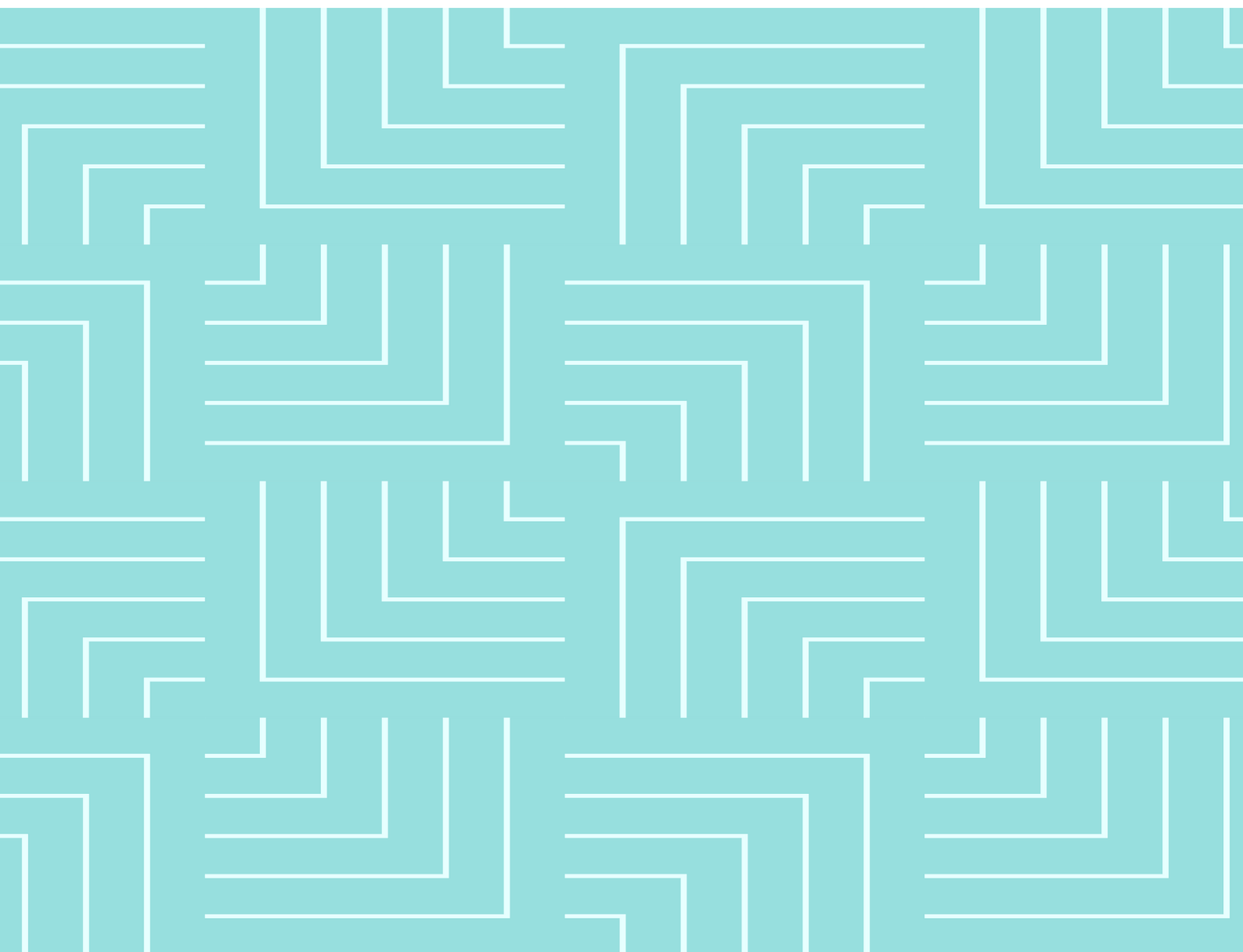


# La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès

Règlements et conventions hors procès dans les pays Parties à la Convention anticorruption de l'OCDE



# **LA RÉOLUTION DES AFFAIRES DE CORRUPTION TRANSNATIONALE AU MOYEN D'ACCORDS HORS PROCÈS**

Règlements et conventions hors procès dans les pays  
Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE

**Merci de citer cet ouvrage comme suit :**

OCDE (2020), *La résolution des affaires de corruption transnationale au moyen d'accord hors procès*,  
<https://www.oecd.org/fr/corruption/resolving-foreign-bribery-cases-with-non-trial-resolutions.htm>

Cet ouvrage est publié sous la responsabilité du Secrétaire général de l'OCDE. Les opinions et les interprétations exprimées ne reflètent pas nécessairement les vues officielles des pays membres de l'OCDE et de l'Union européenne. Ce document et toute carte qu'il peut comprendre sont sans préjudice du statut de tout territoire, de la souveraineté s'exerçant sur ce dernier, du tracé des frontières et limites internationales, et du nom de tout territoire, ville ou région.

## *Avant-propos*

La Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (la Convention anti-corruption de l'OCDE ou la Convention) dispose que « la responsabilité de la lutte contre la corruption dans le cadre de transactions commerciales internationales incombe à tous les pays. » En ratifiant la Convention anti-corruption de l'OCDE, les Parties à la Convention s'engagent à coopérer pour combattre la corruption transnationale. Vingt ans après l'entrée en vigueur de la Convention anti-corruption de l'OCDE, la mise en œuvre des législations anti-corruption demeure un défi et une priorité majeure de la lutte contre la corruption transnationale. Les accords hors procès sont devenus le principal mode de répression des infractions économiques graves, telles que l'infraction de corruption d'agents publics étrangers.

L'Étude sur la Résolution des Affaires de Corruption Transnationale au Moyen d'Accords Hors Procès (ci-après appelée « l'Étude ») analyse les mécanismes d'accords hors procès qui peuvent être utilisés pour résoudre des affaires de corruption transnationale en imposant des sanctions et/ou des mesures de confiscation. La notion d'accord hors procès désigne les mécanismes très divers utilisés pour résoudre les affaires pénales sans procédure judiciaire complète, au moyen d'un accord entre une personne physique ou morale et une autorité de poursuites ou une autre autorité. Dans certains cas, ces mécanismes peuvent être utilisés par les Parties à la Convention, pour mettre en œuvre leurs lois anti-corruption, dans le cadre de procédures administratives ou civiles, en particulier avec des personnes morales.

Cette Étude a été réalisée par le Groupe de travail de l'OCDE sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales (le « Groupe de travail sur la corruption » ou le « Groupe de travail ») afin de dresser un inventaire des différents types d'accords hors procès applicables dans les Parties à la Convention et d'analyser comment ces accords sont utilisés en pratique pour résoudre des affaires de corruption transnationale. Cette Étude examine les raisons expliquant le recours croissant aux mécanismes d'accords hors procès dans ce type d'affaires et les répercussions de ce choix. Elle analyse également de quelle manière et dans quelle mesure certaines règles et pratiques en matière d'accords hors procès peuvent permettre une répression plus ferme de l'infraction de corruption transnationale, tant au niveau national que dans le cadre de la résolution multi-juridictionnelle d'enquêtes relatives à des affaires de corruption transnationale. Les sanctions imposées et leur effet dissuasif sont également au centre de cette Étude, de même que la disponibilité de lignes directrices, les garanties procédurales et, lorsque c'est pertinent, le contrôle judiciaire ou autre qui peut être exercé sur ces mécanismes.

Cette Étude repose sur les informations recueillies dans les rapports d'évaluation du Groupe de travail sur la mise en œuvre de la Convention, ainsi que sur les données gouvernementales communiquées par les pays participants en réponse à un questionnaire détaillé visant à collecter des données sur leur(s) mécanisme(s) d'accords hors procès. L'étude s'appuie également sur une base de données de l'OCDE compilant les informations

sur les affaires de corruption transnationale finalisées. L'Étude a bénéficié de la contribution de représentants des milieux d'affaires, d'entreprises, d'organisations de la société civile, de juristes et d'universitaires.

La présente Étude offre aux professionnels, aux législateurs, aux décideurs, au secteur privé et à la société civile des statistiques relatives à l'utilisation des mécanismes d'accord hors procès dans le cadre des actions répressives menées depuis l'entrée en vigueur de la Convention, ainsi qu'une analyse des points communs et des différences entre les divers mécanismes d'accord hors procès traités dans cette Étude. Elle offre également des informations techniques sur les méthodes qui ont démontré leur efficacité dans le règlement d'affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès. À l'aide d'études de cas détaillées, elle fournit des exemples de la manière dont des affaires de corruption transnationale ont été, en pratique, réglées au moyen d'accords hors procès conclus avec des autorités de poursuites ou d'autres autorités. Enfin, l'Étude met en évidence les bonnes pratiques de nature à permettre une répression renforcée au moyen d'accords hors procès et de résolution d'affaires multi-juridictionnelles.

