier à révéler que SICPA faisait l'objet d'une enquête pour des faits liés à de la corruption transnationale. Etant donné que nous sommes journalistes, et pas juristes, cet article ne sera en aucun cas une analyse juridique mais plutôt une présentation des faits depuis notre point de vue d'observateurs médiatiques. En l'occurrence, par son travail de veille judiciaire à l'international, Gotham City a été le premier média suisse à faire la lumière sur les faits reprochés à SICPA et sur l'ampleur de l'enquête du MPC.

II. Le travail de Gotham City

8. L'auteur de cette contribution et François Pilet sont journalistes, spécialisés dans l'investigation économique et sociale. Ils ont exercé dans de nombreuses rédactions romandes et collaboré à plusieurs médias français. En 2017, ils créent leur propre média Gotham City : un média pure *player* spécialisé dans le *white collar crime*. Au fil des années, l'équipe de Gotham City s'est enrichie et compte désormais sur Coline Emmel, qui gère notamment l'édition France

¹ <https://www.admin.ch/gov/fr/accueil/documentation/communiqués.msg-id-94544.html>.

de la revue, ainsi que Federico Franchini, correspondant à Bellinzzone, au Tribunal pénal fédéral (TPF).

9. Leur méthode n'est pas celle de l'investigation journalistique traditionnelle. Avec Gotham City, ils développent essentiellement un travail de veille judiciaire : chaque semaine, ils recensent les procédures et décisions de justice sur des affaires de fraude, corruption et blanchiment impliquant des acteurs de la place financière suisse. Leur accès aux documents et décisions de justice est public et transparent, puisqu'il provient des sites jurisprudentiels de tribunaux et juridictions (Cour de justice de Genève, PACER [Public Access to Electronic Records] aux Etats-Unis, Legifrance en France, etc.) et d'accréditations à des instances judiciaires (tribunaux fédéraux et cantonaux suisses, tribunaux étrangers) qui permettent de recevoir des actes d'accusation et de consulter sur place des ordonnances pénales comme à Genève, avec celle du parquet cantonal.
10. Gotham City envoie une newsletter par semaine, comprenant deux à trois articles exclusifs ainsi que des brèves inédites. Les contenus sont accessibles sur son site internet, uniquement pour ses abonnés : le média ne vit que des abonnements, et est donc totalement indépendant. Depuis sa création, il est devenu un média de référence auprès des professionnels concernés par le crime économique : banques, service de compliance, consultants en intelligence économique, avocats, autorités de surveillance, organisations non gouvernementales. Par la précision des informations qu'elle publie (nom des parties, de leurs avocats, juridiction, etc.), Gotham City est particulièrement utile aux spécialistes de la conformité.
11. Même si bien apprécié par ces professionnels, publier des articles de presse sur des enquêtes pénales contre des personnes morales et physiques en matière de criminalité économique entraîne un risque élevé de procédures civiles pour violation de la personnalité. Pour faire face à de telles procédures judiciaires dont Gotham City fait l'objet, elle peut compter sur le soutien financier du Batfund, association de droit suisse qui lève ponctuellement des fonds, servant à payer les frais de justice de Gotham City. En effet, ces assauts judiciaires répétés et coûteux sont en augmentation depuis 2020 et menacent son indépendance financière. Cette stratégie pour

L'affaire Sicpa : quand les journalistes cherchent la transparence

faire taire (*Strategic lawsuits against public participation - SLAPP*) est connue également par d'autres médias et organisations non-gouvernementales à l'étranger et en Suisse². Ainsi, une alliance suisse contre de telles stratégies a été créée en 2023³.

12. L'avocat genevois Nicolas Capt et son équipe défendent le plus souvent les journalistes de Gotham City.

III. Démonstration de la contribution à la transparence par Gotham City - acteur médiatique

A. SICPA, une PME vaudoise au destin international

13. L'histoire de SICPA est d'abord celle d'une *success story*. L'entreprise familiale fut fondée en 1927 à Lausanne par Maurice Amon, un entrepreneur originaire de Rhodes, qui se mit à commercialiser de la graisse à traire. Les années passant, il réorienta l'activité de son entreprise de moyenne taille vers la fabrication d'encre, utilisée notamment alors que l'imprimerie connaissait un formidable essor. En quelques décennies, la discrète marque devint un fleuron industriel mondial en se spécialisant dans un marché de niche, à haute valeur ajoutée, celui des encres sécurisées. Celles-ci servent avant tout à fabriquer des billets de banque, alors que la machine à billets marche à plein tube. L'entreprise se met à signer des contrats en Espagne et ailleurs.
14. Sa discrétion, ainsi que la bonne réputation des produits helvètes, participent de son succès. Quand l'argent liquide se met à décroître au profit des solutions numériques de paiement, la firme basée à Prilly cherche de nouveaux débouchés. En réalité, ses encres sécurisées lui permettent de tracer toutes sortes de produits sensibles, dont les taxes sont élevées : alcool, cigarettes, médicaments...

² https://www.bmf.ch/upload/Kampagnen/SLAPP/220505_SLAPP_Faktenblatt_deutsch.pdf.

³ <https://www.terredeshommeschweiz.ch/en/swiss-allianz-against-slapp-founded/>.

15. Avec les années, son chiffre d'affaires augmente, alors que la structure de l'entreprise reste la même : une société familiale, très ancrée dans le canton de Vaud, bien qu'elle fraye avec les gouvernements du monde entier, dans des business très sensibles.
16. Ce paradoxe va provoquer des problèmes dans le modèle d'affaires de SICPA, et entraîner des risques réputationnels conséquents...

B. L'enquête

17. SICPA est une entreprise très discrète. Rares sont les interviews accordées dans la presse suisse ou internationale. L'entreprise évolue dans un milieu sensible, et pour cause : c'est avec les douanes, le fisc, ou même directement les gouvernements, qu'elle signe ses contrats.
18. Les pays qui ont besoin de ses services sont souvent ceux qui ont un système légal défaillant, et qui sont donc confrontés à une contrebande importante dans les produits du tabac ou de l'alcool. Ces pays cherchent à mieux tracer ces produits afin de récupérer les taxes afférentes.
19. Au cours des années 2010, SICPA remporte ainsi un important contrat avec le Maroc. Mais les rumeurs commencent à courir dans la presse : tarifs excessifs, gestion opaque... La société suisse ne fait pas l'unanimité. Si la pression est forte, c'est qu'elle est rémunérée par de l'argent public.
20. En 2017, le nom des héritiers de l'entreprise fait encore les gros choux de la presse, mais pour une autre raison : Maurice Amon et Tracey Espy-Hejailan se disputent suite à leur divorce, et les montants en jeu sont énormes. A son grand regret, SICPA est exposée dans la presse.
21. Mais en mai 2019, c'est le coup de tonnerre : la justice fédérale brésilienne condamne Charles Finkel, ancien membre de la direction de la société suisse SICPA, à 11 ans et demi de prison pour corruption. Gotham City l'apprend en faisant sa veille en ligne sur le site de la jurisprudence brésilienne, comme chaque semaine. Le Tribunal de première instance de Rio de Janeiro publie le jugement de 245 pages. Les accusations sont graves : Charles Finkel a corrompu l'inspecteur fédéral des impôts Marcelo Fisch de Berredo

Menezes en lui versant des pots-de-vin à hauteur de 15 millions de dollars entre 2009 et 2015. Ceci, pour que l'entreprise gagne un appel d'offres de près de 2 milliards de francs, consistant à mieux tracer la vente des bouteilles de bière et de soda.

22. Un premier article sur le sujet paraît sur le site de Gotham City le 6 juin 2019.
23. A l'occasion de ses recherches, l'équipe envoie un message au service de communication du MPC, afin de lui poser quelques questions. Mercredi 12 juin, la réponse tombe : le parquet fédéral a lui-même ouvert une enquête contre SICPA en 2015 au sens de l'art. 102 CP en relation avec la corruption active d'agents publics étrangers, ainsi qu'à l'égard de deux personnes physiques. Gotham City publie un autre article pour annoncer la nouvelle. Celle-ci est reprise par la RTS.
24. A partir du moment où l'enquête est en cours, il est impossible d'obtenir des informations : les procureurs fédéraux travaillent dans le plus grand secret et la présomption d'innocence s'applique. Pour les journalistes de Gotham City, les recours contre des actes procéduraux au Tribunal pénal fédéral sont parfois un moyen d'apprendre de nouvelles informations au cours d'une procédure. Mais dans ce cas, il n'y en aura pas.
25. Quelques semaines après, Gotham City apprend qu'en réalité, l'enquête du MPC est bien plus vaste. Le porte-parole confirme : elle concerne des faits qui se seraient déroulés dans 14 pays. Le MPC a ouvert l'enquête suite à des demandes d'entraide des Etats-Unis et du Luxembourg, au sujet de soupçons de corruption au Togo, au Ghana et au Luxembourg. A Berne, les procureurs étendent cependant leurs recherches à davantage de pays, suite à leur travail sur KBA Notasys.
26. KBA Notasys est une entreprise lausannoise spécialisée dans l'impression sécurisée : elle travaille souvent main dans la main avec SICPA en ce qui concerne les billets de banque. En 2017, cette société est condamnée par ordonnance pénale à CHF 35 millions d'amende, pour avoir versé des pots-de-vin, entre 2008 et 2015, pour obtenir des contrats au Maroc, au Brésil, au Nigéria et au Kazakhstan. Par la suite, plusieurs cadres de l'entreprise sont également condamnés en Suisse. Gotham City consulte les

ordonnances pénales liées à cette affaire, qui décrivent le mode opératoire de la société pour gagner des marchés dans ces pays et s'attirer les faveurs des pouvoirs en place.

27. Au vu de l'intérêt du sujet, et de son aspect international, Gotham City décide de publier un récit-enquête en partenariat avec Swissinfo, le média de service public suisse, qui dispose notamment de nombreux traducteurs et d'une équipe web ayant les compétences pour illustrer l'article. Celui-ci est publié en août 2022 dans plusieurs langues. L'article montre notamment comment la firme familiale a conclu un accord secret avec des proches de l'ex-présidente Gloria Macapagal-Arroyo, en 2006, dans l'espoir de décrocher un contrat aux Philippines. Les Etats-Unis ont alerté les autorités suisses à ce sujet en 2014. Pour cette enquête, l'auteur de cette contribution a pu visiter une des usines de SICPA à Prilly et poser des questions sur le business de l'entreprise. Mais ni la direction, ni le service de communication n'ont commenté formellement les poursuites à l'encontre de l'entreprise.

C. La condamnation

28. La nouvelle tombe quelques mois après la sortie de l'enquête dans Swissinfo : SICPA est condamnée en mai 2023 pour défaut d'organisation. Le MPC publie un communiqué affirmant que la société n'a « [...] pas pris toutes les mesures d'organisation raisonnables et nécessaires pour empêcher le versement de paiements corruptifs à des agents publics étrangers ». Elle devra payer un million de francs suisses d'amende et régler CHF 80 millions de créances compensatrices.
29. La rédaction de Gotham City peut aller consulter l'ordonnance pénale. Celle-ci montre que les faits reprochés ont eu lieu au Brésil, en Colombie et au Venezuela. L'enquête concernant les faits présumés dans les autres pays est close. Quant au directeur de SICPA, Philippe Amon, les charges retenues contre lui sont levées.
30. La firme adresse à Gotham City la prise de position suivante : « L'enquête du MPC contre SICPA, ouverte en janvier 2015, a pris fin. Elle se conclut par une condamnation pour "déficiences organisationnelles". Si elle concerne des faits anciens, qui se sont

produits sans l'accord de la société et contre son intérêt, SICPA prend la mesure de cette sanction mais en conteste les fondements, en raison de l'absence de sanction pénale dans les pays où les infractions auraient été commises. SICPA s'est depuis dotée d'un département compliance des plus performants pour s'assurer que les activités conduites pour son compte le soient en conformité avec l'éthique des affaires et le plus haut degré d'intégrité ».

IV. Conclusion

31. Dans les affaires de corruption transnationales, il est fréquent que de l'argent sale soit versé sur des comptes suisses, qu'ils soient détenus par une personne ou une société offshore. Dans ce cas, la Suisse collabore aux enquêtes ouvertes dans les pays où l'infraction a eu lieu, mais n'ouvre que rarement une procédure pénale - à cet égard, l'affaire Petrobras est une exception.
32. SICPA, elle, est une entreprise suisse. Or, l'autorité de poursuite à Berne n'a ouvert une enquête sur les faits de corruption présumés que quand d'autres pays ont eux-mêmes tiré la sonnette d'alarme. Et une fois cela fait, le MPC n'a que peu de moyens pour enquêter sur ces faits. Dans le cas de SICPA, on remarque que l'enquête, aussi bien que la condamnation, s'est faite *a minima*, sur des faits déjà soulignés par les parquets étrangers. Le fait que des affaires aussi vastes, impliquant à la fois des personnalités morales, physiques, mais aussi plusieurs intermédiaires et banques, se terminent par une simple ordonnance pénale peut paraître une bien maigre manière de rendre justice, car elle solde rapidement l'affaire.
33. Même si les journalistes ont accès aux ordonnances pénales non caviardées pendant trente jours - droit qu'ils ont obtenu de haute lutte le document n'est pas suffisant pour faire la transparence sur les agissements d'une entreprise suisse comme SICPA, ni même savoir de quels moyens disposaient les autorités de poursuite de notre pays : nombre d'enquêteurs sur le dossier, moyens financiers pour des éventuels déplacements, etc... Quant à la collaboration avec les justices étrangères, là aussi, il est impossible de la soumettre à l'œil public, tant les éléments dévoilés par la justice suisse sont peu nombreux. Comme souvent, ce sont donc les justices étrangères qui

Marie Maurisse

permettent de faire la lumière sur les agissements d'entreprises ou d'organisations suisses.

Bibliographie

MAURISSE MARIE/PILET FRANÇOIS, Sicpa ou les affaires opaques du roi de la traçabilité, Swissinfo, août 2022

PILET FRANÇOIS, Sicpa éjectée d'un appel d'offres en Tanzanie suite à sa condamnation, Gotham City, 23 août 2023

PILET FRANÇOIS, Caisse noire et retraits cash : Sicpa condamnée pour « défaut d'organisation », Gotham City, 3 mai 2023

PILET FRANÇOIS, Tracey Amon veut tout savoir sur l'héritage à CHF 600 millions qui lui échappe, Gotham City, 7 décembre 2022

PILET FRANÇOIS, Lionel Messi embarrassé par la villa de Philippe Amon, Gotham City, 19 septembre 2022

PILET FRANÇOIS, Sicpa aurait tenté de corrompre l'ex-présidente des Philippines, Gotham City, 17 août 2022

PILET FRANÇOIS, Accusé de corruption, l'agent brésilien de Sicpa est acquitté en appel, Gotham City, 15 juin 2022

PILET FRANÇOIS, Sicpa est soupçonnée d'avoir corrompu des fonctionnaires dans quatorze pays, Gotham City, 29 août 2019

PILET FRANÇOIS, Le parquet fédéral ouvre une enquête contre Sicpa pour corruption au Brésil, Gotham City, 14 juin 2019

Abréviations

al.	alinéa
art.	article(s)
CHF	franc(s) suisse(s)
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
etc.	<i>et cetera</i>
MPC	Ministère public de la Confédération
PME	Petite(s) et moyenne(s) entreprise(s)
RTS	Radio Télévision Suisse
TPF	Tribunal pénal fédéral

Les enjeux de la transparence du point de vue de la défense

par

Daniel Kinzer

Avocat

I. Transparence et droits de la défense dans le système du CPP.....	244
II. La mise à mal des paradigmes en matière de transparence dans les procédures relatives à la corruption transnationale.....	247
A. Publicité accrue pendant l'instruction préliminaire.....	248
1. Publication des décisions sur recours contre des actes du MP.....	248
2. Communication de la mise en accusation.....	249
B. Transparence insuffisante au sein de la procédure.....	251
1. L'ouverture et la coordination de procédures parallèles.....	251
2. Les témoins de la couronne.....	254
C. Les dangers d'une transparence accrue du « dedans » vers le « dehors ».....	256
1. Les décisions étrangères.....	256
2. Les intérêts croisés lorsqu'une entreprise est prévenue aux côtés des personnes physiques.....	261
Bibliographie.....	265
Abréviations.....	266

I. Transparence et droits de la défense dans le système du CPP

1. Les autorités de poursuite pénale disent souvent que le but de la poursuite pénale est « *la manifestation de la vérité* »¹ ; il s'agirait de révéler quelque chose sur le monde qui auparavant était caché. C'est dire que la transparence est au cœur du projet pénal. Par ailleurs, la collectivité doit pouvoir vérifier que la justice pénale s'exerce conformément à la loi. Il faut qu'il y ait transparence sur le processus. Enfin, l'un des buts de la condamnation et de la sanction est la prévention générale ; cela implique que condamnation et sanction soient connues de la collectivité. Pour que l'activité pénale atteigne son but, il faut donc aussi qu'il y ait transparence sur ses résultats.
2. A y regarder de plus près, toutefois, l'empire de la transparence sur le droit pénal n'est pas absolu. Au contraire, une véritable dialectique entre transparence et opacité se joue d'ores et déjà au cœur de la procédure pénale.
3. En Suisse, les normes du Code de procédure pénale définissent un « *dedans* » et un « *dehors* », une distinction nette entre deux domaines : celui de l'administration de la justice pénale, d'une part, qui est du ressort exclusif des autorités désignées par la loi², et celui du monde, d'autre part, endroit où se produisent des phénomènes au sujet desquels il y a lieu de recueillir des preuves³ afin de statuer sur la culpabilité des accusés et, le cas échéant, prononcer des sanctions⁴.
4. Cette dualité s'actualise chaque fois qu'une procédure pénale est ouverte ; le « *dedans* » est alors la procédure pénale, soit l'ensemble des actes de procédure opérés par les autorités successives qui l'administrent, ainsi que leurs traces (le « *dossier* »⁵). Le « *dehors* » est le complexe de faits historiques sur lequel porte cette procédure,

¹ En droit suisse, cela peut se réclamer des art. 6 et 139 al. 1 CPP.