## Remerciements

Le présent rapport a été préparé par la Division de lutte contre la corruption de la Direction des affaires financières et des entreprises de l'OCDE et élaboré au sein du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. M<sup>me</sup> Sandrine Hannedouche-Leric, Analyste juridique principale, a piloté la coordination et la rédaction de cette étude dont certains chapitres ont été confiés à M<sup>me</sup> Elisabeth Danon et M. Brooks Hickman, Analystes anti-corruption. M. Nigel Hamilton, M<sup>me</sup> Lise Nee, Analystes anti-corruption, et M<sup>me</sup> Lucia Ondoli, Analyste juridique junior, ont également apporté leur contribution. M<sup>me</sup> Samantha Bloch a élaboré les bases de données utilisées pour cette étude. Les auteurs tiennent à faire part de leur gratitude à leurs Mentors de différents pays qui leur ont dispensé leurs avis et ont contribué à la rédaction de la présente étude : au Brésil (M<sup>me</sup> Tatiana Petry, Coordinatrice générale de l'Unité chargée des accords et de la coopération internationale, *Secretaria de Transparência e Prevenção da Corrupção* ; M. André Luiz de Almeida Mendonça, Conseiller spécial du Ministère de la Transparence et de la Cour des comptes de l'Union, *Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União* ; M<sup>me</sup> Sara Martins Gomes Lopes, Avocate de l'Union, Service des biens publics et de lutte contre la corruption, *Advocacia-Geral da União* ; et M. Paulo Roberto Galvão de Carvalho, procureur fédéral, *Ministério Público Federal*) ; en Israël (M. Yitzchak Blum, Directeur adjoint, Département des affaires internationales, Bureau du procureur de l'État, ministère de la Justice et M. Tamar Rosman, Procureur, Division des infractions économiques, Bureau du procureur de l'État, ministère de la Justice) ; en Italie (M. Stefano Manacorda, Professeur de droit pénal, *Università della Campania*) ; aux Pays Bas (M<sup>me</sup> Daniëlle Goudriaan, procureure chargée de la coordination nationale de la lutte contre la corruption, Bureau du procureur national pour les fraudes graves, les infractions environnementales et la confiscation d'actifs) ; au Royaume Uni (M<sup>me</sup> Emma Luxton, Chargée du suivi des affaires, *Serious Fraud Office*) ; aux États Unis (M. Andrew Gentin, Conseiller principal pour les actions en justice ; M. Samer Korkor, Substitut du Procureur, Section des fraudes, Division criminelle, ministère de la Justice ; M. Charles Cain, Chef d'unité, Unité FCPA, Division de l'application de la loi, *U.S. Securities and Exchange Commission* ; M<sup>me</sup> Erin McCartney, Conseillère principale spéciale, Bureau des affaires internationales, *U.S. Securities and Exchange Commission* ; et M. Paul Gumagay, Conseiller principal spécial, Bureau des affaires internationales, *U.S. Securities and Exchange Commission*).

L'élaboration de cette Étude a en outre bénéficié des contributions d'un certain nombre de partenaires régulièrement consultés par l'OCDE : le Comité consultatif économique et industriel auprès de l'OCDE (BIAC) ; Corruption Watch ; the Natural Resource Governance Institute ; Transparency International ; et Transparency International UK. Les auteurs souhaitent également exprimer leur gratitude aux responsables des autorités répressives des pays membres du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption. Enfin, ils tiennent à exprimer leur reconnaissance pour les contributions reçues dans le cadre de la consultation annuelle sur la lutte contre la corruption transnationale avec les parties prenantes extérieures, en décembre 2017, ainsi qu'à l'égard des participants à la session consacrée au règlement des affaires de corruption transnationale au moyen de mécanismes d'accords hors procès, qui s'est réuni lors du Forum mondial 2018 de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et sur l'intégrité ([www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf](http://www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf)).

## *Table des matières*

<b>Avant-propos .....</b>	<b>3</b>
Remerciements.....	4
<b>Introduction .....</b>	<b>12</b>
Définition et périmètre.....	12
Collecte des données et méthodologie .....	13
Principales conclusions.....	14
Les accords hors procès sont le mode prédominant de répression de l’infraction de corruption transnationale et des autres infractions connexes.....	14
Au cours des dix dernières années, la coordination des accords hors procès entre différents pays n’a cessé de s’amplifier.....	15
La possibilité de réduction de la sanction est l’un des principaux points communs à tous les accords hors procès, bien que les sanctions imposées dans la pratique soient très disparates.....	16
La confiscation de montants importants à des personnes morales a été prononcée dans le cadre d’un grand nombre d’accords conclus pour régler des affaires de corruption transnationale.....	17
Il est difficile, pour plusieurs raisons, de déterminer si des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » (article 3 de la Convention) ont été imposées aux personnes ayant conclu un accord hors procès dans une affaire de corruption transnationale.....	17
<b>Chapitre 1. Le recours croissant aux accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale .....</b>	<b>19</b>
1.1. Le terme « accord » désigne un nombre croissant d’instruments répressifs divers permettant de résoudre des affaires de corruption transnationale.....	19
1.2. Un pourcentage important d’affaires de corruption transnationale sont résolues par voie d’accords et non par voie de procès.....	22
1.2.1. Un recours accru aux accords hors procès dans les pays Parties à la Convention.....	22
1.2.2. Les accords hors procès ont amplifié l’action répressive.....	25
1.3. Évolution des modes de résolution des affaires de corruption transnationale .....	28
1.3.1. État des lieux des accords hors procès dans les pays Parties à la Convention .....	28
1.3.2. Historique.....	33
1.3.3. Évolutions récentes du recours aux accords hors procès.....	36
1.3.4. Évolutions récentes en matière d’adoption d’accords hors procès.....	40
1.4. Les mécanismes en vigueur ont permis la résolution coordonnée de vastes affaires multijuridictionnelle.....	44
<b>Chapitre 2. Tour d’horizon des différentes formes d’accords hors procès.....</b>	<b>51</b>
2.1. Forme n° 1 – Classement d’une enquête sans poursuites ou autre mesure répressive, avec imposition de sanctions et/ou confiscation (« Renonciation aux poursuites/accord de type AAP »).....	54
2.2. Forme n° 2 – Suspension, report ou retrait des poursuites ou autres mesures répressives, sous réserve de l’observation des conditions spécifiques (« accord de type ASP »).....	57
2.3. Forme n° 3 – Accord entraînant des sanctions sans condamnation pénale (« accord de type civil ou administratif »).....	62

2.4. Forme n° 4 – Accord avec condamnation ou l'équivalent d'une condamnation, mais sans reconnaissance ou déclaration de culpabilité (« accord de type <i>patteggiamento</i> ») .....	64
2.5. Forme n° 5 – Transaction pénale, ou accord équivalent, nécessitant la reconnaissance de culpabilité du défendeur et constituant condamnation (« accord de type transaction pénale »).....	67
2.6. Accords « mixtes » .....	70
2.7. Utilisation de plusieurs formes d'accord hors procès dans la répression des infractions de corruption transnationale .....	73
<b>Chapitre 3. Processus conduisant à la conclusion d'un accord .....</b>	<b>76</b>
3.1. Procédures et conditions de conclusion d'un accord .....	76
3.1.1. Quand est-il possible de conclure un accord ? .....	76
3.1.2. Quelles autorités peuvent conclure un accord ? .....	77
3.2. Critères et facteurs pris en compte par les ministères publics ou autres autorités compétentes dans le recours à un accord .....	78
3.2.1. Trois facteurs souvent cités : l'intérêt public, le temps et les ressources disponibles pour le ministère public, et la solidité des preuves .....	78
3.2.2. Critères et facteurs liés au comportement des auteurs d'une infraction présumés .....	79
3.2.3. Autres facteurs identifiés grâce aux évaluations réalisées par le Groupe de travail sur la corruption .....	88
3.2.4. Existe-t-il un droit à recourir à un accord pour les auteurs d'une infraction présumés ? .....	91
3.3. Incitations à la conclusion d'un accord pour les prévenus.....	94
3.3.1. Pas d'incitation sans dissuasion .....	95
3.3.2. Incitations liées au processus d'accord hors procès .....	97
3.3.3. Incitations liées aux résultats d'un accord hors procès .....	100
3.3.4. Sensibilisation aux incitations par le biais d'un cadre précis et de recommandations claires .....	108
<b>Chapitre 4. Conditions et obligations s'imposant aux deux parties.....</b>	<b>112</b>
4.1. Conditions essentielles prévues dans les accords .....	112
4.2. Sanctions prévues dans les accords.....	115
4.2.1. Quelle entité est habilitée à imposer des sanctions ?.....	116
4.2.2. Facteurs pris en compte aux fins de la réduction des sanctions dans les accords .....	117
4.2.3. Possibilités de réduction des sanctions dans le cadre des accords .....	121
4.2.4. Sanctions imposées en pratique dans le cadre d'accords .....	123
4.3. Confiscation .....	127
4.3.1. Possibilité d'imposer des mesures de confiscation dans le cadre des accords hors procès .....	127
4.3.2. Mesures de confiscation imposées en pratique .....	129
4.3.3. Modalités concrètes d'imposition des mesures de confiscation.....	130
4.3.4. Part des montants confisqués dans le total des sommes versées suite à un accord hors procès .....	133
4.3.5. Montants confisqués et produits de la corruption.....	134
4.4. Les sanctions imposées dans le cadre d'accords hors procès sont-elles efficaces, proportionnées et dissuasives ?.....	137
4.4.1. Possibilité de comparer les règlements qui résultent ou non d'un procès .....	137
4.4.2. Un accord hors procès permet à plusieurs pays ou territoires d'imposer des sanctions dissuasives et proportionnées .....	138
4.4.3. Efficacité et caractère dissuasif des sanctions en pratique .....	140
4.5. Autres conditions associées aux mécanismes d'accords.....	143
4.5.1. Exclusion des marchés publics.....	143
4.5.2. Mise en place et contrôle d'un programme d'éthique et de conformité.....	145