² Art. 2 al. 1 CPP.

³ Art. 139 al. 1 CPP.

⁴ Art. 350 al. 2 et 351 al. 1 CPP (et normes apparentées pour les procédures spéciales).

⁵ Art. 100 al. 1 CPP.

dont les contours sont définis par l'ordonnance d'ouverture de l'instruction⁶.

5. Au sein de la procédure pénale (le « *dedans* »), le paradigme est celui d'une transparence quasi absolue. A un stade très précoce de la procédure déjà, les parties ont non seulement un accès intégral au dossier de la procédure, soit aux traces de l'activité passée de l'autorité pénale (art. 101 al. 1 CPP), mais également un droit de participer à tous les actes de procédure au fur et à mesure de leur accomplissement (art. 147 CPP)⁷. Ce droit de participation leur donne une connaissance des actes de procédure allant bien au-delà de ce qui se reflétera ultérieurement dans le dossier. Cette transparence au sein de la procédure se justifie par les droits de la défense : elle rend la preuve plus fiable, garantit le droit d'être entendu et établit l'égalité des armes dans un système qui confie à une même autorité le soin d'instruire le dossier, de décider d'accuser ou non, puis, le cas échéant, de soutenir l'accusation⁸.
6. Dans les rapports entre le « *dedans* » et le « *debors* », en revanche, les relations entre transparence et secret sont plus complexes. Selon nous, il y a lieu de distinguer selon la direction du regard, soit entre le regard des autorités de poursuite pénale sur le monde (du « *dedans* » vers le « *debors* ») et celui du monde sur les autorités de poursuite pénale (du « *debors* » vers le « *dedans* »).
7. Pour ce qui a trait au regard qui va du « *dedans* » vers le « *debors* », le paradigme n'est pas celui de la transparence, mais celui d'un cloisonnement entre ces deux domaines.
8. S'agissant de la récolte des preuves, l'art. 139 al. 1 CPP prévoit, certes, que les autorités pénales mettent en œuvre tous les moyens de preuves licites qui, selon l'état des connaissances scientifiques et l'expérience, sont propres à établir la vérité. Mais, l'emprise du regard des autorités pénales sur le monde n'est pas absolue. L'administration d'une preuve est un processus soigneusement encadré par la loi. Celle-ci dispose que certains faits sont d'emblée

⁶ Art. 309 al. 3 CPP.

⁷ Cf. l'arrêt de principe ATF 139 IV 25.

⁸ Système dit « *Ministère public II* ».

soustraits au regard de l'autorité pénale⁹ ; que certaines méthodes sont d'emblée proscrites¹⁰ ; et que la récolte de preuve sur des faits accessibles au moyen de méthodes en soi licites est subordonnée à certaines conditions, formelles et matérielles, plus ou moins contraignantes selon le type de preuve dont il s'agit¹¹. C'est en réalité *par exception* que l'autorité pénale est autorisée à récolter des preuves et à investiguer – au nom du droit à la vie privée, dont le respect est une des différences entre Etat de droit et Etat policier.

9. S'agissant de l'appréciation des preuves, le principe veut que le tribunal se forge une intime conviction en appréciant librement « *les preuves recueillies* »¹², c'est-à-dire « *les preuves administrées durant la procédure préliminaire et lors des débats* »¹³. Cette norme peut et doit se lire *a contrario*. Le juge doit se forger une conviction exclusivement sur la base du « *dedans* », c'est-à-dire du dossier, sans aucune référence au « *debors* ». C'est un exemple de cloisonnement qui favorise la transparence, puisque cela permet à la défense de reconstituer le raisonnement du tribunal et de s'assurer de son indépendance et de son impartialité ; à tel point que le juge qui se réfère au « *debors* », voire est en mesure de le faire, peut être récusable¹⁴. C'est donc à nouveau au nom des droits de la défense que le regard du « *dedans* » vers le « *debors* » est exclu au moment de l'appréciation des preuves.
10. En revanche, pour ce qui a trait au regard en sens inverse, soit du regard de la collectivité (le « *debors* ») sur ce qui se passe au sein de la procédure pénale (le « *dedans* »), le principe est celui de la transparence¹⁵. Le fondement de cette règle évolue d'ailleurs au fil du temps. En effet, il s'agissait initialement de protéger le prévenu contre une justice de cabinet ; il s'agit désormais, de plus de plus, de protéger la société contre une justice de connivence ou de paresse.

⁹ Cf. notamment art. 168 à 173 CPP; art. 264 CPP.

¹⁰ Cf. art. 140 CPP.

¹¹ Cf. notamment art. 309, 139 al. 2, 197 s., 207, 241, 244, 249, 255, 263, 269, 281, 282, 286, 298b CPP.

¹² Art. 10 al. 2 CPP.

¹³ Art. 350 al. 2 CPP.

¹⁴ TF, 1B_37/2015 du 16 avril 2015.

¹⁵ Art. 6 para. 1 CEDH ; 30 al. 3 Cst. ; 69 al. 1 CPP.

Cette transparence n'est toutefois pas sans limites. La plus importante, dans le présent contexte, nous paraît être que toute la procédure préliminaire doit se dérouler à huis-clos¹⁶ ; tant que l'autorité pénale n'a pas décidé d'accuser une personne, ses droits de personnalité et la présomption d'innocence conduisent à ne pas révéler l'existence et la nature des soupçons dont elle fait l'objet, sauf circonstances particulières qui nécessitent une information¹⁷.

II. La mise à mal des paradigmes en matière de transparence dans les procédures relatives à la corruption transnationale

11. Les procédures relatives à des soupçons de corruption transnationale présentent plusieurs caractéristiques susceptibles de mettre à mal les paradigmes en matière de transparence exposés ci-dessus :
- la surveillance étroite de l'activité de poursuite pénale en la matière par des organismes internationaux, encourageant les autorités pénales suisses à rendre publiques leurs actions pour faire la preuve de leur diligence en la matière ;
 - leur caractère transnational, susceptible de conduire à l'intervention simultanée d'autorités pénales de plusieurs Etats qui instruisent en parallèle à des rythmes différents, si bien que les autorités pénales suisses peuvent enrichir leur dossier de preuves recueillies à l'étranger, voire avoir à disposition des jugements étrangers au moment d'apprécier les preuves ;
 - le recours à des témoins de la couronne ;
 - l'implication, aux côtés des personnes physiques prévenues, de l'entreprise au sein de laquelle ils ont agi ;
 - le recours accru à la justice négociée.

¹⁶ Art. 69 al. 3 lit. a CPP.

¹⁷ Art. 74 al. 1 CPP.

A. Publicité accrue pendant l'instruction préliminaire

12. De tout temps, la relative porosité du huis-clos dans le respect duquel la procédure préliminaire doit être conduite et la tension que cela crée avec la présomption d'innocence a posé problème. La défense s'en plaint régulièrement.
13. Sur ce point, le caractère transnational des procédures en matière de corruption transnationale accentue le problème, car la multiplication des autorités et personnes qui participent à la procédure conduit à l'accroissement du risque de communications, officielles ou non. L'extension de la procédure à certains pays dans lesquels le secret de l'instruction est beaucoup moins bien respecté qu'en Suisse rend une fuite et la médiatisation plus probables.

1. Publication des décisions sur recours contre des actes du MP

14. C'est aussi l'occasion d'attirer l'attention sur un point que les praticiens de la défense doivent désormais garder à l'esprit. Les autorités de recours prévues par l'art. 20 CPP, soit celles qui connaissent des recours contre les actes de procédure du Ministère public lors de la phase préliminaire, publient désormais leurs décisions en ligne. En particulier, la Cour des plaintes du Tribunal pénal fédéral (TPF), qui assume ce rôle pour les procédures conduites par le Ministère public de la Confédération (MPC)¹⁸, publie sur internet ses décisions « *si elles se révèlent d'intérêt public* »¹⁹. En pratique, la très grande majorité des décisions est ainsi publiée, et quand bien même elles le sont sous forme anonymisée²⁰, le contenu de la décision permet d'inférer la nature des soupçons, voire l'identité de la personne visée. Une telle identification est encore plus facile lorsque la décision est déférée au Tribunal fédéral, puisque celui-ci expose, pendant une durée limitée, le dispositif comportant le nom des parties²¹. Certains journalistes, et c'est bien sûr leur prérogative, suivent systématiquement les publications dans

¹⁸ Art. 1 al. 1, 33 lit. b et 37 al. 1 LOAP.

¹⁹ Art. 3 al. 1 et 4 al. 1 phr. 2 RTPF.

²⁰ Art. 6 RTPF.

²¹ Art. 59 al. 3 LTF et 60 RTF.

le but d'informer le public sur l'existence de procédures en cours, avec une conception extensive de leur droit de publier les noms des personnes visées lorsqu'ils parviennent à les identifier.

15. Il s'ensuit que le défenseur, confronté à une décision du MPC qui lui fait grief dans le contexte d'une procédure dont l'existence n'est pas encore médiatisée, doit opérer une pesée entre l'intérêt à améliorer la situation procédurale de son client et le risque de publicité qui s'attache à cette démarche. En pratique, on observe ainsi que les plaideurs font preuve de davantage de retenue avant de faire recours. La pratique extensive de publication – au nom de la transparence – qui conduit à une telle retenue mérite d'être remise en question, à tout le moins lorsque le recours s'avère fondé. En effet, on ne voit pas pour quelle raison le prévenu devrait risquer de perdre le bénéfice d'une protection que la loi lui accorde, soit le huis-clos lors de la procédure préliminaire, au seul motif que le MPC a rendu une décision procédurale contraire au droit. Le prévenu recourant devrait en effet être placé dans la situation qui aurait été la sienne si le MPC avait d'emblée statué conformément au droit.

2. Communication de la mise en accusation

16. Un autre point qui mérite d'être relevé est celui des enjeux de la communication par le Ministère public de la mise en accusation. Cette communication est déjà périlleuse en toute hypothèse, puisqu'il s'agit d'une affirmation synthétique résumant un acte d'accusation, qui lui-même est une synthèse – partielle – du dossier. Le risque de malentendu est patent.
17. En matière de corruption transnationale, le risque que le lecteur tire des conclusions erronées de la communication du Ministère public est plus prononcé encore. En effet, le contenu précis des termes juridiques suisses est plus susceptible d'être mal compris par les journalistes étrangers et leurs lecteurs, phénomène que leur traduction littérale en anglais accentue encore. Dans le très court délai dont ils disposent pour publier l'information, les journalistes n'ont pas toujours le temps de clarifier ce qui est obscur, respectivement ne songent pas à requérir une clarification de certains termes, n'étant pas conscients que leur compréhension n'est pas la bonne. Les journalistes ne contactent pas forcément les

parties à la procédure, d'une part parce qu'ils ne savent pas comment les atteindre, faute de connaître leur nom, d'autre part parce qu'ils estiment pouvoir rapporter objectivement la seule communication par le Ministère public. Très rapidement, un récit erroné peut ainsi s'établir dans la perception de la collectivité.

18. Les Ministères publics conservent jalousement la prérogative sur l'information qu'ils donnent. Ils estiment que cela relève de leur pouvoir discrétionnaire et, s'ils avertissent parfois les parties d'une communication qu'ils entendent faire, ils considèrent ne pas avoir à en révéler les termes au préalable. Ce postulat mérite d'être revisité. Certes, du moment que le procès est public, il y a bien un moment où il faut en annoncer la tenue. Les enjeux, c'est-à-dire l'accusation, doivent être expliqués, de façon qu'on puisse comprendre le procès à venir.
19. Toutefois, rien n'impose que cette communication, qui a un impact considérable sur les prévenus (au-delà, parfois, du préjudice de fait), soit unilatéralement faite par le Ministère public. Nous préconisons que les termes de l'information qui sera donnée soient à tout le moins communiqués au préalable aux parties, de façon que celles-ci puissent faire toutes observations utiles et préparer une communication réactive. Les Ministères publics peuvent craindre à cet égard de perdre la maîtrise d'un processus, les prévenus préemptant leur communication. Il n'est pas certain que cela soit un mal – à tout le moins lorsqu'il y a un seul prévenu –, et, quoi qu'il en soit, cet inconvénient peut être amoindri, voire supprimé, par des engagements préalables réciproques. Une autre crainte pourrait être que les décisions portant sur la communication se judiciarisent. Or, de toute façon, la teneur d'une communication et ses conséquences peuvent d'ores et déjà avoir des conséquences juridiques, par exemple sur la peine. Quoi qu'il en soit, un contentieux spécifique sur la teneur de la communication n'est pas une fatalité : le droit suisse connaît déjà plusieurs domaines dans lesquels une autorité doit consulter un cercle de personnes, tout en n'étant pas comptable vis-à-vis d'elles de la décision qu'elle prendra sur la base des remarques qui lui auront été faites.

B. Transparence insuffisante au sein de la procédure

20. Le paradigme du CPP est une transparence très étendue au sein de la procédure, nécessaire en raison de la position prépondérante du Ministère public et justifiée par les droits de la défense. L'extension internationale (1) et le traitement procédural des témoins de la couronne (2) mettent ce paradigme à mal.

1. L'ouverture et la coordination de procédures parallèles

21. Le propre de la corruption transnationale est qu'elle touche plusieurs Etats. Se pose donc la question de savoir lequel prend en charge la poursuite pénale de faits suspectés d'être corruptifs.
22. La Convention OECD du 17 décembre 1997²² et la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe²³ prévoient toutes deux que les Etats signataires doivent notamment se reconnaître compétence répressive lorsque l'infraction est commise « *en tout ou partie* » sur leur territoire²⁴. Ces conventions veulent imposer une conception extensive du principe de territorialité, de façon qu'un large rattachement matériel à l'acte de corruption ne soit pas exigé²⁵.
23. Les juridictions suisses adoptent ce point de vue et considèrent que l'acte de corruption est réputé commis en Suisse dès lors qu'une partie seulement du comportement typique, englobant l'entier du chemin jusqu'au destinataire, est réalisé en Suisse²⁶. Par le recours à la figure dite de l'unité d'action, plusieurs actes corruptifs individuels (soit d'offre, de promesse ou d'octroi) sont regroupés en une unité, pourvu seulement qu'ils procèdent d'une même intention initiale ; ce concept est lui-même interprété de façon large, dans le sens qu'il aboutit au critère d'un même but commercial. En fin de compte, il suffit qu'une partie d'un acte de corruption ait été commise en Suisse pour que les autorités pénales s'estiment

²² Convention OCDE.

²³ Convention CE.

²⁴ Art. 4 ch. 1 Convention OCDE et art. 17 al. 1 lit. a Convention CE.

²⁵ Rapport CE, ch. 79 ; Commentaire OCDE, ch. 25.

²⁶ Cf. notamment CPAR/GE, AARP/116/2023 du 4 avril 2023, consid. 2.1.1.

compétentes pour l'ensemble des actes qui s'inscrivent dans un même effort commercial et dont il fait partie²⁷. Indépendamment des critiques que l'on peut formuler à l'encontre d'une conception aussi large, c'est celle qui est observée en pratique.