4.5.3. Prise en charge des frais d'enquête et de poursuite.....	147
4.5.4. Dédommagement des victimes.....	147
4.5.5. Clauses de secret ou de silence.....	152
4.6. Contrôles de conformité et autres formes de contrôle de l'application des conditions d'un accord.....	154
4.6.1. Désignation du contrôleur .....	154
4.6.2. Mandat et pouvoirs du contrôleur .....	157
4.6.3. Surveillance du contrôleur.....	160
<b>Chapitre 5. Contrôle et accès du public à l'information.....</b>	<b>165</b>
5.1. Degré de contrôle judiciaire ou autre mécanisme de surveillance pour chaque type d'accord. 165	
5.1.1. Accords conclus sans aucune intervention d'un tribunal, ou avec une intervention minimale.....	167
5.1.2. Accords conclus avec l'intervention d'un tribunal.....	169
5.1.3. Conséquences en cas de rejet de l'accord par le tribunal .....	172
5.1.4. Faire appel d'un accord hors procès ou le contester après sa conclusion.....	173
5.1.5. Contrôle du respect des conditions prévues par l'accord hors procès.....	174
5.1.6. Mesures de surveillance une fois le contrôle effectué.....	176
5.2. Transparence des accords conclus et possibilité de les consulter .....	177
5.2.1. Rendre les accords publics et accessibles.....	177
5.2.2. Quelles informations sont rendues publiques ?.....	180
<b>Chapitre 6. Accords et procédures connexes .....</b>	<b>185</b>
6.1. Incidence des accords hors procès sur les procédures internes connexes.....	185
6.1.1. Les preuves ou documents obtenus dans des affaires qui n'ont pas abouti à un accord peuvent-ils être utilisés dans le cadre d'une enquête ou d'un procès distinct ? .....	185
6.1.2. Les accords conclus peuvent-ils être utilisés à l'encontre d'autres personnes physiques ou morales ? .....	188
6.1.3. Le refus d'un (ou plusieurs) défendeurs(s) de conclure un accord a-t-il un impact sur les éventuelles procédures d'accord visant d'autres défendeurs ?.....	190
6.2. Incidence des accords hors procès sur les procédures connexes engagées dans d'autres pays 192	
6.2.1. Incidence des accords hors procès sur la possibilité d'accorder l'entraide judiciaire dans le cadre de procédures consécutives engagées dans d'autres pays à l'encontre de la même ou d'une autre personne morale et/ou physique.....	192
6.2.2. Incidence des accords dans les pays où le principe non bis in idem (ou double incrimination) peut être reconnu à l'échelle internationale .....	194
6.3. Accords dans le cadre d'affaires multijuridictionnelles n'ayant pas donné lieu à une coordination .....	198
<b>Annexe A. Liste des abréviations, termes et acronymes .....</b>	<b>202</b>

## Tableaux

Tableau 1. Délai dans lequel les prévenus ont recouru à des accords hors procès après l'entrée en vigueur de la Convention.....	36
Tableau 2. Les dix actions les plus importantes engagées contre la corruption d'agents publics étrangers dans les Parties à la Convention .....	139
Tableau 3. Ratio du total des sanctions pécuniaires par rapport aux variables des affaires de corruption dans trois échantillons d'accords .....	141

## Graphiques

Graphique 1. Nombre total d'accords applicables dans les pays couverts par l'Étude .....	21
Graphique 2. Pourcentage total des accords hors procès utilisés par les pays membres du Groupe de travail depuis l'entrée en vigueur de la Convention pour réprimer la corruption transnationale ..	23
Graphique 3. Combien de pays Parties à la Convention ont eu recours à des accords hors procès dans une affaire de corruption transnationale ? .....	23
Graphique 4. Nombre total d'accords conclus dans les pays membres (de 1999 à mi-2018) .....	26
Graphique 5. Recours des pays membres du Groupe de travail sur la corruption à des accords hors procès dans des affaires de corruption transnationale .....	26
Graphique 6. Nombre de pays Parties à la Convention anticorruption de l'OCDE dotés d'un mécanisme d'accords hors procès applicable à la corruption transnationale .....	29
Graphique 7. Nombre d'accords hors procès applicables aux personnes morales et aux personnes physiques .....	30
Graphique 8. Nombre d'accords hors procès résultant en une condamnation.....	31
Graphique 9. Nombre total de mécanismes d'accords hors procès adoptés après l'entrée en vigueur de la Convention.....	34
Graphique 10. Formes d'accord hors procès.....	52
Graphique 11. Nombre d'accords hors procès pouvant entraîner une condamnation ou une décision civile ou administrative définitive assortie de sanctions .....	53
Graphique 12. Nombre d'accords hors procès applicables en fonction de la nature de la procédure ....	53
Graphique 13. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 1 .....	54
Graphique 14. Nombre total d'accords hors procès applicables sous la forme n° 2.....	57
Graphique 15. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 3 .....	63
Graphique 16. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 4.....	65
Graphique 17. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 5 .....	67
Graphique 18. Nombre total d'accords mixtes.....	70
Graphique 19. Pourcentages d'actions répressives par type d'accord depuis l'entrée en vigueur de la Convention anti-corruption.....	74
Graphique 20. Quand est-il possible de conclure un accord ?.....	77
Graphique 21. Rôle des autorités dans la conclusion d'accords.....	78
Graphique 22. Facteurs pris en compte par les autorités dans leur décision de recourir à un accord ...	79
Graphique 23. Fréquence de prise en compte, dans les mécanismes d'accords, de facteurs liés au comportement des auteurs d'une infraction présumés .....	80
Graphique 24. Formes de coopération requises ou prises en compte pour les personnes morales (par type d'accord).....	84
Graphique 25. Formes de coopération requises ou prises en compte pour les personnes physiques (par type d'accord) .....	84
Graphique 26. Les pays encouragent-ils les signalements spontanés ?.....	88
Graphique 27. Éléments dissuasifs à la conclusion d'accords selon les pays (par accord).....	95
Graphique 28. Incitations à conclure des accords selon les prévenus dans les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE .....	98
Graphique 29. Base de calcul des sanctions pécuniaires minimales et maximales pouvant être infligées dans le cadre d'accords conclus avec une personne morale (par accord).....	105
Graphique 30. Base de calcul des sanctions pécuniaires minimales et maximales pouvant être infligées dans le cadre d'accords conclus avec une personne physique (par accord).....	105
Graphique 31. Conditions figurant dans les accords applicables aux personnes morales, par fréquence .....	114
Graphique 32. Conditions figurant dans les accords applicables aux personnes physiques, par fréquence .....	115

Graphique 33. Rôle joué par différentes autorités dans la détermination de la sanction.....	117
Graphique 34. Facteurs pouvant influencer sur la détermination de la sanction dans le cas des personnes morales .....	118
Graphique 35. Directive sur l'application aux entreprises de la Loi américaine sur la transnationale (FCPA), diffusée par le ministère américain de la Justice en novembre 2017 .....	119
Graphique 36. Facteurs pouvant influencer sur la détermination de la sanction dans le cas des personnes physiques .....	121
Graphique 37. Possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement dans le cadre d'un accord .....	122
Graphique 38. Vue d'ensemble des mécanismes de résolution en matière de corruption transnationale applicables aux personnes morales analysés par le Groupe de travail .....	125
Graphique 39. Vue d'ensemble des accords hors procès prévoyant des sanctions pour des personnes physiques analysés par le Groupe de travail.....	126
Graphique 40. Possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires et des mesures de confiscation dans le cadre des accords.....	129
Graphique 41. L'exclusion des marchés publics est elle un élément impératif ou discrétionnaire des accords applicables aux personnes morales ?.....	145
Graphique 42. Mesures de conformité prévues dans les accords .....	146
Graphique 43. Possibilité d'inclure une clause de secret ou de silence dans les accords.....	153
Graphique 44. Qui désigne le contrôleur de conformité ?.....	156
Graphique 45. À qui le contrôleur présente t il ses conclusions ?.....	161
Graphique 46. L'accord doit-il être approuvé par un tribunal ou une autre autorité ? (par type d'accord).....	166
Graphique 47. Quel est le rôle des tribunaux dans la conclusion des accords ?.....	166
Graphique 48. Si un tribunal intervient dans l'approbation d'un accord, quels éléments examine-t-il ? .....	170
Graphique 49. Un accord peut-il être contesté .....	173
Graphique 50. Si un accord peut être contesté, qui peut être à l'origine du recours ? .....	174
Graphique 51. Autorités chargées de veiller au respect des conditions prévues dans les accords .....	175
Graphique 52. Les autorités rendent-elles public au moins un type d'accord hors procès ?.....	178
Graphique 53. Les accords hors procès conclus font-ils l'objet d'un communiqué de presse ? .....	179
Graphique 54. Quelles sont les modalités de communication des accords conclus avec des personnes physiques ou morales ?.....	180
Graphique 55. Quelles informations figurant dans les accords conclus avec des personnes physiques ou morales sont rendues publiques ?.....	181
Graphique 56. Si les négociations n'aboutissent pas à un accord, les preuves et les documents obtenus peuvent-ils être utilisés dans le cadre d'une enquête ou d'un procès distinct ? .....	186
Graphique 57. Lorsque les informations recueillies dans le cadre d'une procédure d'accord n'ayant pas abouti peuvent être utilisées par la suite, à quelles fins peuvent-elles l'être ? .....	187
Graphique 58. La reconnaissance des faits par un défendeur peut-elle être utilisée contre d'autres défendeurs ?.....	189
Graphique 59. Le refus d'un défendeur peut-il avoir une incidence sur la conclusion d'un accord avec d'autres défendeurs ?.....	191
Graphique 60. La conclusion d'un accord hors procès pourrait-elle avoir une incidence sur la capacité d'accorder l'entraide judiciaire à un autre pays Partie à la Convention ? .....	192
Graphique 61. La conclusion d'un accord hors procès dans un autre pays entraîne-t-elle l'application du principe non bis in idem ? .....	196

### Encadrés

Encadré 1. Bonnes pratiques dans le cadre des accords multijuridictionnels coordonnés .....	47
---	----

Encadré 2. Accords coordonnés de large portée conclus dans le cadre de vastes affaires multijuridictionnelles.....	48
Encadré 3. Renonciation aux poursuites sous condition de restitution et accords d'abandon des poursuites aux États-Unis.....	55
Encadré 4. Renonciation aux poursuites/accord de type AAP dans les affaires civiles .....	56
Encadré 5. Accords de suspension des poursuites en matière pénale au Canada, en France et au Royaume-Uni .....	60
Encadré 6. Accords de suspension des poursuites (ASP) en matière civile aux États-Unis.....	62
Encadré 7. Règlement administratif entre les ministères publics et les personnes morales en Allemagne.....	64
Encadré 8. <i>Patteggiamento</i> en Italie.....	66
Encadré 9. Transactions pénales en Allemagne, en Suisse et aux États-Unis.....	69
Encadré 10. Accords mixtes au Brésil et en Allemagne.....	71
Encadré 11. Bonnes pratiques applicables aux recommandations sur les attentes que doivent avoir les entreprises souhaitant conclure un accord hors procès – Exemple de la Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises.....	111
Encadré 12. Bonnes pratiques d'évaluation des mesures de conformité et de prise en compte de ces mesures lors de la détermination de la sanction dans un accord hors procès .....	120
Encadré 13. Le rapport OCDE/StAR sur « l'identification et la quantification des profits de la corruption » .....	135
Encadré 14. Bonnes pratiques d'évaluation des produits de la corruption et de confiscation des montants correspondants .....	137
Encadré 15. Dédommagement des administrations publiques ou pays victimes dans le cadre des mécanismes de résolution des affaires de corruption transnationale au Royaume-Uni .....	150
Encadré 16. Dédommagement d'une entreprise d'État : l'exemple de Petrobras .....	151
Encadré 17. Bonnes pratiques de publication de lignes directrices sur les contrôles d'entreprises ....	163
Encadré 18. Contrôle judiciaire dans le cadre des CJIP en France .....	176
Encadré 19. Bonnes pratiques de publication d'informations sur les accords hors procès conclus ....	184
Encadré 20. Utilisation de preuves contre d'autres personnes physiques et morales dans l' <i>affaire Odebrecht</i> , au Brésil.....	189
Encadré 21. Exemples d'affaires multijuridictionnelles n'ayant pas donné lieu à une coordination..	199

## *Introduction*

### Définition et champ de l'étude

Les auteurs de la présente étude examinent les accords hors procès, communément connus sous l'appellation de « règlements », auxquels ont recouru nombre des 44 pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE pour faire respecter leur infraction de corruption transnationale. Ces pays sont également membres du Groupe de travail de l'OCDE sur la corruption et sont donc collectivement désignés sous l'appellation de « membres du Groupe de travail » ou de « pays membres du Groupe de travail ». L'Étude porte sur les accords hors procès qui désignent toute entente conclue entre une personne morale ou physique et une autorité répressive soit avant soit après une mise en examen pour corruption transnationale, sans que la justice ait à statuer sur le fond au sujet des allégations formulées, et assortie de sanctions et/ou de mesures de confiscation, que ces mécanismes permettent une condamnation (comme c'est le cas des transactions pénales) ou non (à l'instar des accords d'abandon des poursuites ou des accords de suspension des poursuites). Ces dispositifs peuvent également être utilisés lors de procédures administratives ou civiles pour faire respecter les législations sur la lutte contre la corruption transnationale dans les pays Parties à la Convention.

Les accords hors procès ont été le mode prédominant de règlement des infractions économiques, telle que la corruption d'agents publics étrangers. Les auteurs de cette Étude analysent comment ils ont été utilisés pour régler des affaires de corruption transnationale, autrement dit des affaires impliquant au moins une infraction de corruption transnationale ou une autre infraction commise dans des affaires en rapport avec la corruption transnationale, telle que définie par le Groupe de travail sur la corruption dans ses travaux d'évaluation des pays membres<sup>1</sup>. Au nombre des autres infractions qui sont donc prises en compte figurent, selon les cas, la corruption commerciale et l'abus de confiance. S'agissant des personnes morales, il peut aussi s'agir d'infractions administratives qui permettent de sanctionner une entreprise lorsqu'une personne physique s'est livrée, au nom de celle-ci, à des actes de corruption transnationale. Ne sont pas traitées ici les infractions subsidiaires que sont, par exemple, le blanchiment de capitaux, la fraude fiscale ou les malversations comptables.

Dans le premier chapitre, les auteurs dressent le bilan du recours à des accords hors procès dans des affaires de corruption transnationale par tous les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE. Dans la suite de l'Étude, ils poursuivent leur analyse plus en détail en s'intéressant aux pays Parties à la Convention qui (i) sont dotés d'un ou de plusieurs mécanismes d'accord hors procès, tels que définis plus haut, qui pouvaient être appliqués, au 30 juin 2018, soit aux personnes morales soit aux personnes physiques dans les affaires

---

<sup>1</sup> Voir, pour la définition, le rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, les paragraphes 27 et 28, et les paragraphes 89 et suivants pour voir comment le Groupe de travail a fait usage de ces différentes catégories.

de corruption transnationale, et qui (ii) ont complété un questionnaire permettant une collecte des données relatives à leur(s) mécanisme(s) respectif(s) (voir plus loin les informations détaillées sur la méthodologie utilisée), questionnaire sur lequel se fonde en grande partie la présente Étude<sup>2</sup>. Selon ces critères, l'étude couvre les **27 pays** suivants : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Espagne, l'Estonie, les États Unis, la Finlande, la France, la Hongrie, Israël, l'Italie, le Japon, la Lettonie, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas, la République tchèque, le Royaume Uni, la Slovaquie et la Suisse.

Chacun de ces 27 pays est doté d'au moins un mécanisme d'accord hors procès applicable dans les affaires de corruption transnationale<sup>3</sup>. Une large majorité d'entre eux (74 %) en ont plusieurs. À eux tous, ils totalisent 68 mécanismes et possèdent soit un dispositif applicable aux personnes morales (13 pays), soit un système applicable aux personnes physiques (16 pays), soit un mécanisme applicable aux deux (39 pays), soit encore, en tout, 52 ou 55 mécanismes respectivement applicables aux personnes morales ou aux personnes physiques.

### Collecte des données et méthodologie

Si les auteurs ont repris, pour les besoins de l'Étude, des informations figurant dans les évaluations sur la mise en œuvre de la Convention par les pays qui en sont membres, ils se sont principalement fondés sur les réponses que ces pays ont données au questionnaire conçu pour recueillir des informations sur les accords hors procès de chacun d'eux. Ces données ont été agrégées dans les tableaux décrits ci-dessous. Le questionnaire qui a servi à les collecter (comportant 58 questions, y compris des questions ouvertes relatives à un certain nombre de problèmes) a permis de compiler des informations sur les régimes de résolution hors procès pouvant être utilisés, et sur les modalités suivant lesquelles les pays s'en servent pour régler des affaires de corruption transnationale, en vue d'en comparer les caractéristiques pertinentes.