24. Il en résulte que, selon les spécificités du cas et des détails du cheminement des fonds supposés corruptifs, les autorités pénales de plusieurs Etats peuvent chacune ouvrir une procédure pénale relativement au même complexe de faits.
25. Cette situation crée à tout le moins un besoin de coordination, ne serait-ce que par économie de procédure. Le Conseil OCDE recommande à cet égard que les différentes autorités nationales « *se concertent et coopèrent* » « *par des moyens tels que l'échange de renseignements spontané ou sur demande, la fourniture d'éléments de preuve, l'extradition et l'identification, le gel, la saisie, la confiscation et le rapatriement du produit de la corruption d'agents publics étrangers* »²⁸. L'intensification de la coordination conduit petit à petit à un changement de nature. De contacts épisodiques visant à ne pas faire les choses à double, ou à mieux comprendre ce que demande l'autre par voie de commission rogatoire, on peut en venir à des contacts plus approfondis où les autorités pénales agissent de façon concertée, soit informellement, soit dans un contexte plus formalisé comme les équipes communes d'enquête²⁹.
26. De telles concertations se produisent dans un *no man's land* procédural entre procédures nationales et chemins de l'entraide judiciaire internationale. On observe en pratique que les autorités pénales estiment souvent ne pas avoir à les documenter. Cette opacité est en soi contraire au paradigme de transparence maximale au sein de la procédure. Elle conduit par ailleurs indirectement à réduire cette transparence dans l'administration des preuves.

²⁷ Cf. notamment CPAR/GE, AARP/116/2023 du 4 avril 2023, consid. 2.1.6.

²⁸ Recommandation XIX de la Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, révisée en 2021.

²⁹ Art. 20 ss. PA II CEEJ.

27. On sait, en effet, que les droits procéduraux des parties sont tributaires de l'Etat qui administre la preuve. Au sein d'une même procédure, ils sont par ailleurs tributaires de l'avancement de la procédure, les droits devenant de plus en plus étendus au fur et à mesure que la procédure se rapproche du jugement³⁰. Enfin, au nom du pragmatisme, l'*exploitation* d'un moyen de preuve qui existe déjà est soumise à des conditions moins strictes que son *administration* ; cela vaut tant pour l'exploitation en Suisse de preuves obtenues à l'étranger que pour l'exploitation de preuves obtenues illicitement³¹. Partant, la juxtaposition à l'international de procédures qui en sont à des stades divers d'avancement offre aux autorités de poursuite pénale concernées, par hypothèse coordonnées, des possibilités d'attribuer l'administration de la preuve à une juridiction moins exigeante, sur le plan des droits des parties, qu'à celle qui sera ultimement amenée à l'exploiter.
28. Il est, certes, toujours possible que les déclarations consignées au procès-verbal soient requises *ex post* par une autre autorité par la voie de l'entraide. Cette possibilité générale et abstraite est toutefois sans commune mesure avec l'intention concrète, conçue *ex ante*, d'instruire pour le bénéfice d'autres autorités (également), par exemple – mais pas seulement – dans le contexte d'une équipe commune d'enquête.
29. Une telle intention devrait être communiquée au préalable à la personne entendue, au nom de la bonne foi procédurale³² et de la transparence. En effet, la personne prévenue, ou qui se trouve dans l'antichambre de la prévention (statut de « témoin assisté » en France, ou de « personne appelée à donner des renseignements »³³ en Suisse, par exemple), a le droit de se taire et, en corollaire, de savoir ce que l'autorité qui l'entend a l'intention de faire de ses

³⁰ Ce qui caractérise la modernisation des codes de procédure est précisément que la transparence intervient à un stade toujours plus précoce de l'instruction.

³¹ Cf. art. 141 al. 2 CPP.

³² Art. 3 al. 2 lit. a CPP ; cela pourrait d'ailleurs relever de l'information que l'autorité doit donner au titre de l'art. 143 al. 1 lit. b CPP.

³³ Art. 178 lit. d CPP.

déclarations afin de faire le choix de parler ou de se taire en connaissance de cause³⁴. En pratique, cela n'est souvent pas le cas.

30. De plus, lorsqu'une telle intention est avérée, le niveau de transparence requis pour que la preuve soit exploitable devrait être (aussi) celui posé par le droit procédural de l'Etat dans lequel la preuve doit d'emblée être (aussi) exploitée, et non (seulement) celui de l'Etat qui l'administre.

2. Les témoins de la couronne

31. La problématique des témoins de la couronne, auxquels les autorités pénales ont souvent recours dans des affaires de corruption transnationale, relève – par essence – de la justice négociée. Son apparition dans les procédures suisses est une conséquence (i) de la transparence des procédures étrangères et (ii) du fait que l'exploitation d'un moyen de preuve existant est soumise à des conditions moins strictes que son administration.
32. En effet, le CPP ne permet pas à l'autorité pénale de promettre l'immunité ou d'autres avantages procéduraux au prévenu en échange de sa coopération³⁵. Le législateur suisse a expressément renoncé à introduire le statut de « *témoin de la couronne* »³⁶, qui suscite des sérieuses réserves sous l'angle de l'Etat de droit et du droit à un procès équitable³⁷. Cela étant, quand bien même les autorités pénales suisses ne peuvent donc pas *administrer* une preuve, consistant en des déclarations d'un témoin auquel elles auraient promis des avantages, la doctrine et la jurisprudence déduisent de quelques arrêts rendus en la matière que rien n'empêche une autorité pénale suisse d'*exploiter* – avec circonspection, certes – les déclarations faites par un témoin à une autorité étrangère qui lui a promis des avantages en échange de ces déclarations³⁸,

³⁴ Toute l'information que l'autorité pénale doit donner à la personne entendue au début de l'audition (Art. 143 al. 1 lit. b et c CPP) a précisément pour but de permettre à cette dernière de faire un choix informé sur son attitude procédurale.

³⁵ CR CPP-BÉNÉDICT, art. 140 CPP N 18.

³⁶ Message CPP, section 1.5.4.2., 1086 s.

³⁷ *Ibid.*

³⁸ ATF 117 Ia 401; TF, 6B_1269/2016, consid. 3.4.

respectivement d'entendre elle-même un témoin lié par un tel contrat à une autorité étrangère.

33. En pratique, les déclarations d'un tel témoin, par définition à charge, sont souvent abondées à la procédure par la transmission du procès-verbal contenant les déclarations qui intéressent l'autorité pénale suisse. Il s'agit là, souvent, de déclarations apurées et synthétisées qui sont à la base de l'accord entre le témoin et l'autorité étrangère (accord dont l'existence, si ce n'est le contenu, est en général spontanément révélé à la défense).
34. Un litige procédural se noue alors entre l'autorité pénale suisse et la défense. La défense estime que ce qui lui est transmis ne lui permet pas d'exercer son droit à un contre-interrogatoire effectif. D'une part, les liens entre le témoin de la Couronne et l'autorité étrangère peuvent être d'intensité variable, et les avantages concédés plus ou moins incitatifs ; il faut donc connaître les termes exacts de l'accord et les circonstances dans lesquelles celui-ci a été négocié. D'autre part, l'arrêt sur image qui est versé au dossier sous forme de procès-verbal ne peut être correctement apprécié sans le film dont il est extrait, c'est-à-dire sans l'intégralité des déclarations faites précédemment par ce même témoin, avant que son récit soit fixé et formalisé dans le contexte d'un accord ; on ne peut exclure, en effet, que le témoin a d'abord nié ce qu'il a fini par admettre, et il est alors possible que la vérité se situe en amont, et non en aval de l'accord. Or, ces demandes seront souvent en conflit avec la confidentialité promise par les autorités étrangères au témoin de la Couronne, que l'autorité pénale suisse a dû s'engager à respecter pour obtenir la transmission du moyen de preuve. L'autorité pénale suisse se trouve prise entre le marteau des droits de la défense et l'enclume de ses engagements (cas échéant informels) vis-à-vis de l'autorité étrangère, et réagit avec réticence aux requêtes de la défense pour plus de transparence.
35. Sur ce point, l'équité procédurale souffre du traitement procédural insuffisamment développé en droit suisse des témoins de la Couronne. D'autres Etats, qui admettent expressément ce moyen de preuve, ont prévu en contrepartie des garde-fous consistant en des droits de la défense très développés : il ressort par exemple de

l'arrêt *Giglio v. United States*³⁹, rendu par la Cour suprême US en 1972, que l'autorité de poursuite pénale doit révéler qu'un témoin a reçu un avantage ou une promesse d'avantages de la part des forces de l'ordre.

36. Il nous semble pour notre part que le paradigme de transparence au sein de la procédure doit entraîner une divulgation beaucoup plus étendue du contexte dans lequel les déclarations d'un témoin qui a reçu des promesses de la part d'autorités étrangères ont été faites. L'appréciation des aveux négociés à la lumière des déclarations antérieures et du détail des promesses faites au témoin est plus fiable qu'une exigence de « *prudence* » dans l'appréciation des seuls aveux négociés, dès lors que ce prescrit très flou porte en germe des promesses non tenues. A défaut d'une telle révélation intégrale, les déclarations d'un témoin de la couronne devraient être inexploitable.

C. Les dangers d'une transparence accrue du « dedans » vers le « dehors »

1. Les décisions étrangères

37. En matière de corruption transnationale, la multiplicité des procédures ouvertes dans différents Etats, contre différents acteurs, a parfois pour conséquence que des jugements ou décisions étrangères sont versés au dossier de la procédure suisse.
38. On constate en pratique qu'au nom de l'absence de *numerus clausus* des moyens de preuve⁴⁰ et de la libre appréciation des preuves⁴¹, les autorités pénales suisses admettent largement le versement au dossier de décisions étrangères, voire les sollicitent. Cette transparence qui permet aux autorités d'un Etat de se référer aux décisions des autorités d'un autre Etat mérite d'être remise en question, car le problème se situe en amont de la libre appréciation des preuves. Le dossier d'une procédure pénale suisse doit contenir

³⁹ 405 U.S. 150 (1972).

⁴⁰ Art. 139 al. 1 CPP.

⁴¹ Art. 10 al. 2 CPP.

les procès-verbaux de procédure et d'auditions, ainsi que les pièces, réunies par l'autorité pénale ou les tiers⁴². Par « *pièces* », on entend notamment des moyens de preuve consistant en des titres⁴³. Un moyen de preuve est un objet accessible à la perception qui permet des inférences sur certains faits dans le monde⁴⁴. Or, les décisions étrangères ne sont en réalité pas des preuves des faits investigués, soit des traces que ceux-ci ont laissées (dans le monde matériel ou dans la mémoire des protagonistes), mais une appréciation de ces preuves par une autre autorité.

39. On peut se demander en quoi le fait de consulter une décision de justice étrangère plutôt que l'intégralité du dossier sur lequel elle se fonde apporte une plus-value à l'autorité pénale suisse. La réponse est double. D'une part, la décision de justice étrangère ordonne déjà le dossier, c'est-à-dire qu'elle en extrait les éléments pertinents, apprécie leur valeur probante, expose le récit des faits qui, selon elle, se dégage de tout cela, et en effectue une subsomption juridique. D'autre part, la consultation de la décision de justice étrangère permet au juge suisse de s'assurer qu'il n'y ait pas une incohérence entre le jugement qu'il est appelé à rendre et celui qui a déjà été rendu sur les mêmes faits.
40. La légitimité d'un tel procédé dépend à notre avis des circonstances. Lorsque le jugement étranger porte sur le crime en amont dont le prévenu en Suisse est accusé d'avoir blanchi le produit, cela peut à la rigueur faire sens de se référer à l'appréciation par le juge le plus directement concerné de la consistance du crime en amont. En revanche, lorsqu'il s'agit d'une affaire de corruption transnationale et que le juge étranger est appelé à se prononcer sur les faits mêmes que le juge suisse doit connaître à titre principal, la légitimité de la démarche est plus douteuse. En versant ces décisions au dossier, et en les consultant, les autorités suisses paraissent sous-traiter une partie de l'appréciation des preuves, voire partager le fardeau de la responsabilité de se forger une intime conviction. D'une certaine manière, cela entre en conflit avec l'art. 2 al. 1 CPP, qui réserve l'administration de la justice pénale aux autorités désignées par la loi

⁴² Art. 100 al. 1 CPP.

⁴³ CR CPP-FONTANA, art. 100 N 1.

⁴⁴ BSK StPO-GLESS, art. 139 N 13.

suisse, voire pose problème au titre de la nécessaire impartialité et absence de prévention du juge. La situation n'est en effet pas si éloignée de l'apparence de prévention créée par une pression médiatique forte⁴⁵ ou qui résulte de la remise à un expert de l'expertise annulée de son prédécesseur⁴⁶.

41. De même, on constate un « *effet de label* ». La corruption est un terme générique qui recouvre une multiplicité de phénomènes, dont certains sont incriminés par le droit suisse en matière de corruption transnationale (la corruption *stricto sensu*), d'autres non (l'octroi d'un avantage ou le trafic d'influence, par exemple). L'éclat du label attaché à la décision étrangère peut obscurcir les distinctions qu'il y a lieu de faire en droit suisse.
42. En synthèse, le souci de transparence qui conduit à publier les décisions de justice rendues en matière de corruption transnationale, voire à les verser au dossier d'autres procédures pénales portant sur les mêmes faits, altère la pureté du processus d'appréciation des preuves. Le juge saisi en second ne peut plus faire autrement que de se positionner par rapport au juge qui s'est prononcé en premier, plutôt que de se confronter exclusivement au dossier. Le souci apparent de transparence qui conduit à donner accès à l'autorité pénale suisse à des décisions de justice étrangères crée donc un problème du point de vue de l'absence de prévention. En réalité, la transparence sur la décision de justice augmente l'opacité du dossier sur lequel elle se fonde, puisqu'assez naturellement, les participants au procès saisis en second se référeront principalement à la décision rendue en premier.
43. Les doutes sur la légitimité du procédé consistant à verser au dossier des décisions étrangères sont plus prononcés encore lorsque la décision étrangère a été rendue dans une procédure comportant une forme de justice négociée⁴⁷. En effet, le lien entre la vérité matérielle

⁴⁵ BSK-StPO-BOOG, art. 56 N 60.

⁴⁶ TF, 1B_37/2015 du 16 avril 2015.

⁴⁷ Le domaine de la justice négociée va d'ailleurs au-delà du phénomène de la justice formellement négociée. Selon un certain angle d'analyse, un jugement de première instance, susceptible d'un appel avec plein pouvoir de cognition, n'est, lui aussi, qu'une proposition de jugement. Si les prévenus ne font pas appel, c'est une forme

et la vérité judiciaire est plus fragile, voire plus aléatoire, lorsque la décision a été négociée que lorsqu'elle résulte d'une appréciation des preuves à l'issue d'une procédure qui reste contradictoire jusqu'au bout⁴⁸. Les participants à la procédure qui importe cette décision négociée en sont certes conscients. Par conséquent, l'impact d'une telle décision sur l'appréciation des preuves dans la procédure suisse par l'effet des biais (biais de confirmation, effet de label) sera sans doute réduit, mais pas dans la pleine proportion que requerrait la mesure de la fragilisation du lien entre vérité matérielle et vérité judiciaire.

44. Il faut bien sûr que la décision de justice négociée consigne les termes de l'accord, et les avantages que la négociation de la condamnation aura apportés au prévenu. Cela étant, même cela reste insuffisant. Pour évaluer l'impact de telles décisions, il faudrait à nouveau – au nom même de la transparence – connaître le contexte, soit l'intégralité de ce qui précède la décision, pour que l'on comprenne sur quel arrière-plan, et compte tenu de quelles perspectives, le prévenu s'est décidé à consentir à un verdict négocié à l'étranger.
45. Dans ce contexte, le contrôle judiciaire du verdict négocié par une autorité judiciaire est ambivalent. D'un côté, il renforce le lien entre vérité matérielle et vérité judiciaire, dans la mesure où des transactions dans lesquelles ce lien est distendu à l'excès, à teneur du dossier, ne seront pas approuvées. Les accords ratifiés judiciairement paraissent ainsi plus fiables, et c'est la raison pour laquelle certains auteurs émettent des réserves moindres à leur encontre de leur prise en compte dans une autre procédure qu'à l'encontre de celle d'accords négociés qui n'ont pas fait l'objet d'un contrôle judiciaire⁴⁹. D'un autre côté, toutefois, un tel contrôle judiciaire recèle aussi des dangers. Il peut conduire les participants

d'acceptation – et l'on sait en pratique qu'il y a une myriade de raisons pour lesquelles un prévenu ne fait pas appel d'un jugement, alors même que ce dernier offre matière à contestation. Autrement dit, les problèmes particuliers mis en évidence en ce qui concerne la justice formellement négociée se posent pour la plupart des décisions étrangères qui n'ont pas été approuvées par la plus haute instance judiciaire.