Une base de données a été spécifiquement conçue pour les besoins de l'Étude : elle se compose de tableaux permettant une comparaison entre les pays, qui ont été élaborés à partir des réponses adressées par les 27 pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE qui sont dotés d'au moins un mécanisme de résolution, tel que défini ici, applicable aux personnes morales ou physiques. Les réponses données par les pays au questionnaire de l'OCDE ont été agrégées dans lesdits tableaux. Ceux-ci ont servi à l'élaboration de graphiques servant à illustrer les conclusions étayées par l'Étude.

Les 39 tableaux contenus dans le questionnaire de recueil de données de l'OCDE contiennent des données relatives aux 27 pays ayant répondu au questionnaire et présentant

<sup>2</sup> Compte tenu de l'intérêt que présente pour l'Étude le régime d'accord de réparation canadien, ce mécanisme de résolution hors procès a été pris en compte en dépit du fait que le ministère public canadien n'a pu commencer à en faire usage qu'en septembre 2018.

<sup>3</sup> Au moins 31 pays Parties à la Convention sont réputés disposer d'au moins un mécanisme de résolution applicable aux personnes morales ou aux personnes physiques, mais tous n'ont pas répondu au questionnaire.

leur(s) mécanisme(s) de résolution applicable(s) aux personnes physiques ou morales<sup>4</sup>. Dans chaque tableau, la question ou les questions qui ont servi à générer les données sont répertoriées en tant que « source ». Pour la plupart des questions, une distinction est effectuée, dans les tableaux, entre les personnes physiques et les personnes morales. La plupart d'entre eux comportent une colonne assignée aux « commentaires », lesquels se limitent aux principales références et/ou à des explications succinctes.

L'Étude repose aussi sur la base de données de l'OCDE répertoriant les accords conclus dans des affaires de corruption, construite à partir d'informations rendues publiques communiquées pour les besoins de l'Étude par les différents pays. La dernière mise à jour de cette base de données a eu lieu le 30 juin 2018 (à savoir, ci-après, « la date de fin de l'Étude »).

## Principales conclusions

### ***Les accords hors procès sont le mode prédominant de répression de l'infraction de corruption transnationale et des autres infractions connexes.***

Pour les 44 Parties à la Convention, les accords hors procès sont devenus le principal moyen de mise en œuvre de leur législation sur la corruption transnationale. Selon la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues, 23 des 44 pays Parties à la Convention ont réussi à faire aboutir une action de répression de la corruption transnationale. De la date d'entrée en vigueur de la Convention, le 15 février 1999, à la date de fin de l'étude, 890 affaires de corruption transnationale ont été résolues, dont 695 au moyen d'un accord hors procès (78 %). Sur ces 890 affaires, 686 (77 %) ont pu aboutir à l'aide de l'un des mécanismes couverts ici dans la mesure où ils ont été utilisés pour imposer des peines d'emprisonnement, des sanctions pécuniaires ou des mesures de confiscation pour des faits de corruption transnationale ou d'autres infractions équivalentes. Neuf autres affaires ont été réglées dans le cadre d'accords hors procès ne relevant pas du périmètre de l'Étude (1 %). Pour ce qui est des 195 actions répressives restantes (22 %), une condamnation a été prononcée par la justice.

Quinze des 23 pays Parties à la Convention ayant mené une action répressive ont eu recours à un mécanisme d'accord hors procès, au moins une fois, pour faire aboutir une affaire de corruption transnationale mettant en cause soit une personne morale soit une personne physique soit les deux. Plus précisément,

- 7 pays ont uniquement eu recours à des accords hors procès (l'Australie, le Brésil, le Chili, l'Espagne, Israël, les Pays-Bas et la Suisse) ;
- 8 pays ont recouru à la fois à des procès et à des accords hors procès (l'Allemagne, le Canada, les États-Unis, la France, l'Italie, la Norvège, le Royaume-Uni et la Suède) ;
- dans 8 pays, les affaires ont été réglées uniquement par voie de procès (l'Autriche, la Belgique, la Bulgarie, la Corée, la Hongrie, le Japon, Luxembourg et la Pologne).

---

<sup>4</sup> Les tableaux thématiques sont regroupés dans un document séparé, intitulé *Resolving Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions: OECD Data Collection Questionnaire Results* (OCDE, 2019), [www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm](http://www.oecd.org/corruption/Resolving-Foreign-Bribery-Cases-with-Non-Trial-Resolutions.htm)

Les accords hors procès pourraient indirectement contribuer à une meilleure répression globale de l'infraction de corruption transnationale. Les 15 pays ayant résolu au moins une affaire de corruption transnationale au moyen d'un accord hors procès recourent généralement à ce type de procédure dans les affaires de cette nature. Au total, 13 de ces 15 pays ont fait aboutir plus de 50 % de leurs affaires de corruption transnationale à l'aide d'un tel dispositif. Les trois pays réprimant le plus l'infraction de corruption transnationale<sup>5</sup> ont eu recours à ce type de mécanisme pour résoudre 78 % de leurs affaires. Il s'agit de l'**Allemagne** (79 % de l'ensemble des affaires résolues), du **Royaume-Uni** (79 %) et des **États-Unis** (96 %). Ces trois pays représentent ensemble 80 % de la totalité des actions répressives conduites par des pays du Groupe de travail sur la corruption et près de 90 % de tous les accords hors procès conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention. Dans certains pays Parties, les accords hors procès ont été le moyen de faire aboutir pour la toute première fois une action répressive dans une affaire de corruption transnationale ou ont, à ce jour, été le seul moyen ayant permis de tenir des personnes morales pour responsables d'une infraction de corruption transnationale. Dans d'autres pays, ces procédures ont été un moyen de renforcer la répression de la corruption transnationale.

Dix-sept des 27 pays couverts par cette Étude ont résolu au moins une affaire de corruption transnationale (soit par voie de procès, soit par voie d'accord hors procès, soit en utilisant ces deux modes de répression). Les pays couverts par l'Étude ont fait aboutir un pourcentage légèrement plus élevé (81 %) de leurs affaires de corruption transnationale par voie d'accords hors procès que l'ensemble des pays du Groupe de travail sur la corruption. Quels que soient les pays examinés ici, ces chiffres montrent que ces mécanismes sont de loin le mode préféré de règlement des affaires de corruption transnationale.

***Au cours des dix dernières années, la coordination des accords hors procès entre différents pays n'a cessé de s'amplifier.***

L'accord hors procès conclu en 2008 par **Siemens AG** avec les autorités américaines et allemandes a été suivi d'un certain nombre d'accords multijuridictionnels coordonnés, auxquels ont parfois pris part jusqu'à trois pays Parties à la Convention, comme le montrent certaines affaires analysées dans l'annexe B. Cette tendance devrait se poursuivre, dès lors que les pays continuent de coopérer entre eux aux différents stades des enquêtes, renforcent leur législation anti-corruption respective et font des poursuites visant des actes de corruption transnationale l'une de leurs priorités.

L'un des avantages reconnus des accords hors procès par rapport aux procès tient au fait que les affaires impliquant plusieurs pays peuvent être résolues par plusieurs autorités en même temps, ce qui procure tant aux autorités de poursuites qu'aux entreprises mises en cause une certaine certitude juridique quant à l'issue de l'affaire et en particulier sur le montant de la sanction pécuniaire totale. Une coordination aussi étroite n'aurait pas été possible dans des affaires réglées par voie de procès. La résolution coordonnée de l'**affaire Odebrecht** (en décembre 2016), celle de l'**affaire Rolls-Royce** (en janvier 2017) et de l'**affaire Vimpelcom** (en février 2016) peuvent être citées à titre d'exemple.

<sup>5</sup> Sont compilées, dans la base de données utilisée pour les besoins de cette Étude, les actions répressives dans le cadre desquelles des sanctions ont été imposées sur la base d'au moins un chef de corruption transnationale ou de l'une au moins des autres infractions permettant d'engager des poursuites dans les affaires tenant de la corruption transnationale. Pour une description de la manière ces catégories ont été utilisées, voir le rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, paragraphes 89 et suivants.



***La possibilité de réduction de la sanction est l'un des principaux points communs à tous les accords hors procès, bien que les sanctions imposées dans la pratique soient très disparates.***

L'éventualité d'une réduction de la sanction qui leur sera imposée est à l'évidence la principale raison incitant les prévenus à décider de recourir à un accord hors procès. Certains de ces dispositifs ne permettent pas d'imposer des peines à caractère punitif mais autorisent des mesures de confiscation. Les niveaux des sanctions infligées dans la pratique par le biais des accords hors procès sont très disparates. Ces différences sont en grande partie dues à la grande variété des sanctions que les pays Parties à la Convention peuvent infliger aux personnes morales et physiques qui se sont livrées à la corruption transnationale avant une éventuelle réduction de peine dans le cadre d'un accord hors procès. Parmi les mécanismes de résolution permettant d'imposer des peines, les modalités d'allègement de celles-ci sont également très variables. Dans certains pays, une peine maximale est prévue. Dans d'autres, la législation ou des lignes directrices prévoient une réduction correspondant à un pourcentage de la peine qui aurait été appliquée après un procès si l'affaire avait abouti par ce moyen.

À titre d'exemple de l'éventail des sanctions qui peuvent être imposées par voie d'accord hors procès, la sanction pécuniaire la plus élevée infligée dans les pays Parties à la Convention dans une affaire de corruption transnationale (à la date de fin de l'Étude) a été infligée en décembre 2016 dans le cadre des accords coordonnés conclus dans l'affaire ***Odebrecht et Braskem*** aux termes desquels les entreprises mises en cause ont accepté de payer une somme totale d'au moins 3.23 milliards USD au **Brésil**, aux **États-Unis** et à la **Suisse**. La sanction pécuniaire la plus faible infligée à une entreprise dans une affaire de corruption transnationale a été l'amende de 1 CHF imposée en mars 2017 dans l'***affaire des billets de banque***, qui a été réglée au moyen de la *procédure simplifiée* applicable en Suisse.

À elles toutes, les personnes morales sanctionnées ont versé au total 14.9 milliards USD environ (après conversion au taux de change de 2018 en dollars constants)<sup>6</sup>. Ce montant couvre à la fois les sanctions pécuniaires, la valeur des profits confisqués et, le cas échéant, les dommages et intérêts ou les frais liés aux poursuites. Environ 95 % de cette somme est à mettre au crédit des accords hors procès, les accords de suspension des poursuites ou autres procédures analogues (correspondant à la forme 2, décrite plus loin dans le chapitre 2) et les accords civils/administratifs (forme 3) représentant respectivement 37 % et 29 % du total. Les amendes ou autres sanctions pécuniaires imposées à des personnes morales ont représenté quelque 8 milliards USD de ce montant et plus de 99 % des amendes

<sup>6</sup> Étant donné que la base de données de l'OCDE compilant les affaires de corruption transnationale inclut les accords conclus de 1999 à 2018, les montants mentionnés ici ont été convertis – sauf mention contraire – au taux de change de 2018 en USD constants afin de permettre des comparaisons statistiques significatives entre les diverses formes d'accords. Selon le Bureau du recensement américain, « la valeur en dollar constant (aussi appelée valeur en dollar réel) est une valeur exprimée en dollar, corrigée des parités de pouvoir d'achat. Les valeurs en dollar constant sont un moyen d'éliminer les effets des variations de prix des séries statistiques exprimées en dollar. Il en résulte une série identique à celle qui serait obtenue, en toute hypothèse, si les prix étaient, tout au long de la période considérée, les mêmes que ceux de l'année de base, autrement dit à pouvoir d'achat constant en dollar. » Bureau du recensement américain, « *Current versus Constant (or Real) Dollars* » (30 août 2018), [www.census.gov/topics/income-poverty/income/guidance/current-vs-constant-dollars.html](http://www.census.gov/topics/income-poverty/income/guidance/current-vs-constant-dollars.html).

infligées ont résulté d'accords hors procès. Sur ce total, 52 % ont été collectés par le biais d'accords de type *ASP* (forme 2), les formes « mixtes » d'accord comme les *accords de clémence* applicables au Brésil représentant, quant à elles, un quart tout juste des amendes imposées (25 %) et les accords assimilables à des transactions pénales (forme 5) environ 17 %.

La base de données des affaires de corruption résolues recense 591 accords dans le cadre desquels une personne physique a été sanctionnée pour des actes de corruption transnationale dans 21 pays<sup>7</sup>. Même s'il n'est pas possible, en raison des degrés de transparence divers prévalant dans les différents pays Parties à la Convention, de mener une analyse exhaustive des sanctions imposées à des personnes physiques, on notera qu'au moins 423 personnes physiques (72 %) ont été sanctionnées par voie d'accord hors procès<sup>8</sup>.

***La confiscation de montants importants à des personnes morales a été prononcée dans le cadre d'un grand nombre d'accords conclus pour régler des affaires de corruption transnationale.***

Dans la mesure où il n'est pas toujours fait de distinction entre les sommes confisquées et le montant de l'amende, il est difficile d'établir des données exhaustives concernant le pourcentage des amendes et celui des sommes confisquées dans les différents pays et dans le cadre des différents mécanismes d'accord. Selon la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues et ayant donné lieu à des sanctions, au moins 10 pays Parties ont conclu 128 accords en vertu desquels une mesure de confiscation a été notoirement imposée. Sur la base des accords dans le cadre desquels les montants confisqués sont connus, les pays Parties ayant mené une action répressive ont collectivement confisqué au moins 6.8 milliards EUR à des personnes morales, dont 6.1 milliards EUR, soit près de 90 % du total, par voie d'accords hors procès. Les accords hors procès ayant engagé la responsabilité civile ou non pénale de personnes morales ont représenté près de 60 % de ces 6.1 milliards EUR, et les accords de type *ASP* (forme 2) près de 18.7 %.

***Il est difficile, pour plusieurs raisons, de déterminer si des sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » (article 3 de la Convention) ont été imposées aux personnes ayant conclu un accord hors procès dans une affaire de corruption transnationale.***

Si certains accords hors procès peuvent permettre à des entreprises de se soustraire aux conséquences les plus graves d'une condamnation pour corruption transnationale (telle qu'une exclusion des marchés publics ; voir plus loin l'analyse exposée au chapitre 4.6.1) généralement en contrepartie de leur coopération et sous réserve d'un certain nombre de conditions, ces mécanismes ont pu aussi déboucher sur les sanctions pénales les plus

<sup>7</sup> À des fins de répression, les cinq pays ayant sanctionné le plus grand nombre de personnes physiques pour des actes de corruption transnationale par voie de procès ou d'accords hors procès sont l'**Allemagne** (317 personnes), les **États-Unis** (131 personnes), la **Hongrie** (26 personnes), la **Corée** (22 personnes) et le **Royaume-Uni** (16 personnes).

<sup>8</sup> 418 des 423 accords sanctionnant des personnes physiques correspondent à l'application de mécanismes couverts ici, alors que 5 accords découlent de mécanismes qui ont été exclus soit parce qu'ils ne remplissaient pas les critères retenus, soit parce que les pays membres du Groupe de travail concernés n'ont pas répondu au questionnaire.

lourdes jamais infligées. En fait, en raison du nombre et de l'ampleur des affaires réglées au moyen d'un accord hors procès, en particulier celles mettant en cause des personnes morales, il peut être difficile d'effectuer des comparaisons entre ces affaires et celles réglées par voie de procès.

La plus lourde sanction pécuniaire totale imposée à une personne morale à l'issue d'un procès dans une affaire de corruption transnationale s'est élevée à quelque 29 millions USD constants au taux de 2018 en 2015 dans l'*affaire Saipem en Italie*, qui était liée à l'*affaire TSKJ Nigeria*, correspondant à une amende de 681 209 USD et à 28.3 millions USD de profits confisqués<sup>9</sup>. La plus lourde amende infligée à une personne morale après un procès a été imposée en 2016 dans l'*affaire Smith et Ouzman au Royaume-Uni*. Elle s'est élevée à 1.3 million GBP (1.43 million EUR) auquel s'est ajoutée une mesure de confiscation, soit au total une sanction pécuniaire de 2.2 millions GBP (2.42 millions EUR)<sup>10</sup>.

Il n'est que sporadiquement possible de dire si une sanction imposée au moyen d'un accord hors procès donné aurait été nettement plus lourde si elle avait été infligée par la justice. Dans certains pays, la réduction de peine qui peut être appliquée en cas d'accord hors procès est calculée à partir de la sanction qui aurait été infligée si les tribunaux avaient tranché. Au **Royaume-Uni**, toute décision d'un tribunal approuvant un *ASP* doit exposer en détail le mode de calcul de la réduction de l'amende appliquée. Dans l'*affaire de la Standard Bank*, la sanction applicable a été réduite d'un tiers pour tenir compte de l'accord conclu. Le tribunal a donc calculé que la sanction applicable après le procès aurait été de 25.2 millions USD, montant qu'il a ramené à 16.8 millions USD, pour tenir compte de l'*ASP* conclu<sup>11</sup>. On notera toutefois qu'un procès aurait pu mettre au jour certains éléments factuels qui auraient pu avoir une incidence sur le niveau de la sanction infligée. Il est donc impossible de déterminer avec certitude le montant qui aurait été effectivement imposé par la justice.

Il est indéniable, en revanche, que les grands accords multijuridictionnels ont permis à ce jour d'infliger les plus lourdes sanctions financières cumulées jamais imposées. L'Étude montre en effet que huit des dix plus importantes actions de répression de la corruption transnationale ont pris la forme d'accords hors procès coordonnés ou successifs auxquels ont pris part au moins deux pays Parties à la Convention. En outre, comme mentionné plus haut, les accords multijuridictionnels conclus dans l'*affaire Odebrecht* ont abouti à la plus lourde sanction financière totale infligée à ce jour à une entreprise.