⁴⁸ MANGEAT/MARGAIRAZ, 39 ss.

⁴⁹ *Ibid.*

à la procédure en aval à surestimer la fiabilité du verdict négocié, voire disqualifier toute tentative de le remettre en question. C'est particulièrement problématique lorsque les parties à la procédure en aval n'auront pas été parties, ni à la négociation du verdict, ni à la procédure judiciaire qui aura validé ce dernier.

46. Il reste à voir quels remèdes on pourrait trouver à l'impact sur les droits de la défense de l'existence de décisions – négociées ou non – rendues par d'autres autorités sur les mêmes faits que ceux qu'une autorité pénale suisse est appelée à connaître.
47. Il n'est pas toujours envisageable de coordonner les procédures de façon que les décisions à rendre le soient simultanément. En effet, le principe de célérité, qui protège les personnes sujettes à la poursuite pénale, ne tolérerait pas qu'un juge sursoie à statuer alors que l'état de la procédure et de son rôle lui permet de le faire. De plus, de tels efforts de coordination seraient parfois vains, parce qu'on ne peut jamais exclure qu'il faille ouvrir d'autres procédures encore contre des personnes dont l'apparente participation ne s'avère que bien plus tard.
48. Il n'est pas envisageable, non plus, d'imposer un embargo général à la publication de décisions en matière de corruption transnationale tant et aussi longtemps que des procédures portant sur les mêmes faits, le cas échéant en partie, sont encore pendantes quelque part. Le besoin de prévention générale l'exclut, à supposer même qu'un tel embargo puisse être efficace.
49. Si tant est que les autorités pénales d'autres juridictions puissent prendre connaissance de telles décisions, au nom de la transparence, il faut alors poursuivre la démarche de transparence jusqu'au bout et accorder aux parties un droit à ce que tout le dossier qui forme le soubassement des décisions de justice en question soit apporté à la procédure.
50. Cela étant, il reste à envisager sérieusement, selon nous, que le juge saisi en aval s'interdise de consulter des *décisions* de justice rendues sur des questions, de fait ou de droit, qu'il est précisément chargé de trancher, et qu'il se contente du dossier, soit des éléments de preuve *stricto sensu* sur la base duquel ces décisions ont été rendues. Cela crée, certes, un risque de décisions contradictoires. Toutefois, il n'y a pas d'intérêt juridique à éviter des jugements qui contredisent

ceux rendus par une autorité étrangère sur le même sujet ; un tel risque est inhérent à la juxtaposition de souverainetés étatiques.

2. Les intérêts croisés lorsqu'une entreprise est prévenue aux côtés des personnes physiques

51. En droit suisse, les entreprises sont des sujets de droit pénal depuis 2003. Conformément à l'art. 102 CP, elles peuvent être sanctionnées lorsqu'en raison d'un défaut d'organisation, il n'est pas possible d'identifier l'auteur d'une infraction commise au sein de l'entreprise dans la poursuite de ses buts commerciaux (responsabilité dite subsidiaire), ou lorsqu'en raison d'un défaut d'organisation elle n'a pas su empêcher la commission de certains délits en son sein, notamment la corruption (responsabilité dite primaire ou autonome).
52. Selon la jurisprudence du Tribunal fédéral (TF), l'art. 102 CP est une norme d'imputation et n'institue pas une infraction *sui generis*, incriminant le défaut d'organisation, que seules les personnes morales seraient capables de commettre⁵⁰. D'un point de vue logique, la déclaration de culpabilité de l'entreprise se situe donc en aval de celle des personnes physiques, et la jurisprudence du TF selon laquelle la punissabilité de l'entreprise suppose qu'une personne physique déterminée se soit rendue coupable de l'infraction⁵¹ ne fait que renforcer ce constat.
53. D'un point de vue chronologique, toutefois, la situation est souvent renversée. Pour plusieurs raisons, l'entreprise appréhende la procédure pénale d'une façon plus pragmatique que ne le font les personnes physiques concernées. Ces dernières sont davantage tournées vers le passé, ou vers les causes : elles perçoivent que le verdict va qualifier leur personnalité et déterminer leur réputation sociale, voire leur honneur ; cela crée une incitation forte à contester le reproche pénal. Les entreprises, au contraire, sont davantage tournées vers le futur, soit vers les effets. Les avantages d'une condamnation négociée, qui comporte en elle-même le message d'une « réconciliation » entre l'autorité pénale et l'entreprise

⁵⁰ ATF 146 IV 68, consid. 2.3. et 2.4.

⁵¹ ATF 142 IV 333, consid. 4.1.

prévenue, sont parfois tels qu'ils éclipsent ceux d'un éventuel constat d'innocence qui interviendrait après plusieurs années de procédure. L'entreprise n'a pas forcément intérêt à épiloguer sur le détail de ce qu'il s'est passé, mais elle peut être incitée à se montrer assez rapidement généreuse dans l'admission des faits, si c'est la condition d'un accord qui lui permet de passer à autre chose⁵².

54. Il y a donc une tension entre les préoccupations et les objectifs des personnes morales et des personnes physiques prévenues dans une procédure pénale ; cette tension est plus aiguë encore lorsqu'elles sont encore liées par un contrat de travail. Il peut survenir un moment où l'entreprise trouve un intérêt à admettre l'infraction supposée dont l'autorité de poursuite pénale soupçonne la réalisation, tandis que les personnes physiques qui y auraient participé persistent à la contester. Cela crée un dilemme pour l'entreprise, dès lors que l'ordonnance pénale comporte un exposé des faits et que même le classement sur la base de l'art. 53 CP (classement par suite d'une réparation du dommage), autre véhicule usité en la matière, supposent l'admission de faits. Autrement dit, l'accord entre l'entreprise et l'autorité pénale rend plus compliquée la défense des personnes physiques.
55. Certes, la reconnaissance de culpabilité d'une entreprise co-prévenue, et même sa reconnaissance de faits (sans subsumption juridique), est très différente de celle d'un supposé co-auteur personne physique, prévenu lui aussi. L'entreprise en tant que telle n'a jamais rien « *fait* » qu'elle pourrait admettre. En réalité, les organes actuels de l'entreprise *apprécient les preuves* dans le dossier, relatives à ce qu'ont fait d'*autres personnes*, et, lorsque cela s'avère dans l'intérêt de l'entreprise, peuvent faire le choix tactique d'« *admettre* » les faits plutôt que de se défendre plus avant. A l'instar des décisions rendues dans d'autres procédures, les « *aveux* » d'une entreprise ne sont pas des preuves. Cela devrait conduire à ne pas en tenir compte à charge des personnes physiques concernées. Il n'en demeure pas moins que, dans les faits, un tel « *aveu* » de l'entreprise péjore la situation procédurale des personnes physiques co-prévenues.

⁵² MANGEAT/MARGAIRAZ, *op. cit.*

56. Le problème peut aussi s'avérer inverse. L'entreprise souhaite mettre fin à la procédure pénale par une forme de reconnaissance négociée, mais cette voie est bloquée parce que les personnes physiques contestent la réalisation de l'infraction – le cas échéant, pour des raisons tout à fait fondées – et que le Ministère public, par cohérence, n'envisage d'issue négociée que dans l'hypothèse où toutes les personnes prévenues y adhèrent.
57. Dans l'abstrait, une première solution consisterait à réduire la transparence. Si l'autorité pénale chargée de statuer sur la culpabilité des personnes physiques n'avait pas connaissance du plaider coupable de l'entreprise ou de toute autre forme d'issue négociée impliquant une reconnaissance des faits par l'entreprise, il n'y aurait aucun impact sur la défense des personnes physiques, et, par conséquent, pas de blocage à l'accord voulu par l'entreprise. Un tel chemin s'avère toutefois impraticable. Dans la mesure où le dossier doit documenter les raisons pour lesquelles l'entreprise sort du dossier, il est impossible d'occulter cette information, et ce n'est en réalité même pas souhaitable. Si, à l'international, des décisions de justice ne doivent pas forcément être harmonisées, il en va différemment de décisions rendues par une même autorité, si bien qu'une autorité pénale ne saurait s'imposer une telle cécité⁵³.
58. L'issue à cette situation, qui permette aux personnes physiques et aux entreprises de poursuivre leurs intérêts respectifs sans péjorer la situation procédurale de l'autre, pourrait être d'instaurer en droit suisse également une forme explicite de justice négociée au bénéfice des entreprises qui exclue toute appréciation conclusive des preuves portant sur l'acte qu'il est question de lui imputer, et, *a fortiori*, toute subsumption juridique. La reconnaissance de l'entreprise pourrait porter exclusivement sur le défaut d'organisation, circonstance objective qui a pu laisser de la place à la réalisation d'actes corruptifs en son sein. De ce seul fait déjà, et sans qu'il faille se demander si les infractions soupçonnées ont été réellement commises, il peut se justifier que l'entreprise accepte une forme de sanction et, pour le surplus, prenne certains engagements pour l'avenir dont le respect

⁵³ Le législateur suisse a même prévu que l'incohérence entre deux décisions rendues sur le même thème est un motif de révision, cf. art. 410 al. 1 lit. b CPP.

sera vérifié. Philosophiquement, une telle approche se rattache à la conception de l'art. 102 CP comme instituant une contravention autonome incriminant le défaut d'organisation, qui a été rejetée par le Tribunal fédéral⁵⁴. Toutefois, ces questions dogmatiques ne devraient pas conduire à exclure d'emblée une solution de ce type, qui a des avantages pratiques.

59. Une autre solution pourrait être d'offrir aux personnes physiques incriminées de participer à cette nouvelle forme de justice négociée, qui prévoirait une forme de sanction et des engagements pour l'avenir, sans comporter les stigmates d'une condamnation pour des faits que la personne physique persiste à considérer ne pas avoir commis.

⁵⁴ ATF 146 IV 68, consid. 2.4.

Bibliographie

BOOG MARKUS, art. 60 CPP, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3^e éd. Bâle 2023 (cité : BSK StPO-BOOG)

BÉNÉDICT JÉRÔME, art. 140 CPP, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), Commentaire Romand Code procédure pénale, 2^e éd. Bâle 2019 (cité : CR CPP-BÉNÉDICT)

FONTANA JOËLLE, art. 100 CPP, in : Jeanneret/Kuhn/Perrier Depeursinge (édit.), Commentaire Romand Code procédure pénale, 2^e éd. Bâle 2019 (cité : CR CPP-FONTANA)

GLESS SABINE, art. 60 CPP, in : Niggli/Heer/Wiprächtiger (édit.), Basler Kommentar Strafprozessordnung/Jugendstrafprozessordnung, 3^e éd. Bâle 2023 (cité : BSK StPO-GLESS)

MANGEAT GRÉGOIRE/MARGAIRAZ FANNY, Deferred prosecution agreements : une valeur probante sujette à caution, Revue internationale de Compliance et de l'éthique des affaires, 1/2022, 39 ss

Abréviations

AARP	arrêt de la chambre pénale d'appel et de révision
al.	alinéa
art.	article(s)
ATF	arrêt du tribunal fédéral
BSK	Basler Kommentar
consid.	considérant
cf.	<i>confer</i>
ch.	chiffre
CEDH	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (RS 0.101), entrée en vigueur pour la Suisse le 28 novembre 1974
Convention CE	Convention pénale du Conseil de l'Europe sur la corruption (RS 0.311.55), entrée en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} juillet 2006
Convention OCDE	Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (RS 0.311.21), entrée en vigueur le 30 juillet 2000
CP	Code pénal suisse du 21 décembre 1937 (RS 311.0)
CPP	Code de procédure pénale suisse du 5 octobre 2007 (RS 312.0)
CPAR	Chambre pénale d'appel et de révision
CR	Commentaire Romand
FF	Feuilles fédérales
GE	Genève
PA II CEEJ	Deuxième Protocole additionnel à la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale, entré en vigueur pour la Suisse le 1 ^{er} février 2005 (RS 0.351.12)

Cst.	Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (RS 101)
Rapport CE	Rapport explicatif de la Convention pénale sur la corruption S'TE 173 du 27 janvier 1999
Commentaire OCDE	Commentaires relatifs à la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales de la convention, adopté par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997
éd.	édition
édit.	éditeurs(s)/éditrice(s)
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> (au même endroit)
lit.	<i>litera</i>
LOAP	Loi fédérale sur l'organisation des autorités pénales de la Confédération du 19 mars 2010 (RS 173.71)
Message CPP	Message relatif à l'unification du droit de la procédure pénale du 21 décembre 2012, FF 2006 1057 ss
MPC	Ministère public de la Confédération
N	numéro(s) de paragraphe
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
op. cit.	<i>opus citatum</i> , même œuvre que cité avant
para.	paragraphe(s)
phr.	phrase
RTPF	Règlement du Tribunal pénal fédéral sur les principes de l'information du 24 janvier 2012 (RS 173.711.33)
RTF	Règlement du Tribunal fédéral du 20 novembre 2006 (RS 173.110.131)
RS	Recueil systématique du droit fédéral
s./ss	et suivant(e)/et suivant(e)s

Daniel Kinzer

STE	Série des traités européens
TF	Tribunal fédéral
TPF	Tribunal pénal federal
v.	<i>versus</i>

Principled and Transparent Settlement-Based Enforcement of Corporate Liability

By

Tina Søreide*

Professor at the Norwegian School of Economics (NHH)

I. Introduction.....	270
II. A pragmatic response to enforcement challenges.....	271
III. Encouraging self-reporting while deterring misconduct	274
IV. The dilution of case law through negotiated justice.....	276
V. Towards a principled and transparent approach	279
VI. Conclusion	282
Bibliography	284
Abbreviations	287

* This article reflects my dual expertise from my tenure as a professor of law and economics at the Norwegian School of Economics (NHH) and my role as Director General of the Norwegian Competition Authority. While it draws inspiration from antitrust enforcement, the views expressed are primarily informed by my academic work and do not represent official positions of the Norwegian Competition Authority. I want to thank Jon Petter Rui for his comments on an earlier version.

I. Introduction

1. Across Europe, it is now common to regulate corporate misconduct with the help of criminal law.¹ This approach underscores the severity of business-related misconduct, thereby making it more difficult for corporate leaders to disregard the moral and reputational implications of profit-driven offences. Paradoxically, however, the criminalization of corporate misconduct, initially introduced to control and deter harmful business practices, has inadvertently complicated the process of holding corporations accountable for their unlawful actions.
2. European criminal justice systems, refined over centuries, are designed to deliver correct and fair verdicts. These systems determine responsibility for harmful conduct while safeguarding the rights of the accused, thereby generating outcomes expected to withstand public scrutiny. As the citizens of a society take interest in the manner of enforcement, irrespective of their relationship to the victim or offender, the criminal law process must uphold transparency to ensure the legitimacy of punishment.
3. When the offender is a corporate entity, it becomes more complicated for enforcement agencies to ensure action against crime in a manner that secures the aimed-at legitimacy, particularly if it is a large organization involved in intricate transactions and obscured finances. Further complexities arise when the repercussions of the crime materialize in a foreign country, when there is uncertainty regarding the extent to which the offence happened on behalf of the corporation, or there is ambiguity about the legal status of the acts. Such circumstances, often associated with foreign bribery and anti-money laundering cases, pose challenges to conventional enforcement procedures. The complexities make it difficult to gather required documentation and summon witnesses to court. The greater the resources and time required for each case, including passage through several layers of the court system, the fewer corporate crime cases are pursued. The longer it takes, the higher the risk that the corporate offender and the individuals involved elude legal consequences due to the

¹ See RYDER et al. (2018) and PIETH/IVORY (2011).

jurisdiction's statute of limitations. To control crime effectively, and simultaneously encourage corporations to cooperate in law enforcement, many criminal justice systems have adopted alternative and simpler enforcement approaches, commonly referred to as *settlements*.

4. In this article, I clarify the concept of corporate settlement, justify its necessity as an enforcement procedure, discuss the principles by which it should operate, and describe the need for a two-track enforcement system. This piece is largely influenced by my previous research and policy work, as well as my experience in competition law enforcement, and insights shared herein have been developed in close collaboration with co-authors referenced in the bibliography.

II. A pragmatic response to enforcement challenges

5. Concluding a case of corporate criminal liability through a negotiated settlement is a pragmatic response to the mentioned enforcement difficulties. An enforcement agency reaches an agreement with the alleged corporate offender on the consequences of the supposed crime. The offender admits the infringement, or at least accepts the facts of the case, while the prosecutor benefits from managing some extent of self-reporting by representatives of the corporate offender and fostering cooperation during the investigation. The process often replaces a criminal trial and can vary significantly in terms of negotiation, informality, and transparency. The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) describes this enforcement practice as a *non-trial resolution*, defined as 'mechanisms developed and used to resolve matters without a full court or administrative proceeding, based on a negotiated agreement with a natural or legal person and a prosecuting or other authority'.²

² See OECD (2019). The word *settlement* is associated with controversy. Clarifying the term, SOLMSSEN/SØREIDE (2023) explain in some countries, including civil law continental Europe, criminal cases could not be 'settled'. The word settlement was specifically avoided because it resembles the much-disliked American practice

6. For the alleged corporate offender, a settlement offers a more expedited resolution. By sharing information about the offence and its participants, acknowledging the illegal nature of the acts, and in some cases, committing to improve future conduct, the representatives of the corporation can influence the investigation's process and outcome. While the company has the option to either accept or reject the settlement offer, rejection typically leads to a court trial. Settlements often articulate liability in terms less explicit than those used in a trial verdict. This nuance can weaken victims' claims, subsequently reducing the financial loss the company might incur due to the enforcement case. Furthermore, the threat of debarment from public procurement, a potential consequence of a guilty verdict, becomes less worrisome for the company if it commits to implementing an effective compliance system as part of the settlement, as this action could render it re-eligible for bidding.³
7. Although enforcement systems have always tended to reduce penalties in response to an offender's confession and cooperation, non-trial negotiation within the context of criminal law is a relatively recent development in Europe. Yet, since the turn of the millennium, this practice has become not only commonplace but also the predominant approach to corporate crime. Some enforcement agencies even argued that non-trial resolution not only streamlines enforcement investigations but also increases their frequency.⁴ As such, settlement-based enforcement is often viewed as a practical, results-driven approach to problem-solving and decision-making. Rather than strictly adhering to criminal law values and principles, this approach prioritizes efficiency and adaptability in response to severe business malpractice. However, concerns that

of plea bargaining. Nonetheless, in the same countries, cases might be concluded out of court after an exchange of information with the alleged wrongdoer. *Non-trial resolution* refers to the same practice as what in this text is described as a settlement.

³ For discussion about firms' incentives to cooperate and accept a settlement, see LOW/PRELOGAR (2020) and SØREIDE/VAGLE (2022). Regarding the implications of settlement for debarment in public procurement, see SOPE (2020), SØREIDE et al. (2024).

⁴ OECD 2019, 17-24.

the cooperative process may collapse if sensitive corporate information is revealed, combined with a desire for effective crime prevention, often cause enforcement agencies to withhold details about their agreements. As a result, the public is typically left with minimal access to case facts and no insight into the process leading up to corporate sanctions.

8. These opaque practices naturally lead to questions: do some large corporations and their leaders escape serious consequences too easily?⁵ Are certain companies shielded from repercussions if their crime was significantly profitable while the consequences occurred abroad?⁶ Under the auspices of the International Bar Association (IBA), MAKINWA and SØREIDE (2018) conducted a survey to investigate cross-country variations in settlement usage, seeking to answer these questions. Their research revealed differences in prosecutorial discretion, the requirement for a guilty plea, double jeopardy implications, principles of corporate criminal liability, and legal frameworks governing corporate liability. There were also clear discrepancies regarding judicial oversight and the role of corporate crime victims in the settlement process. From the side of civil society, a growing consensus emerged in favor of corporations compensating victims as part of the settlement process.
9. Further analysis of the increased use of settlements revealed an interesting pattern.⁷ While settlement-based enforcement is rarely applied in poorer countries with significant governance challenges, prosecutors in wealthier countries are more inclined to use such measures. Despite being seen as efficient in highly democratic

⁵ See GARRETT (2015).

⁶ For discussion whether governments may enforce corporate crime differently, depending on whether the consequences of the offences materialize abroad or at home, see LORD (2023), AURIOL et al. (2023). For governments that draw lessons from the US model on settlement-based enforcement, ARLEN/BUCELL (2019) remind in their abstract the importance of considering the context in which the US practice of settlement-based enforcement evolved: 'Doctrines governing self-incrimination, employee rights, data privacy, and legal privilege, among other areas, largely determine the relative powers of governments and corporations to collect and use evidence of business crime, and thus the incentives of enforcers to offer settlements that reward firms for private efforts to both prevent and disclose employee misconduct'.

⁷ SØREIDE/VAGLE (2020).

developed countries, a clear trend was identified towards reducing the gap between *de jure* and *de facto* discretion and ensuring a more principled and transparent approach to enforcing corporate liability.

III. Encouraging self-reporting while deterring misconduct

10. Arguably the most significant benefit of settlement-based enforcement extends beyond cost savings; it is the provision for rewarding corporate offenders who self-report and cooperate during investigations. This practice, however, runs the risk of enforcement agencies appearing to negotiate with offenders, providing *de facto* immunity for a speedy resolution rather than imposing penalties to deter unlawful business practices.
11. To make the use of settlements an effective deterrent in corporate liability cases, governments and enforcement agencies must understand that the flexibility settlements offer can be used to structure sanctions for optimal crime detection and deterrence. In her research, US law professor JENNIFER ARLEN suggests critical prerequisites for the successful use of corporate settlements in law enforcement.⁸ She emphasizes the importance of sanctions that deter corporate crime and explains why it requires that corporate penalties are combined with efforts to hold individual employees, including leaders, accountable for their involvement in, or tolerance for, corporate misconduct. In a settlement process with an alleged corporate offender, this may imply that a natural person (or natural persons) representing the company reports on crimes committed by other natural persons within the company. This accountability not only reduces the likelihood of corporate crime but also motivates the establishment of robust internal corporate systems for crime detection.⁹
12. Traditional enforcement systems reliant on independent investigation and court proceedings are often inadequate to detect and deter misconduct by large corporations. These corporations, armed with sophisticated legal and accounting experts, can exploit

⁸ ARLEN (2020).

⁹ See also KRAAKMAN (1983), ARLEN (2012). On deterrence in cases of bribery, see ROSE-ACKERMAN (2010).

legal loopholes and masterfully disguise illicit business practices as legitimate transactions. Settlement-based enforcement provides an opportunity to address this issue, albeit with careful implementation. ARLEN asserts, ‘enforcement agencies must create a genuine, material risk that corporate crime will be detected and punished’.¹⁰ Arguing in favor of asymmetric punishment, a topic also explored by economists,¹¹ ARLEN explains, ‘companies should find it more advantageous to self-report detected misconduct and/or cooperate in an investigation than to refrain’.¹²

13. While the enforcement system should seek to ensure corporations cannot expect to profit from their employees’ crimes, companies should be encouraged to operate internal systems for monitoring and compliance. Preventing misconduct involves holding the corporation liable for all crimes committed by any employee for its benefit. The gains from crime must be withdrawn, ensuring that corporate offenders do not retain any material benefit. To motivate corporate policing, a company must face a substantially lower total expected cost if it self-reports and cooperates than if it does not. Companies need to have a clear understanding of how self-reporting and cooperation influence the form and scale of sanctions. However, to encourage self-reporting, companies must also face a significant risk that the government will detect the misconduct and punish the firm. This necessitates robust government monitoring systems and protection for whistleblowers.¹³
14. Currently, no government has fully implemented an enforcement regime designed to achieve these objectives. The United States leads in operating an incentive-compatible enforcement system, though some critics warn of the overly broad powers granted to enforcement agencies.¹⁴ Other critiques highlight the neglect of due

¹⁰ ARLEN (2020), 163.

¹¹ BASU et al. (2016), BUCCIROSSI/SPAGNOLO (2006).

¹² *Ibid.*

¹³ For an analysis, see AURIOL et al. (2023).

¹⁴ LORD (2023), SØREIDE/VAGLE (2022).

process and compensation for victims.¹⁵ ARLEN identifies serious flaws in the British and French anti-bribery regimes,¹⁶ while MAKINWA and SØREIDE reveal that informality is often the norm in settlement practices globally.¹⁷

15. Thus, there is room for governments to refine their enforcement regimes to prevent corporate misconduct more effectively.

IV. The dilution of case law through negotiated justice

16. Criminal law plays a paramount role in any organized society, as it addresses the primitive need to manage harmful acts in a civilized manner. The public's trust in criminal law procedure is crucial for its function of placating aggrieved citizens. In most European civil law countries, therefore, criminal law is rooted in an inquisitorial system of adjudication, which aims to establish the material truth, identify the responsible parties, and evaluate their degree of guilt. However, settlement-based enforcement, which circumvents the adversarial nature of criminal law procedures intended to reveal case facts, has challenged this premise since a negotiated fact cannot always be deemed a true fact.¹⁸
17. Furthermore, the challenge of aligning criminal justice systems with the enforcement of corporate liability has been intensified by the rise of settlement-based enforcement. When a corporation faces criminal liability, individuals who may not have been directly involved in the crime can suffer consequences. When the decision-making behind the crime transpires within a complex corporate structure, proving individual guilt beyond a reasonable doubt can become exceedingly difficult.¹⁹ Consequently, prosecutors who opt for negotiated settlements to circumvent these difficulties may be accused of eroding principles of proper adjudication, prompting the

¹⁵ DAVIS (2019).

¹⁶ ARLEN (2020).

¹⁷ MAKINWA/SØREIDE (2018).

¹⁸ Further explained by RUI/SØREIDE (2020).

¹⁹ Various aspects presented in PIETH/IVORY (2011).

question of whether this practice still falls within the scope of criminal law.²⁰

18. Companies faced with the possibility of a settlement may feel pressure to admit facts and avoid a trial, even if the legality of their actions is unclear. It is particularly concerning when settlements require management representatives to admit that the firm has violated the law, rather than merely accepting the alleged facts. This self-incrimination concern is intensified when dealing with enforcement agencies with broad mandates and substantial powers. Given these circumstances, the so-called ‘choice’ of having the offense evaluated by a court might appear more illusory than real.²¹
19. Additionally, the settlement process often relies on the firm providing evidence of its own misconduct, which can result in prosecutors leaning heavily on evidence presented by the corporate offender. While the company’s cooperation is a significant advantage, it also implies an expectation that it undertakes its own fact-finding exercise. This not only ‘privatizes’ a substantial part of the inquisitorial process, but also creates a situation where the accused is co-responsible for investigating its own crime. Such self-investigation could result in a softer portrayal of the facts or avoidance of scrutiny for other, more serious matters.²²
20. The resultant lack of transparency and due process is among the serious implications of this departure from traditional criminal justice processes. Prosecutors may defend the outcome as having brought about consequences for an alleged perpetrator. However, they might struggle to affirm they had a comprehensive understanding of the offense and that the sanction meets criminal law’s requirements of proportionality, equality before the law, and due process. A company’s demand for confidentiality as a requirement to accept the settlement further exacerbates this opacity. However, the weaker the evidence presented in the case, the weaker the double jeopardy protection following

²⁰ LORD (2023) discusses these aspects.

²¹ SØREIDE/VAGLE (2022) present a game theoretical analysis of such circumstances.

²² Explained by LONATI/BORLINI (2020). See also BAER (2018).

enforcement.²³ If case facts are unknown, and the sanction's proportionality is unverifiable, the corporation cannot rely on the enforcement case to protect itself from further scrutiny by other enforcement agencies, including prosecutors in other countries.

21. Several further consequences arise from this lack of transparency and due process. If the wrongdoing is not sufficiently defined, it may imply a shift towards a 'failure-to-prevent regulation',²⁴ wherein the crime is treated as 'an omission offence', simplifying the evidence-gathering process. However, this approach makes it challenging to ensure sanctions are proportional.²⁵ Corporate sanctions that are deemed unfair and inconsistent, i.e., disproportional, will fail to generate the necessary public confidence in the law enforcement system.
22. Opacity in law enforcement also affects market players' ability to distinguish between right and wrong. As cases are concluded with a settlement, society cannot rely on case law to clarify legal definitions of wrongdoing, perpetuating legal imprecision. This is concerning as many firms may overly restrict their business activities to avoid crossing the boundary of illegality. Conversely, firms seeking profit from grey zone practices benefit from this legal ambiguity. Given the prosecutor's heavy burden of proof, the likelihood of facing consequences for severe crime diminishes in the face of uncertain legal standards.²⁶
23. This ambiguity also weakens the prosecutor's bargaining power during settlement negotiations, possibly leading them to accept inferior enforcement results. As MOENE and SØREIDE explain, this

²³ PIETH explains that the use of settlements complicates the double jeopardy problem: 'As the facts are negotiated, they represent a kind of formal rather than substantive truth. Furthermore if the facts are drafted in a cursory, imprecise manner, the downside for the corporation may be that the agreement does not prevent future proceedings in the same matter' (2020), 23.

²⁴ ASHWORTH (2018), 360.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ The argument follows from a simple game theoretical analysis by MOENE/SØREIDE (2024). ROSE-ACKERMAN (2018) explains why enforcement depends on actionable legal definitions, not broad categories that include general descriptions of immoral conduct.

effect is further compounded by how prosecutors are evaluated.²⁷ Enforcement agencies are generally assessed on the number and type of cases they successfully conclude, not on the fairness or severity of the outcomes. Therefore, prosecutors may feel incentivized to conclude cases with milder sanctions than the offense merits, thereby increasing their enforcement case numbers and variety.

V. Towards a principled and transparent approach

24. The expansion in the use of corporate settlements has demonstrated that governments tend to favor discrete enforcement of corporate liability.²⁸ Additionally, many governments appear to endorse settlement-based enforcement without offering clear guidelines to ensure justice and crime prevention.²⁹
25. A thorough investigation of settlement practices suggests that implementing this enforcement mode within a criminal law regime, particularly in a European civil law context where an independent investigation is pivotal to determine and validly assess the material truth, is immensely challenging. Criminal law does offer the possibility of encouraging offenders to self-report, as demonstrated by European courts which offer reduced penalties for those who confess. Larger penalty reductions might enhance such incentives but could risk undermining the consistency across cases regarding the correlation between harmful practice and criminal law response.
26. While it is critical to protect the criminal justice system, it is equally challenging to uphold principles that efficiently hinder enforcement. Criminal law regulation might inadvertently act as a shield for corporate offenders, safeguarding them from consequences for extremely damaging but profitable practices. For governments aiming to achieve efficient enforcement of corporate liability, navigating the complexities of the institutional context presents a significant challenge. Whereas criminal regulation is ill-suited for corporate misconduct and less compatible with

²⁷ MOENE/SØREIDE (2024).

²⁸ AURIOL et al. (2023).

²⁹ IVORY/SØREIDE (2020).

settlement-based enforcement, non-criminal regulation is far more practical and flexible. As further elaborated by RUI and SØREIDE, the solution may lie in a ‘two-track enforcement system’, in the sense of combining criminal liability for individuals and non-criminal regulation for corporations.³⁰

27. Non-criminal regulation, paired with criminal regulation of individual misconduct, can effectively manage any form of corporate malfeasance. This approach is currently employed in many European countries for anti-money laundering, industrial safety, and competition control. When the aim of regulating business practices is to ensure they are beneficial to society and not harmful, the adversarial system for identifying guilt becomes less pivotal. Penalizing corporate misconduct to render harmful business practices unprofitable and irrational can be achieved through self-investigation, law enforcement cooperation, and even negotiation about the consequences, provided it is conducted in a legitimate manner.³¹
28. The issue at hand is not the use of corporate settlement per se; it is the amalgamation of discretionary authority and secrecy that enables inconsistent case conclusions and possible corporate favoritism.³² These risks must be mitigated whether corporate misconduct regulation is criminal or non-criminal. Enforcement

³⁰ RUI/SØREIDE (2019).

³¹ A two-track system is easily combined with risk-based regulation, as is often the approach to ensure industrial safety, RUI/SØREIDE (2019), 146-55. Firms involved in production and sales that involve risk of harm to society, ought to operate with risk-mitigation systems. Regardless of whether the misconduct causes serious physical or financial harm, market players should face consequences when their compliance systems fail, even if no incident has occurred, and they should have a duty to notify regulatory agencies.