---

<sup>9</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues. Voir aussi l'article de presse : « *Italy court upholds Saipem fine and seizure order in Nigeria case* », Reuters, 19 février 2015, [www.reuters.com/article/saipem-nigeria-probe-idUSL5N0VT47M20150219](http://www.reuters.com/article/saipem-nigeria-probe-idUSL5N0VT47M20150219)

<sup>10</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues. Voir aussi : SFO, Case Information, Smith and Ouzman Ltd, [www.sfo.gov.uk/cases/smith-ouzman-ltd/](http://www.sfo.gov.uk/cases/smith-ouzman-ltd/)

<sup>11</sup> Voir paragraphes 43 à 58 du jugement préliminaire.

## Chapitre 1. Le recours croissant aux accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale

### 1.1. Le terme « accord » désigne un nombre croissant d'instruments répressifs divers permettant de résoudre des affaires de corruption transnationale

Les accords hors procès, communément connus sous l'appellation de « règlements », désignent une grande variété de mécanismes conçus et utilisés pour résoudre des affaires pénales, notamment des affaires de corruption transnationale, sans initier une procédure judiciaire complète, au moyen d'un accord entre une personne physique ou morale et une autorité de poursuites ou une autre autorité. Le cas échéant, les accords hors procès peuvent aussi être applicables et utilisés dans le cadre de procédures administratives ou civiles. Cette étude concerne les accords hors procès applicables dans les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE pour faire respecter les législations sur la lutte contre la corruption transnationale. Elle contient en outre une analyse des accords hors procès utilisés dans des affaires tenant de la corruption transnationale mais dans lesquelles des délits autres que l'infraction de corruption transnationale proprement dite ont été sanctionnés, comme l'illustrent les affaires évoquées tout au long de l'étude<sup>12</sup>. Comme le montre le graphique 1, la grande majorité des accords applicables à la corruption transnationale dans les pays Parties à la Convention sont peut-être utilisés dans le cadre de procédures pénales : 39 accords sont applicables aux personnes morales (75 % des procédures) et 50 accords le sont aux personnes physiques (91 % des procédures)<sup>13</sup>.

Pour les besoins de l'Étude, les accords hors procès (ci-après dénommés « accords ») couverts ici incluent les instruments qui peuvent être utilisés pour résoudre des affaires de corruption transnationale ou d'autres infractions dans le champ de la corruption transnationale (ci-après appelées « autres infractions connexes ») au moyen de sanctions et/ou de mesures de confiscation sans que la justice ait à statuer sur le fond. Ces accords permettent toutefois d'imposer d'autres sanctions et conditions, comme l'obligation de concevoir et de mettre en œuvre un programme de conformité efficace.

Si les accords ne prennent pas la forme d'une procédure judiciaire complète, les tribunaux peuvent tout de même prendre part au processus à divers degrés. Au **Royaume-Uni**, par exemple, le Serious Fraud Office (SFO) doit faire une première demande au tribunal au

---

<sup>12</sup> La base de données employée pour étayer les données utilisées et fournir, à certains endroits, des exemples pour les besoins de cette Étude compile les actions répressives dans le cadre desquelles des sanctions et/ou des mesures de confiscation ont été imposées sous au moins un chef de corruption transnationale ou pour l'une des autres infractions connexes permettant d'engager des poursuites dans des affaires tenant de la corruption transnationale. Pour une description de la manière dont ces catégories ont été utilisées, voir le Rapport de Phase 4 de l'Allemagne, paragraphes 89 et suivants.

<sup>13</sup> Voir les tableaux 3 et 4 à propos des réponses à la question 7a.

terme des négociations menées avant de conclure un *accord de suspension des poursuites* (ASP). Cette demande préliminaire est généralement suivie, peu après, d'une demande définitive. Un juge doit déclarer qu'il est dans l'intérêt de la justice de résoudre l'affaire au moyen d'un ASP et que les conditions prévues par cet accord sont équitables, raisonnables et proportionnées<sup>14</sup>. À l'opposée, en **Norvège**, la validation des tribunaux n'est requise ni pour prononcer ni pour accepter une *ordonnance de sanction optionnelle*, même si l'accord dispose de l'autorité de la chose jugée. Entre ces deux extrêmes, plusieurs mécanismes prévoient des formes distinctes de contrôle juridictionnel pour l'accord proposé, principalement en vue de garantir le respect des règles de fond ou de procédure. Le processus de contrôle juridictionnel des accords est examiné plus en détail dans le chapitre 5.1.

Les accords hors procès couverts par cette Étude peuvent avoir des issues très diverses. Plus précisément, seuls certains accords conclus donnent lieu à une condamnation. Ainsi, la procédure de *patteggiamento italienne*, qui est analogue à une transaction pénale, permet de parvenir à un règlement immédiat pour les chefs d'accusation retenus conduisant à la sanction de l'auteur présumé de l'infraction (mais sans reconnaissance de culpabilité). En revanche, aux **États-Unis** en vertu d'un ASP applicable dans les affaires pénales et au **Chili** en vertu d'une *suspension conditionnelle des poursuites*, les poursuites sont différées puis finalement abandonnées si l'auteur présumé de l'infraction respecte les conditions prévues dans l'accord. L'effet juridique des accords hors procès est examiné plus en détail dans les chapitres 2 et 4. De même, si plusieurs accords comportent à la fois un volet punitif et un volet confiscatoire, certains se limitent à ce dernier. C'est le cas de la *renonciation aux poursuites sous condition de restitution* aux **États-Unis** applicable en vertu de la politique du ministère de la Justice aux fins de l'application aux entreprises<sup>15</sup> de la Loi américaine de 1977 sur la corruption d'agents publics étrangers (*Foreign Corrupt Practices Act* ou FCPA)<sup>16</sup>.

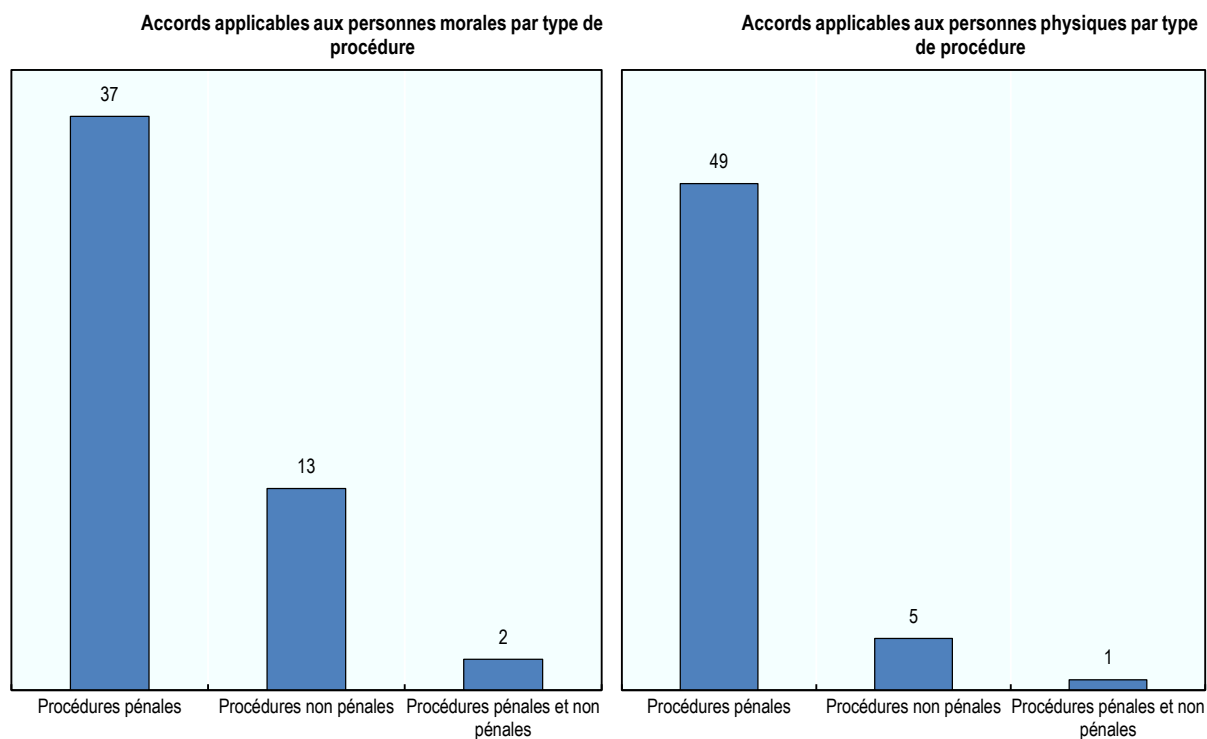
---

<sup>14</sup> UK Crime and Courts Act 2013 Schedule 17c, paragraphes 7(1) et 8(1)(a) et (b).

<sup>15</sup> Corporate Enforcement Policy (USAM 9-47.120), [www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy](http://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy).

<sup>16</sup> The Foreign Corrupt Practices Act of 1977 (15 U.S.C. §§ 78dd-1, et suivants).

**Graphique 1. Nombre total d'accords applicables dans les pays couverts par l'Étude**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 3 et 4.