³² These concerns obviously arise among enforcement authorities as well, whose investigators and experts are not used to concluding cases with a settlement, and who might consider the circumstance a ‘give-and-take’ bargain situation, i.e., a null sum game, instead of an opportunity to create value through the negotiation, for example in terms of addressing the causes of misconduct by the company, considering strategies for securing compliance, or other steps that the corporation might take, as part of a package. Securing the benefits attached to settlements requires negotiation skills, which normally are not part of enforcers’ competence.

should consistently uphold the principles of fair treatment, equality before the law, and transparency. Although some information may need to be confidential, the process leading to a penalty decision must remain transparent.³³

29. Governments can glean insights from European competition control, which has developed a system combining clear benefits for self-reporting offences with procedural flexibility, settlement-based enforcement, and procedural rights for offenders.³⁴ A corporation participating in collusion can evade penalties by seeking leniency, i.e., by being the first to self-report the offence among the cartel members. Despite ongoing debate regarding corporate motivations to seek leniency, enforcement agencies discuss whether they can do more to maintain incentives, for example by shielding the self-reporting corporation from additional consequences such as debarment from public procurement, damages, and individual criminal prosecution. While more can be done to motivate self-reporting, European competition control is generally independent, international, and in many respects, subject to supra-national control. It shows, countries might combine non-criminal enforcement of corporate misconduct with criminal law regulation of individual involvement, although in this area, non-criminal enforcement has proven to be far more efficient than criminal regulation, regardless of whether the subject is an individual or a corporation.
30. Considering what an efficient approach entails, it is important also to consider how results depend on a broader context.³⁵ Not even the most optimal business regulation happens in a vacuum. Governments need to consider enforcement efficiency across regimes, areas of business conduct, and national borders. Offenders might be guilty of several crimes simultaneously, operating in

³³ For a set of best practice recommendations, see the 2021 OECD Anti-Bribery Recommendation.

³⁴ Comparing law enforcement in five European countries across three sorts of misconduct, anti-money laundering (AML), anti-bribery, and competition control, AURIOL et al. 2023, find competition control to be the most efficient.

³⁵ SØREIDE (2016) merges economics and law to analyze the efficiency concept in corporate liability enforcement, highlighting the challenges in defining a practical standard.

multiple jurisdictions and impacting victims in different areas. Governments should foster cooperation among independent agencies, ensure robust financial oversight to minimize firms' ability to conceal illicit transactions, and protect whistleblowers. The combined set of measures against misconduct should be structured to deter crime, hold leaders accountable, enable public scrutiny, and allow for the evolution of case law to improve enforcement. Regulations should be sufficiently flexible and purpose-oriented to keep pace with technological and financial developments.

31. Given these ambitions, settlement-based enforcement serves simply as a means of avoiding lengthy and costly procedures, benefiting both enforcement agencies and corporate offenders, and thereby, ensuring more effective crime control with public funds.

VI. Conclusion

32. The societal repercussions of corporate crime are too significant to allow inflexible criminal law principles to impede effective enforcement. Conversely, pragmatic solutions geared towards efficient enforcement may risk undermining values intrinsic to criminal law.
33. Within the realm of corporate criminal liability, pragmatism often manifests in the form of corporate settlements. This stems from the inherent complexities of corporate crime, where discerning individual culpability can prove challenging and legal proceedings are often costly and uncertain. Enforcement agencies frequently turn to practical strategies, like negotiated settlements, to ensure a level of accountability and deterrence.
34. This article advocates for the non-criminal regulation of corporate misconduct, a principled approach to settlements, and fostering a comprehensive, international outlook on business regulation. While settlements can streamline the enforcement process, the efficacy of enforcement is contingent on several factors. These factors include firstly, the ability to detect and respond to crime; secondly, the structuring of sanctions in a way that encourages cooperation and makes criminal activity unprofitable; and thirdly, the facilitation of independent enforcement, which includes implementing

international solutions for issues that transcend national borders. Efficiency in enforcement is hollow unless accompanied by legitimacy. This holds true for all enforcement mechanisms, including corporate settlements.

Bibliography

ARLEN JENNIFER/BUELL SAMUEL W., The Law of Corporate Investigations and the Global Expansion of Corporate Criminal Enforcement, *Southern California Law Review* 93/2019, 697 ff.

ARLEN JENNIFER, Corporate Criminal Liability: Theory and Evidence, in: Harel/Hylton (eds.), *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*, Cheltenham/Northampton 2012, 144 ff.

ARLEN JENNIFER, The Potential Promise and Perils of Introducing Deferred Prosecution Agreements Outside the US, in: Søreide/Makinwa (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Cheltenham 2020, 156 ff.

ASHWORTH ANDREW, A New Generation of Omissions Offences?, *Criminal Law Review* 5/2018, 354 ff.

AURIOL EMMANUELLE/HJELMENG ERLING/SØREIDE TINA, Corporate Criminals in a Market Context: Enforcement and Optimal Sanctions, *European Journal of Law and Economics* 56/2023, 225 ff.

BAER MIRIAM H., When the Corporation Investigates Itself, in: Arlen (eds.), *Research Handbook on Corporate Crime and Financial Misdealing*, Northampton 2018, 308 ff.

BASU KARNA/BASU KAUSHIK/CORDELLA TITO, Asymmetric Punishment as an Instrument of Corruption Control, *Journal of Public Economic Theory* 18(6)/2016, 831 ff.

BUCCIROSSI PAOLO/SPAGNOLO GIANCARLO, Leniency Policies and Illegal Transactions, *Journal of Public Economics* 90(6-7)/2006, 1281 ff.

DAVIS KEVIN E., *Between Impunity and Imperialism: The Regulation of Transnational Bribery*, Oxford 2019

GARRETT BRANDON L., The Corporate Criminal as Scapegoat, *Virginia Law Review* 2015, 1789 ff.

IVORY RADHA/PIETH MARK (eds.), *Corporate Criminal Liability: Emergence, Convergence, and Risk*, Dordrecht 2011

KING COLIN/LORD NICHOLAS, Negotiated Justice and Corporate Crime: An Introduction and Overview, in: King/Lord, *Negotiated Justice and*

Corporate Crime: The Legitimacy of Civil Recovery Orders and Deferred Prosecution Agreements, Cham 2018, 1 ff.

KRAAKMAN REINIER H., Corporate Liability Strategies and the Costs of Legal Controls, Yale Law Journal 93/1983, 857 ff.

LONATI SIMONE/BORLINI LEONARDO S., Corporate Compliance and Privatization of Law Enforcement: A Study of the Italian Legislation in Light of the U.S. Experience, in: Søreide/Makinwa (eds.), Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach, Cheltenham 2020, 280 ff.

LORD NICHOLAS, 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, 848 ff.

LOW LUCINDA/PRELOGAR BRITTANY, Incentives for Self-reporting and Cooperation, in: Søreide/Makinwa (eds.), Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach, Cheltenham 2020, 200 ff.

MAKINWA ABIOLA/SØREIDE TINA, Introduction, in: Søreide/Makinwa (eds.), Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach, Cheltenham 2020, 1 ff.

MAKINWA ABIOLA/SØREIDE TINA, 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

KALLE MOENE/SØREIDE TINA, Scope and Precision in the Laws against Corporate Bribery, in: Rose-Ackerman (eds.), Public Sector Performance, Corruption and State Capture in a Globalized World, Vol 2, 2024

OECD, Resolving Foreign Bribery Cases with Non-trial Resolutions: Settlements and Non-trial Agreements by Parties to the Anti-bribery Convention, Paris 2019

PIETH MARK, Negotiating Settlements in a Broader Law Enforcement Context, in: Søreide/Makinwa (eds.), Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach, Cheltenham 2020, 19 ff.

RADHA IVORY/SØREIDE TINA, The International Endorsement of Corporate Settlements in Foreign Bribery Cases, *International and Comparative Law Quarterly* 69(4)/2020, 945 ff.

ROSE-ACKERMAN SUSAN, The Law and Economics of Bribery and Extortion, *Annual Review of Law and Social Science* 6/2010, 217 ff.

ROSE-ACKERMAN SUSAN, Corruption and Purity, *Daedalus* 147(3)/2018, 98 ff.

RUI JON PETTER/SØREIDE TINA, Governments' Enforcement of Corporate Bribery Laws: A Call for a Two-track Regulatory Regime, *Tidsskrift for Rettsvitenskap* 132(2)/2019, 132 ff.

RYDER NICHOLAS/TURKSEN UMUT/HASSLER SABINE (eds.), *Fighting Financial Crime in the Global Economic Crisis*, London 2018

SOLMSSEN PETER/SØREIDE TINA, Non-trial Resolutions, in: Pieth/Søreide (eds.), *Elgar Concise Encyclopedia of Corruption Law*, Cheltenham 2023, Chapter 84

SØREIDE TINA/VAGLE KASPER, Settlements in Corporate Bribery Cases: An Illusion of Choice?, *European Journal of Law and Economics* 53(2)/2022, 261 ff.

SØREIDE TINA/VAGLE KASPER, Prosecutors' Discretionary Authority in Efficient Law Enforcement Systems, in: Søreide/Makinwa (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Cheltenham 2020, 126 ff.

SØREIDE TINA/HJELMENG ERLING/GEYER THERESA, Corruption and Debarment, in: Williams-Elegbe/Tillipman (eds.), *Routledge Handbook of Public Procurement Corruption*, London 2024, Chapter 16

SØREIDE TINA, *Corruption and criminal justice: Bridging Economic and Legal Perspectives*, Cheltenham 2016

WILLIAMS-ELEGBE SOPE, The Implications of Negotiated Settlements on Debarment in Public Procurement: A Preliminary Inquiry, in: Søreide/Makinwa (eds.), *Negotiated Settlements in Bribery Cases: A Principled Approach*, Cheltenham 2020, 68 ff.

Abbreviations

AML	anti-money laundering
ed./eds.	edition/editor(s)
et al.	<i>et alii</i> , and others
ff.	and the following pages
IBA	International Bar Association
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , in the same place
i.e.	<i>id est</i> , that is
NHH	Norwegian School of Economics
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
US	United States



Accommodating Transnational Corporate Bribery Revisited: Performing Transparency in the Shadows of Negotiation

by

Nicholas Lord

Professor of Criminology, University of Manchester, UK

I. Introduction.....	290
II. Background and context: accommodating transnational corporate bribery in the UK.....	293
III. Transparency as an analytical construct: process and outcome	298
IV. Transparency and the UK enforcement response: performativity in the shadows.....	300
A. The discretion and (de)prioritisation in case selection	301
B. Negotiating non-contention	304
C. Learning from ‘restorative justice’	308
V. Discussion and conclusion.....	311
Bibliography	313
Abbreviations	315

I. Introduction

1. Transnational corporate bribery in essence involves companies that operate in at least two jurisdictions, a home country and another country, and that bribe public officials¹ in that other country to win or maintain business contracts and interests. In many cases, corrupt transactions are organised across and within multiple other countries, often making use of third-party agents or intermediaries, or perhaps subsidiaries, to do the bribery on their behalf, or diverting the monies for corrupt transactions via shell firms in jurisdictions with high levels of legal confidentiality, to obscure illicit transactions and their beneficiaries. Such corrupt arrangements may relate to one-off illicit transactions, but can also endure, regularly taking place repeatedly over many years. Responding to corporations implicated in such transnational corporate bribery creates substantive regulatory dilemmas for nation states and their regulatory, enforcement and prosecutorial authorities.
2. It has long been known that when it comes to state responses to corporate crimes, there is usually a preference for negotiation and persuasion, or regulatory (and non-criminal law) approaches, rather than contestation and prosecution.² Holding implicated individual and corporate actors to account within criminal law frameworks is challenging for multifaceted reasons – for instance, the particular nature and organisation of transnational corporate bribery, in that the corresponding constitutive relations and practices are clandestine and at some level consenting (even when extortion may be involved), the harms and consequences that may be indirect and only come to light much later, the cross-jurisdictional organisational dynamics that inhibit evidence collection, and so on, mean the use of criminal justice mechanisms is not easy, even where resources permit this and political and regulatory will is present. Consequently, varied legal (e.g., outdated corporate criminal liability laws), procedural (e.g., non-prosecution policies), evidential

¹ And/or private actors if they represent state-owned companies, or if we expand our scope to incorporate commercial bribery also.

² SUTHERLAND 1949; CLINARD/YEAGER 1980; SLAPPER/TOMBS 1999; CROALL 2003; WELLS 2011; JORDANOSKA 2019.

(e.g., obtaining robust evidence from other jurisdictions), normative (e.g., inclinations to treat ‘white-collar’ offenders differently) and ideological (e.g., preferences enable key international commercial businesses) factors have led to convergence around forms of negotiated justice and settlement, such as varied civil and administrative solutions (e.g., civil recovery orders), and other forms of non-trial resolution, such as deferred prosecution agreements (DPAs). But as CRESSEY originally argued at the introduction of DPAs in the US context in cases of juvenile delinquency, we must scrutinise the potentially problematic nature of non-transparent negotiation and the absence of regularised and formalised visibility in the procedural approach.³

3. In line with the focus of these conference proceedings on *negotiated justice in transnational corruption – between transparency and confidentiality*, we can therefore analyse the extent to which transparency forms part of domestic enforcement responses to transnational bribery, and the extent to which preferred mechanisms of negotiation are transparent (or not), and the ways in which visibility is regularised and formalised. We can first look to the transnational legal order that characterises the anti-bribery movement where we see that irrespective of the predominant and/or preferred legal and/or extra-legal state responses to corporate bribery, international legal frameworks that guide domestic law implementation and enforcement and require robust enforcement responses vary as to whether they draw attention to the need for transparency as part of the anti-corruption enforcement process. For instance, in his foreword to the UN Convention against Corruption 2004, the then Secretary-General Kofi Annan states: ‘And it will reaffirm the importance of core values such as honesty, respect for the rule of law, accountability and *transparency* in promoting development and making the world a better place for all’.⁴ Moreover, art. 5 UNCAC requires State Parties to develop preventative anti-corruption policies and practices that ‘promote the participation of society and

³ CRESSEY 1968.

⁴ UNCAC 2003, iii (*emphasis added*), https://www.unodc.org/documents/brussels/UN_Convention_Against_Corruption.pdf.

reflect the principles of the rule of law, proper management of public affairs and public property, integrity, *transparency* and accountability'.⁵ However, the OECD Anti-Bribery Convention, with its focus on supply-side bribery, has no mention of transparency requirements at all, nor do the EU Criminal and Civil Law Conventions on Corruption.

4. Given the varied emphasis given to transparency within the transnational legal order, to what extent is the enforcement response in the UK (England and Wales more specifically)⁶ characterised by the pursuit of transparency, and how is transparency 'done' in the UK? Correspondingly, in this paper I address the following sub-questions: to what extent is 'doing transparency' performative (i.e., substantial or superficial)? Is the perception of transparency in anti-bribery enforcement by concerned stakeholders and communities sufficient for being seen as legitimate? What needs to be transparent and how do we determine when the transparency is adequate? I address these questions with respect to the detection, investigation, and prosecution of transnational corporate bribery in England and Wales. I start by providing some background context of the UK's enforcement response, looking at where we were a decade ago and where we are now. I then move on to interrogate the concept (and conception) of choice for these conference proceedings, that of 'transparency', considering the multifaceted normative and empirical aspects of the corresponding processes and outcomes. I then outline two areas of concern relating to transparency (there are many more), drawing on my earlier and more recent research into the regulation of corporate bribery: the discretion and (de)prioritisation in case selection, and the negotiating of non-contentious outcomes. My core argument is as follows: transparency, as an analytical construct, is linear and not binary, 'it' is plural and multifaceted, with variations in transparency existing

⁵ UNCAC 2004, 9 (*emphasis added*); see n 4.

⁶ Scotland has a discrete legal system to England and Wales (and even predates it) whilst Northern Ireland's legal system closely aligns to England and Wales. The Serious Fraud Office (SFO) has jurisdiction over England and Wales, and Northern Ireland, but differences exist, such as the absence of Deferred Prosecution Agreements in the Northern Ireland legal system.

across the array of relations that characterise the enforcement process and outcome. This leads to a position whereby the UK's Serious Fraud Office (SFO) 'does transparency' in a performative way, in that there is some level of surface plausibility to the presentation of transparency in enforcement practice, but that many core relations and interactions (that go beyond confidentiality requirements), take place in the shadows. Provocatively, I argue for greater diversity and visibility in the back-stage negotiations, drawing on principles of 'restorative justice' to inform corresponding mediation processes, and to start a discussion of how things might be done differently.

II. Background and context: accommodating transnational corporate bribery in the UK

5. When I undertook my doctoral research into the regulation of transnational corporate bribery in the UK and Germany between 2008 and 2012, I spent time with the UK SFO's investigators and prosecutors, as well as investigators and prosecutors in Germany to gain insights into the divergences and convergences present in their respective approaches to dealing with implicated corporations. A key conclusion of my 2014 monograph that presented this empirical work, was that, in line with the below mentioned challenges and obstacles, 'accommodation' had emerged as the default enforcement position. In essence, this is characterised by a regulatory landscape that accommodates a certain amount of transnational corporate bribery, either due to an inability to control effectively or due to decisions (e.g., for economic/ideological reasons) not to fully prosecute. In other words, this challenging landscape reflects a series of multifaceted pragmatic, practical, ideological, and normative factors, that in the case of corporate bribery, have resulted in a form of accommodation⁷ and the 'negotiation of non-contention',⁸ with such compromises leading to an enforcement landscape whereby corporations are 'too big to jail'.⁹ Since that time, an extension of this accommodation has been

⁷ LORD 2014.

⁸ LORD/KING 2018.

⁹ GARRETT 2014.

provided with the implementation of non-trial resolutions, and Deferred Prosecution Agreements (DPAs) as the preferred mechanism, alongside a shift towards the ‘defining down’ of bribery with the emergence of failure to prevent offences becoming the de facto criminal law offence attached to substantive bribery offending, rather than the substantive offences themselves (including the opportunity to defer prosecution for such strict liability offences)¹⁰. Thus, we have seen the continuation of accommodation in the UK context, particularly as the number of known bribery cases (not considering the large ‘dark figure’ of transnational corporate bribery) outweighs the enforcement capacities of the SFO (this is the same for most criminal law authorities) or their particular nature makes evidence gathering and investigation ill-advised, with many cases being closed without further action, and of those cases pursued, negotiation being the central mechanism for concluding cases via non-trial resolutions.

6. Transparency and DPAs has long been a concern. DPAs originated in the US, first used in cases of juvenile offending to divert young offenders away from conviction for minor offences, but since the 2000s used to deal with corporations implicated in major financial crimes, including foreign bribery, that represent serious forms of criminal offending. Discretionary diversion consisting of negotiation and persuasion within the criminal justice system is not a new phenomenon. For instance, in the US context, CRESSEY drew attention to the negotiation of justice as being both necessary (on pragmatic grounds) and problematic (non-transparent), making the case for such procedures to be regularised and formalised in an openly visible way to ensure legitimacy.¹¹ He also questioned if justice that is negotiated, whether this is done openly and transparently in public or not, is ‘[...] commensurate with fundamental democratic legal principles’.¹² Although negotiation with corporations in cases of corporate bribery pre-dates the introduction of DPAs in the UK, as we saw varied civil solutions to

¹⁰ Table 1 provides an overview of DPAs for transnational corporate bribery in the UK to date.

¹¹ CRESSEY 1968.

¹² *Ibid.*, 9.

corruption cases, DPAs as the default response raises questions, as originally raised by CRESSEY, of the problematic nature of non-transparent negotiation and the absence of regularised and formalised visibility in the procedural approach. In the following section, the concept of transparency will be scrutinised before considering transparency in the UK response.

Company /Authority	Date	Presiding Judge	Facts of the Offence(s)	Terms of the DPA
Standard Bank Plc SFO	30 November 2015	The Rt. Hon. Sir Brian Leveson	- s.7 of the Bribery Act 2010: Failure of a commercial organisation to prevent bribery, in this case, by an associated person, Stanbic Bank Tanzania Limited and two Stanbic employees, for the advantage of Standard Bank	- Compensation payment (US \$6 million plus interest in US \$1,046,196.58) - Profit disgorgement (US \$8.4 million) - Financial penalty (US \$16.8 million) - Past/future cooperation - Independent review of compliance system - Payment of SFO costs
Sarclad Limited SFO	11 July 2016	The Rt. Hon. Sir Brian Leveson	- s.1 of the Criminal Law Act 1977: Conspiracy to corrupt contrary to s.1 of the Prevention of Corruption Act 1906; Conspiracy to bribe contrary to s.1 of the Bribery Act 2010 – both in collaboration with third part	- Disgorgement of gross profits of £6,201,085 - Financial penalty of £352,000 (based on what is affordable) - Past/future cooperation - Review and maintenance of the organisation's

Nicholas Lord

			agents/intermediaries - s.7 of the Bribery Act 2010: Failure to prevent bribery by its employees or agents - 28 contracts implicated in the bribery schemes	existing compliance programme
Rolls Royce PLC, Rolls-Royce Energy Systems Inc. (RR) SFO	17 January 2017	The Rt. Hon. Sir Brian Leveson	- s.1 of the Criminal Law Act 1977: Conspiracy to corrupt contrary to s.1 of the Prevention of Corruption Act 1906 (six counts) - False Accounting contrary to s. 17(1)(a) of the Theft Act 1968 (one count) - s.7 of the Bribery Act 2010: Failure to prevent bribery by its employees, intermediaries, or agents (five counts)	- Disgorgement of £258,170,000 - Financial penalty of £239,082,645 - Past/future cooperation - Payment of SFO's costs in full (c£13m) - Implementation of recommendations relating to compliance programme
Güralp Systems Limited (GSL) SFO	22 October 2019	Mr Justice William Davis	s.1 of the Criminal Law Act 1977: Conspiracy to corrupt contrary to s.1 of the Prevention of Corruption Act 1906 (one count) - s.7 of the Bribery Act 2010: Failure to prevent bribery by its employees (one count)	- Past/future cooperation - Disgorgement of £2,069,861 - Review and maintenance of the organisation's existing compliance programme

Accommodating Transnational Corporate Bribery Revisited

<p>Airbus SE SFO</p>	<p>31 January 2020</p>	<p>The Rt. Hon. Dame Victoria Sharp</p>	<p>- s.7 of the Bribery Act 2010: Failure to prevent bribery by its employees (five counts)</p>	<p>- Past/future cooperation - Disgorgement of €585,939,740 - Financial penalty of €2398.034,571 - Payment of SFO's costs of €6,989,401 - Remediation and improvement of compliance programme</p>
<p>Airline Services Limited (ASL) SFO</p>	<p>30 October 2020</p>	<p>Mrs Justice May DBE</p>	<p>- s.7 of the Bribery Act 2010: Failure of a commercial organisation to prevent bribery, in this case, in relation to the use of an Agent to obtain preferential treatment in tender processes (three counts)</p>	<p>- Past/future cooperation - Disgorgement of £990,971.45 - Financial penalty of £1,238,714.31 - Contribution to SFO's costs of £750,000</p>
<p>Amec Foster Wheeler Energy Limited (AFWEL) SFO</p>	<p>1 July 2021</p>	<p>The Rt. Hon. LJ Edis</p>	<p>- s.1 of the Criminal Law Act 1977: Conspiracy to corrupt contrary to s.1 of the Prevention of Corruption Act 1906 (nine counts) - s.7 of the Bribery Act 2010: Failure to prevent bribery by its employees (one count)</p>	<p>- Past/future cooperation - Compensation payment of £210,610. - Disgorgement of £47,815,914.15 (to HM Government) and US\$3,531,260.40 to the US Securities and Exchange Commission - Financial penalties of</p>

				<p>£46,033,891.98 (to HM Government) and US\$4,593,750.00 (to the US Department of Justice). - Payment of SFO's costs of £3,367,088 - Review and maintenance of the organisation's existing compliance programme</p>
--	--	--	--	--

Table 1 Overview of DPA approved judgments for transnational corporate bribery

III. Transparency as an analytical construct: process and outcome

7. Transparency is a mysterious concept, and a complex and multi-dimensional analytical construct. In etymological terms, transparency, from the original conception in medieval Latin, had a literal sense, relating to the showing of light through an object or the coming into sight of an object, followed by its figurative meaning of 'easily seen through'. As a concept in its figurative sense, it is seen as something desirable in specific contexts (or undesirable in others) where things are free from an attempt at concealment (or not), or in those literal terms, referring to a social state, relation, or practice in which something can essentially be seen through. We often see things (social phenomena, entities, and relations) described as transparent or not, in binary terms, but the concept is better thought of in linear and multi-dimensional terms whereby different gradations of transparency in line with acceptable levels of visibility exist in relation to different practices and activities, and in which different variables contribute to assessments of what is labelled transparent or not. In these terms, being transparent or doing transparency is situational and context-specific, albeit we can look for commonalities across contexts about what may be viewed

as acceptable transparency. But what the threshold of acceptable transparency actually is remains unclear – how transparent does a thing or process need to be for it to be accepted as transparent?

8. Transparency is also a two-sided concept in that it inheres both a process of transparency and an outcome as transparent. Determinations of transparency are shaped by various and multi-faceted ‘inputs’, such as ideological preferences, expected conformity with societal or community values, norms and assumptions, anticipated material benefits, plus more. Whilst determinations of transparency produce various ‘outputs’, in that consensus or dissensus about transparency shapes how people behave or what they believe to be correct. What is held as acceptable transparency within any given anti-bribery social group, including the regulated business community, is embedded within and shaped by the enduring culture and social-political-economic-legal structures and institutions over time and space, and the corresponding shared expectations that emerge in these ‘glocal’ spaces (i.e., sites of interacting international and domestic norms and expectations).
9. Transparency is regularly advocated as a desirable ‘ideal’ when it comes to understand how enforcement and regulatory authorities go about their control behaviours, but whether processes that are more or less transparent lead to greater levels of enforcement legitimacy is an empirical question, that we currently do not have the answer for. For instance, what empirical evidence is there that increased transparency across similar and/or diverse jurisdictions improves regulatory relations or outcomes? Can non-transparent enforcement actions be equally ‘just’ as those with greater transparency? Normatively it is difficult to argue against greater transparency, even if we do not have the data to determine the effect of this on perceptions of enforcement. This issue perhaps creates a tension between moral entrepreneurs who foreground implied requirements, and expectations, of transparency and what ‘it’ can do, and empirical analysis about what the impacts of greater or lesser transparency actually does in practice.
10. With reference to the focus of these conference proceedings, it seems plausible to strive for high transparency and high confidentiality, but is this feasible when dealing with sensitive data

and with commercial organisations? Conversely, at the opposite end of the scale it might be argued that actual or perceived low transparency and low confidentiality imply delegitimation of the enforcement regime, as implicated actors may choose not to engage for concerns over the visibility of their personal or organisational circumstances. In these terms, understanding transparency ideally requires an empirical analysis of the normative embeddedness of the concept. However, as CRESSEY originally outlined, we can seek to assess whether those negotiations key to enforcement are sufficiently transparent or not and whether this is problematic in nature.¹³ This in part is assessed in terms of the presence or absence of regularised and formalised visibility in enforcement procedures, and we can start by looking at those authorities, such as the UK SFO, that has responsibility for the exercise of power through their regulatory positions.

IV. Transparency and the UK enforcement response: performativity in the shadows

11. With the above discussion in mind, this section considers particular social relations and processes relating to the SFO's enforcement response (from case selection through to case conclusion), that can be considered to have varying levels of transparency at different stages of the regulatory interactions with the regulated community. The section is organised around two themes (that emerged as significant in my earlier work, and remain so): The discretion and (de)prioritisation in case selection (A.) and negotiating non-contention (B.).
12. Examining transparency is a multi-dimensional endeavour requiring an appreciation of context-specificity, and a nuanced approach to the concept of transparency (i.e., linear construct with activities of varying transparency along a spectrum). The discussion below is not comprehensive or exhaustive, but indicative of key processes and relations within the UK enforcement regime where scrutiny of transparency is required. For instance, other themes could be examined also, such as the nature of formal and informal relations

¹³ CRESSEY 1968.

and dialogue between regulators and the regulated community that take place ‘off the record’ in variously formal environments, from conferences and events, to receptions and social gatherings. Or the movement of staff through the ‘revolving door’ from public service to private practice, and how this enables or inhibits enforcement action. Or the funding arrangements of the SFO could be analysed, in particular the provision of so-called ‘blockbuster’ funding authorised by the Attorney General when the SFO requires exceptional funding. But space does not permit a lengthier interrogation of these issues.

A. The discretion and (de)prioritisation in case selection

13. All regulatory and enforcement authorities have resource challenges, making policies of full enforcement impracticable – cases must be prioritised or otherwise selected, and high levels of discretion in England and Wales permit this. Unlike our European neighbours where principles of legality ‘require’ authorities to investigate and where appropriate prosecute all cases that come to their attention (although such obligations are circumventable), the principle of opportunity in England and Wales can be applied at various stages of the enforcement process, including decisions over which cases to investigate and prioritise, or deprioritise as the case may be. Domestic legal principles permit this and there are transparent policies overseeing the use of such discretion. However, how discretion is applied in these processes is not always clear or visible, a concern also identified by the OECD’s working group on bribery.
14. For instance, according to the OECD’s Phase 4 report on the UK published in 2017, the UK has in response to previous concerns, ‘[...] upgraded substantially the processes used to decide which cases are accepted for investigation’.¹⁴ In the UK there now exists a Case Evaluation Board (CEB) that considers received intelligence reports and advises the SFO Director on the suitability of cases for investigation in line with the Statement of Principle (that sets out

¹⁴ OECD 2017, 43; available at: <https://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/UK-Phase-4-Report-ENG.pdf>.

where the principles on which the SFO will in theory take on cases for investigation and prosecution), albeit the Director ultimately decides whether to accept or decline an investigation: ‘Where the Director declines to accept a case for investigation, a full narrative is made setting out the rationale for his decision’¹⁵ but the SFO claims that a recommendation from the CEB has never been rejected.

15. Relating to the discretion to take on cases or not, the OECD has also raised concerns about the possibility given to UK Government Ministers to be consulted about individual criminal cases, a process referred to as the ‘Shawcross Exercise’. This practice is not publicised or visible, lacking transparency, and enables the UK’s Attorney General or SFO Director to request information from Ministers that is relevant to the decision as to whether the public interest requires a prosecution, such as sensitive information or material. The concern here is that national economic interests or relations with other States might influence decisions not to prosecute, which is not permitted within the OECD Convention. Formally, national economic interests do not influence this, yet separating international commerce involving major UK companies from national economic interests is artificial, given they are inextricably interconnected. The OECD’s Working Group on Bribery recommended that the UK ‘[e]nsure that the use of Shawcross exercises in foreign bribery cases is publicised and transparent, as the circumstances permit [Convention, art. 5]’¹⁶ but the UK’s written follow-up report in 2019 did not provide evidence that the issue would be addressed.¹⁷ The UK responded as follows:

‘There is no single process by which the use of Shawcross exercises is made public. Shawcross exercises are only undertaken in a very few exceptional cases. Often these are cases involving highly sensitive issues of national security and international relations. HM Government would not comment on whether a Shawcross exercise had taken place

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*, 94.

¹⁷ OECD 2019, 8; available at: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/United-Kingdom-phase-4-follow-up-report-ENG.pdf>.

whilst an investigation or prosecution remained live. Once an investigation or prosecution had concluded it will always consider whether the use of a Shawcross exercise could be made public on a case-by-case basis. Disclosing that a Shawcross exercise had taken place would enable the public to discover that the case was, in all likelihood, particularly sensitive and/or involved national security issues. In some cases, where these issues are not obvious, it may be damaging to make this disclosure'.¹⁸

16. In a subsequent Addendum document to update the 2019 follow-up report, the UK refined its position further, stating that '[d]ue to the need for confidentiality and in order to respect the independent investigation and prosecution of foreign bribery cases, the circumstances will not permit the use of Shawcross exercises to be publicised and transparent in live and on-going cases' but going on to clarify that '[...] HM Government is committed to continued transparency and integrity will in each completed case which involves a Shawcross exercise, will consider if the circumstances permit publication of details'.¹⁹ This was again reiterated in an additional phase 4 report.²⁰
17. Thus, the process of case selection and prioritisation, whilst principle-based, is not transparent. Little information is made publicly visible regarding cases that come to the SFO's attention and are either dismissed, passed on to other authorities, or selected for investigation but subsequently closed. There is a formal transparency to the principles and processes that guide and structure the decision-making processes, but an absence of formalised transparency to the details of these decisions. Yet, art. 13 UNCAC, in relation to the participation of civil society, highlights the importance of '(a) [e]nhancing the transparency of and promoting the contribution of the public to decision-making

¹⁸ *Ibid*, 26.

¹⁹ OECD 2021, 21; available at: <https://www.oecd.org/daf/anti-bribery/United-Kingdom-Phase-4-Addendum-to-the-follow-up-report.pdf>.

²⁰ OECD, 2023; available at: [https://one.oecd.org/document/DAF/WGB\(2023\)38/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/WGB(2023)38/FINAL/en/pdf).

processes; [and] (b) [e]nsuring that the public has effective access to information'.²¹ There is scope here to provide insights into procedural decision-making which can in turn enhance the legitimacy of the case selection and (de)prioritisation processes.

B. Negotiating non-contention

18. Since my earlier work on the regulation of bribery as outlined above, there have been moves in the UK regulatory landscape to increase the visibility of enforcement outcomes, particularly in relation to DPAs. For instance, whereas civil settlements negotiated by the SFO during the period of my research there were accompanied by press releases posted on the SFO website with a small number of paragraphs with some high-level information, the announcement of DPAs are now accompanied by lengthy and detailed documentation covering the terms of the DPA, the approved preliminary and final judgments, and the Statement of Facts. This undoubtedly creates more visibility in terms of the transparency of the negotiated outcome (high transparency), but raises questions about the transparency of the process of negotiation (low transparency).
19. Whilst some confidentiality is necessary, there is little outward transparency when it comes to the negotiation of non-contention. One issue is that these DPA outcomes and judgments incorporate a discursive justification of the interests of justice.²² Textual justifications within the DPA judgments are dialogical (a product of judicial discussions with involved stakeholders), relational (connecting multiple discourses) and interactive (shaping, and being shaped by, communities of anti-bribery practice). Following on, such approved DPAs and the accompanying documentation, configure, or aim to configure, how relevant stakeholders understand what justice in cases of corporate bribery looks like and why (i.e., negotiated agreements, rather than contestation), and how relevant stakeholders should behave (i.e., incentivising self-reporting, improved compliance within regulated communities, etc.) to empower any such regulatory interactions. For instance, as

²¹ UNCAC 2004, 15; see n 4.

²² LORD 2022.

the approved judgments of DPAs indicate at the start, a preliminary, private hearing prior to official request takes place to determine whether the DPA is 'likely' to be in the interest of justice. Emphasis on likely through quotation marks to imply this determination is provisional and could change at the official hearing. But this has never been the case. It should be noted that if the declaration is declined, a further private application is permitted as per para. 7(2) and (3) of Sch. 17 of the 2013 Act. In other words, there are multiple opportunities to get the details of proposed DPAs right that have no visibility beyond what the presiding judge may choose to comment on in their published judgment or remarks. This raises questions about who is able to participate in these private negotiations.

20. So which actors are invited to participate in these private, non-transparent processes? To date, there have been five different presiding judges over DPA negotiations, three males and two females, all white (these demographics are not a critique, but are indicative of which judges have sufficient experience of fraud or corruption cases): The Rt. Hon. Sir Brian Leveson (three DPAs); Mr Justice William Davis; The Rt. Hon. Dame Victoria Sharp; Mrs Justice May DBE; and, The Rt. Hon. LJ Edis. All five judges are highly decorated in terms of high social status and professional prestige; they have all been awarded knighthoods and/or damehoods, having been appointed to high judicial office following extensive legal careers in England and Wales. Although judges have ultimate responsibility for the approval decisions when it comes to DPAs, the process is dialogical, as representatives of the SFO (applicant) and the corporation (respondent) engage with the judge at the abovementioned preliminary (and private) meetings, enabling provisional reasoning to be established.
21. Table 2 provides a breakdown of these representatives at these meetings for each DPA. Corporate representatives include eight males and five females, all white, whilst SFO representatives include 15 males and 8 females, three of whom were Asian British, the rest white (again, demographics may or may not be of significance). As with the judges, these are all highly respected, mostly senior (some supporting junior) legal representatives of high social status. The key point being that to date, DPA negotiations are largely a product

of relations between mostly white, mostly male, actors of high socio-economic background and status share between judges and legal representatives for the SFO and the companies. There is limited empirical evidence on the ways in which socio-economic-cultural factors shape negotiated justice in corporate crimes, but related questions have been raised about the role of status and differential enforcement,²³ shifts in public indignation relating to perceived social injustices in how elites are dealt with in the criminal justice system,²⁴ the varying influence of status on leniency,²⁵ the special sensitivity afforded to socially privileged offenders²⁶ or the empathy judges show to white-collar offenders of a similar social background,²⁷ though data sources are weak (i.e., reliance of criminal justice data) and definition of concepts vary.²⁸

²³ SUTHERLAND 1983.

²⁴ KATZ 1980.

²⁵ See SIMPSON 2013.

²⁶ BENSON/CULLEN 1998.

²⁷ WHEELER et al. 1988, 160-163.

²⁸ SIMPSON 2013.

Accommodating Transnational Corporate Bribery Revisited

Company	Respondent Representatives (M/F)	Applicant Representatives (M/F)	Ethnicity
<i>Standard Bank</i>	Nicholas Purnell QC ²⁹ (1/0)	Sir Edward Garnier QC, Crispin Aylett QC and Allison Clare (2/1)	Four white
<i>Sarclad</i>	Vivian Robinson QC (1/0)	Zoe Johnson QC and Paul Raudnitz (1/1)	Three white
<i>Rolls Royce</i>	David Perry QC Miranda Hill and Katherine Hardcastle (1/2)	Sir Edward Garnier QC, Richard Whittam QC, Allison Clare, Christopher Foulkes, Saul Herman and Jennifer Carter-Manning (4/2)	Nine white
<i>GSL</i>	Hugo Keith QC (1/0)	Simon Mayo QC, Trevor Archer and Greg Unwin (3/0)	Four white
<i>Airbus</i>	Hugo Keith QC and Ben FitzGerald (2/0)	James Lewis QC, Allison Clare, Katherine Buckle and Mohsin Zaidi (2/2)	One Asian British, five white
<i>ASL</i>	Alison Pople QC (0/1)	Crispin Aylett QC and Ms. Rachna Gokani (1/1)	One Asian British, two white
<i>AFWEL</i>	David Perry QC, Miranda Hill, William Hays, and Katharine Hardcastle (2/2)	Sasha Wass QC, Cameron Brown QC and Kabir Sondhi (2/1)	One Asian British, six white
Totals	Male – 8 / Female – 5	Male – 15 / Female – 8	Asian British – 3/ White – 33

Table 2: Breakdown of other key stakeholders in DPA negotiations

²⁹ Queen's Counsel (QC) at the time of the DPA negotiation.

23. There are no reasons to suggest the behind the scenes negotiations in the shadows between these varied representatives are inappropriate, but the lack of transparency about these private meetings, and the tendency towards convergence in demographics of those involved, raises valid questions about whether the more diverse involvement of other actors and stakeholders might influence DPA decision outcomes.
24. As art. 10 UNCAC states:
‘Taking into account the need to combat corruption, each State Party shall, in accordance with the fundamental principles of its domestic law, *take such measures as may be necessary to enhance transparency in its public administration, including with regard to its organization, functioning and decision- making processes, where appropriate.* Such measures may include, inter alia: (a) Adopting procedures or regulations allowing members of the general public to obtain, where appropriate, information on the organization, functioning and decision-making processes of its public administration and, with due regard for the protection of privacy and personal data, on decisions and legal acts that concern members of the public’.³⁰
25. Greater transparency in the negotiation process may not align with the fundamental principles of domestic law, but there is a wealth of expertise that could further enhance to the robustness of the outcomes of negotiation, providing enhanced legitimacy to the enforcement response.

C. Learning from ‘restorative justice’

26. As BRAITHWAITE notes, ‘[...] restorative justice, conceived as an intellectual tradition or as an approach to political practice, involves radical transformation. On this radical view restorative justice is not simply a way of reforming the criminal justice system, it is a way of transforming the entire legal system, our family lives, our conduct in the workplace, our practice of politics’.³¹ In brief, although it is an approach that has been variously applied and reflects varying

³⁰ UNCAC 2004, 13 (*emphasis added*); see n 4.

³¹ BRAITHWAITE 2003, 1.

underlying principles, when we think of restorative justice, we draw attention to the foregrounding of processes of reconciliation, remediation, rehabilitation and reintegration through structured engagement and mediation between offenders, victims, and other concerned or relevant stakeholders as part of more holistic objectives to address the harms done. A key feature is usually the active and direct participation of victims and/or all those stakeholders harmed through an injustice (including competitors) together with the ‘offenders’, to ensure victim voices are heard and ensure adjudication sufficiently deals with the offending behaviours and harms done. The involvement of these actors is central, and this group can be broadly defined. Yet, with DPAs, even if the harms are in some way considered (or compensation possibilities included), those victims and other relevant stakeholders are excluded from negotiations about the outcomes, when their involvement could further enhance the credibility of DPAs.

27. How might the DPA negotiation process align with or learn from restorative justice principles? DPAs do involve an account of wrongs (and harms) done (i.e., through statements of fact) but often omitted is an account of *why* those wrongs were carried out. Whilst DPAs do involve an admission of the accuracy of the facts of the activities that took place, the corporate offenders do not always necessarily or explicitly acknowledge or accept their fault, or offer apologies for their conduct, meaning forgiveness from victim countries, or industry peers and bodies, is unlikely to follow – these are central expectations with restorative justice. Restitution and compensation to victims in these cases can be complex, particularly when dealing with countries where there may be a lack of certainty over the use of such compensation. Companies often do not need reintegration as such into their communities, as their place within business is rarely affected, but there is scope for companies to establish renewed commitments to those geographical locations where their business is conducted.
28. Suggestions of whether the DPA negotiation process needs to be more transparent, visible, or diverse, relate to the pursuit of enhanced legitimacy with negotiated justice mechanisms. DPAs are only on offer if the case is strong, with corporations aiming to mitigate the consequences (if it was not strong, the DPA would not

be on offer). In these terms, DPAs are about the certainty of case conclusion, and not necessarily about social peace-making as with restorative justice more broadly. For this reason, early stage involvement of other actors into negotiations is unlikely to be beneficial, and doing so may disincentivise corporations to engage in negotiations if they perceive a risk to cases being concluded on amenable and agreed terms. There would also be other concerns with early stage involvement, such as the protection of sensitive documentation and risks of leaks or unauthorised disclosures. Similarly, should other involved actors demand more punitive terms of DPAs (or even prosecution), this might negate the rationale for corporations to negotiate in the first place – if the sanctions are too devastating, the attractiveness of the non-trial resolution is negated.

29. More practicable would be integrating diverse stakeholders (representatives of victims, civil society, industry peers, etc.) at a later stage of the proceedings where questions of reparation, compensation and denunciation have a strong public legitimacy dimension. Here, other actors can contribute to where ‘pay outs’ ought to be directed, and provide support mechanisms for this to occur, as well as ensuring wider audiences understand how ‘justice’ is being accomplished in these complex corporate cases. For instance, given the criticism of corporations being let off lightly through the avoidance of prosecution, how might ‘justice’ be communicated in relation to enhancing public legitimacy? But this presupposes others in society are, or should be, engaged with such issues. However, by bringing other stakeholders in at a later stage, concerns may arise about whether they are being brought in simply to ‘rubber stamp’ the deal and give it surface plausibility, rather than having tangible impacts on the terms.
30. A fundamental question is that of *locus standi*, that is, which actors or groups ought to have the right to appear or be involved with the DPA negotiation process beyond representatives of the prosecutor, of the corporation, and the presiding judge. Victims and harm bearers, including individuals, nation-states, civil society communities, competitor companies, industry bodies, and so on, would have a strong case. However, in terms of the practicalities, would all such parties require legal representation, and if so, who would pay for this? Perhaps ‘lawyer-lite’ proceedings would be more

implementable, particularly in relation to the need for apologies, community reintegration (e.g., companies being welcomed back into their industries) and to ensure any compensation is distributed appropriately.

31. Consequently, there are many challenges to learning from the principles of restorative justice for the mediation of negotiations between interested transnational corporate bribery stakeholders, one of which is '[w]hether informality, confidentiality, and flexibility in the sanctioning of wrongdoing compromises needs for public processes, public norm generation and enforcement, and transparency and equity'.³² It is these tensions that must be discussed for any shifts in the principles of negotiated justice mechanisms to occur, but by offering more diverse inclusion in negotiations, radical shifts towards more robust and 'just' outcomes may be achievable.

V. Discussion and conclusion

32. This paper has explored transparency in the context of UK enforcement of transnational corporate bribery and paid specific attention to issues relating to case selection and (de)prioritisation, and processes central to the negotiation of DPAs. Transparency is a mysterious concept and a tricky analytical construct to navigate. 'It' (however defined) constitutes a process and an outcome, but is best approached from a nuanced perspective that appreciates the multi-dimensionality of transparency and questions over how we determine what is adequately transparent. As CRESSEY originally noted, there is potential for negotiation as part of enforcement responses to be problematic in nature if non-transparent, whilst the absence of regularised and formalised visibility in the procedural approach requires scrutiny.³³ One promising solution may be to draw on the principles of restorative justice and look to integrate a more diverse array of concerned stakeholders, including victim representatives, civil society and other stakeholders to increase

³² MENKEL-MEADOW 2007, 180.

³³ CRESSEY 1968.

visibility of the negotiation process and enhance its credibility, legitimacy, and robustness.

33. In terms of the UK enforcement response and transparency, the two themes examined indicate that there is a superficial transparency in terms of the guiding principles of procedural behaviours, such as case selection or negotiation, but the real relations and interactions that constitute these processes remain hidden in the shadows. To this end, whilst transparency is being performed by the UK Government and responsible authorities, and the SFO in particular, giving the response a surface plausibility, greater visibility is needed for concerned communities. Making more transparent the core relations and interactions that underpin enforcement, where done appropriately, can in turn enhance the legitimacy of the enforcement response as decisions made by more diverse groups can lead to more concrete and robust processes and outcomes.

Bibliography

- BENSON MICHAEL L./CULLEN FRANCIS T., The Special Sensitivity of White-Collar Offenders to Prison: A Critique and Research Agenda, *Journal of Criminal Justice* 16/1988, 207 ff.
- BRAITHWAITE JOHN, Principles of Restorative Justice, in: von Hirsch/Roberts/Bottoms/Roach/Shiff (eds.), *Restorative Justice and Criminal Justice: Competing or Reconcilable Paradigms*, Oxford 2003, 1 ff.
- CLINARD MARSHALL B./YEAGER PETER C., *Corporate Crime*, New York 1980
- CRESSEY DONALD R., Negotiated Justice, *Criminologica* 5(4)/1968, 5 ff.
- CROALL HAZEL, Combating Financial Crime: Regulatory versus Crime Control Approaches, *Journal of Financial Crime* 11(1)/2003, 45 ff.
- GARRETT BRANDON, *Too Big to Jail: How Prosecutors Compromise with Corporations*, Harvard 2014
- JORDANOSKA ALEKSANDRA, Regulatory Enforcement Against Organizational Insiders: Interactions in the Pursuit of Individual Accountability, *Regulation & Governance* 15(2)/2019, 298 ff.
- KATZ JACK, Social Movement Against White-Collar Crime, in: Bittner/Messinger (eds.), *Criminology Review Yearbook*, Vol. 2, Thousand Oaks, CA 1980, 161 ff.
- LORD NICHOLAS/KING COLIN, Negotiating Non-Contention: Civil Recovery and Deferred Prosecution in Response to Transnational Corporate Bribery, in: Campbell/Lord (eds.), *Corruption in Commercial Enterprise: Law, Theory and Practice*, Abingdon 2017
- LORD NICHOLAS, 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)/2022, 848 ff.
- MENKEL-MEADOW CARRIE, Restorative Justice: What Is It and Does It Work?, *Annual Review of Law and Social Science* 3/2007, 161 ff.
- SIMPSON SALLY, White-Collar Crime: A Review of Recent Developments and Promising Directions for Future Research, *Annual Review of Sociology* 39/2013, 309 ff.

Nicholas Lord

SLAPPER GARY/TOMBS STEVE, *Corporate Crime*, London 1999

SUTHERLAND EDWIN H., *White-Collar Crime*, New York 1949

SUTHERLAND EDWIN H., *White-collar Crime: The Uncut Version*, New Haven, CT 1983

WELLS CELIA, *Containing Corporate Crime. Civil or Criminal Controls?*, in: Gobert/Pascal (eds.), *European Developments in Corporate Criminal Liability*, London 2011

WHEELER STANTON/MANN KENNETH/SARAT Austin, *Sitting in Judgment: The Sentencing of White-Collar Criminals*, London 1988

Abbreviations

AFWEL	Amec Foster Wheeler Energy Limited
art.	article(s)
ASL	Airline Services Limited
c	circa
DPA(s)	Deferred Prosecution Agreement(s)
ed./eds.	edition/editor(s)
e.g.	<i>exempli gratia</i> , for example
et al.	<i>et alii</i> , and others
etc.	<i>et cetera</i> , and so forth
ff.	and the following pages
GSL	Güralp Systems Limited
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i> , in the same place
i.e.	<i>id est</i> , that is
Inc.	Incorporated
n	footnote
LJ	Lord Justice
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
para.	paragraph(s)
PLC	Public Limited Company
QC	Queen's Counsel
RR	Rolls Royce
Rt. Hon.	The Right Honourable
s.	section
Sch.	Schedule
SE	<i>societates europaea</i> , european society or company

SFO	Serious Fraud Office
UK	United Kingdom
UN	United Nations
UNCAC	United Nations Convention Against Corruption
US	United States