Les accords hors procès couvrent donc une grande variété de dispositifs répressifs. De l'*accord de coopération effective* de l'**Argentine** à la *convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)* de la **France** et à l'*accord de clémence* du **Brésil**, la diversité des appellations données à ces procédures témoignent de la variété des mécanismes conçus par les pays Parties à la Convention<sup>17</sup>. Ils peuvent être inscrits dans la loi comme c'est le cas de la *suspension conditionnelle des poursuites* au **Chili** prévue par le Code de procédure pénale<sup>18</sup>, ou dans des Lignes directrices, comme aux **États-Unis** où l'application des *ASP* à des personnes morales a évolué avec les lignes directrices respectivement élaborées par le ministère de la Justice et la Securities and Exchange Commission (SEC) pour les actions répressives pénales et non pénales<sup>19</sup>.

La diversité des formes des accords hors procès et des conditions qui s'y rattachent peut en partie s'expliquer par le fait que chaque mécanisme s'inscrit dans la tradition juridique du pays où il est appliqué. Même si ces instruments répondent à des préoccupations pratiques

<sup>17</sup> Argentine : Loi sur la responsabilité des entreprises – 27401 Article 9 ; France : article 41-1-2. du Code de procédure pénale ; Brésil : article 16 I de la Loi sur la responsabilité des entreprises.

<sup>18</sup> Article 249 du Code de procédure pénale chilien.

<sup>19</sup> Voir Jennifer Arlen, « Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, [www.eifr.eu/uploads/eventdocs/596f2377ec5fa.pdf](http://www.eifr.eu/uploads/eventdocs/596f2377ec5fa.pdf).

similaires, ils obéissent à des principes fondamentaux du cadre juridique propre à chaque pays. En **Norvège**, par exemple, un procureur ne peut pas recourir à une *ordonnance de sanction optionnelle* lorsqu'une peine d'emprisonnement est requise pour l'infraction. Les actes de corruption aggravée étant passibles d'une telle peine pour les personnes physiques, ce mécanisme est principalement utilisé pour sanctionner les personnes morales dans les affaires de corruption transnationale<sup>20</sup>.

## 1.2. Un pourcentage important d'affaires de corruption transnationale sont résolues par voie d'accords et non par voie de procès

### 1.2.1. Un recours accru aux accords hors procès dans les pays Parties à la Convention

Les accords hors procès sont devenus le moyen prédominant de règlement des infractions économiques, telles que la corruption d'agents publics et d'autres infractions connexes. Selon la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues, les 44 pays Parties à la Convention ont conclu avec succès 890 affaires de corruption transnationale depuis l'entrée en vigueur de la Convention, le 15 février 1999. Sur ce total, 695 de ces affaires ont été réglées au moyen d'accords hors procès. Comme le montre le graphique 2, cela représente 78 % des accords conclus imposant des sanctions ou des mesures de confiscation pour des faits de corruption transnationale<sup>21</sup>.

Comme le montre le graphique 3, plus de la moitié des pays Parties à la Convention (23 sur 44) a conclu avec succès une action de répression de la corruption transnationale. Parmi eux, quinze ont conclu un accord hors procès, au moins une fois, dans une affaire de corruption transnationale soit avec une personne morale soit avec une personne physique (3 pays dans chaque cas), soit avec les deux (9 pays). Dans 8 pays, les autorités n'ont mis en œuvre leur législation sur la corruption transnationale que par voie de procès, même si dans certains pays, des accords sont désormais applicables dans les affaires de corruption transnationale. Dans 5 de ces 8 pays (l'**Autriche**, la **Bulgarie**, la **Hongrie**, le **Luxembourg** et la **Pologne**), ces procès ne visaient que des personnes physiques, alors qu'en **Belgique**, en **Corée** et au **Japon**, la justice a condamné aussi bien des personnes morales que des personnes physiques. Dans certains pays (par exemple, l'**Allemagne**, la **France**, l'**Italie** et le **Royaume-Uni**), des personnes morales ont été condamnées à la fois par voie de procès et par voie d'accord. Dans d'autres (comme l'**Allemagne**, les **États-Unis**, la **France**, le **Norvège** et le **Royaume-Uni**), des personnes physiques ont été condamnées à la fois dans le cadre de procès et au moyen d'accords hors procès.

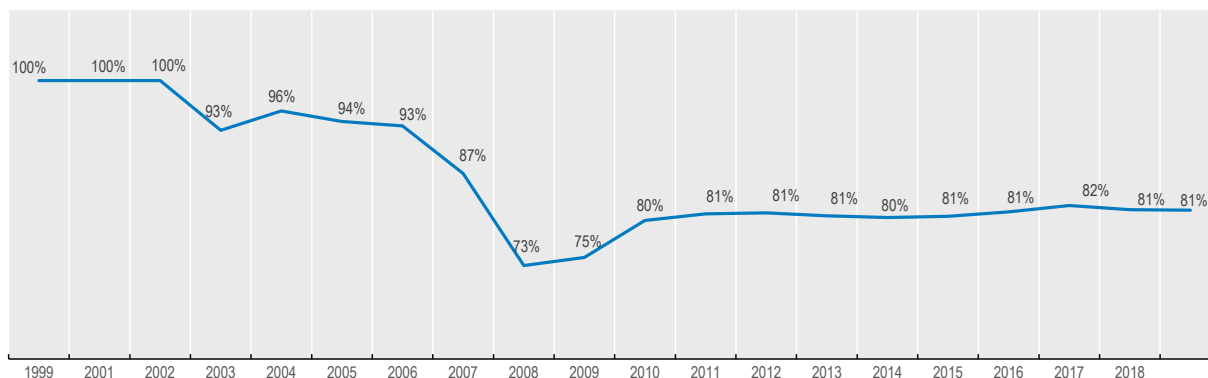
---

<sup>20</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphe 81.

<sup>21</sup> En ce qui concerne les 17 pays Parties couverts par cette étude, les accords hors procès ont représenté environ 82 % de la totalité de leurs actions de répression de la corruption internationale.

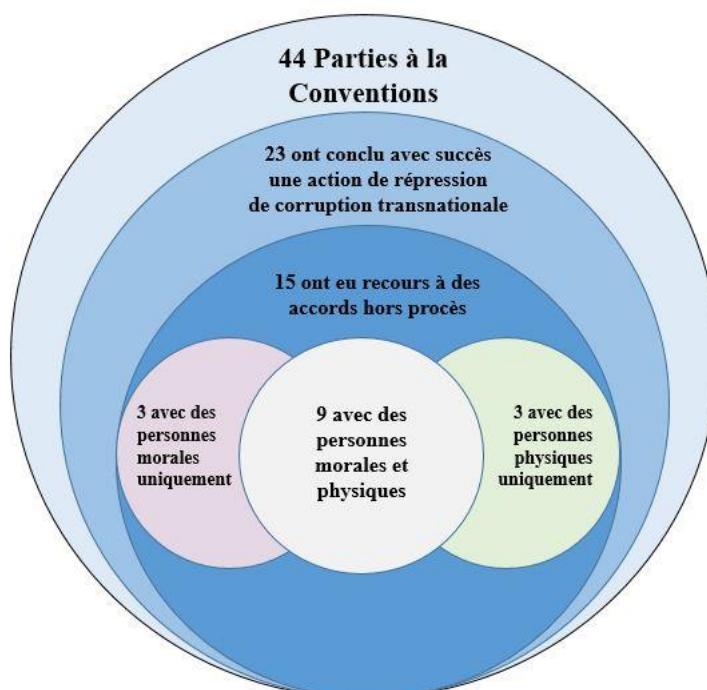


**Graphique 2. Pourcentage total des accords hors procès utilisés par les pays membres du Groupe de travail depuis l'entrée en vigueur de la Convention pour réprimer la corruption transnationale**



*Note :* Ce graphique rend compte des accords hors procès conclus entre le 15 février 1999 et le 30 juin 2018.  
*Source :* Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

**Graphique 3. Combien de pays Parties à la Convention ont eu recours à des accords hors procès dans une affaire de corruption transnationale ?**



Les 15 pays ayant résolu au moins une affaire de corruption transnationale au moyen d'un accord hors procès recourent généralement très souvent à ces mécanismes. D'après les informations publiques dont on dispose, 7 pays (l'**Australie**, le **Brésil**, le **Chili**, l'**Espagne**, **Israël**, les **Pays-Bas** et la **Suisse**) ont exclusivement recouru à ces instruments pour faire appliquer leur législation sur la corruption transnationale. En outre, 14 pays ont résolu plus



de 50 % de leurs affaires de corruption transnationale au moyen d'accords hors procès. La France et la Suède n'en ont respectivement fait usage que dans 11 % et 17 % de leurs affaires de corruption transnationale. En ce qui concerne la **France**, cela tient notamment au fait que la *CJIP*, qui avait été conçue pour réprimer les infractions économiques commises par des personnes morales, est un instrument relativement récent, entré en vigueur en décembre 2016<sup>22</sup>. La *CJIP* a été utilisée pour la première fois en juin 2018, avec les **États-Unis**, dans une affaire importante de corruption transnationale majeure mettant en cause la Société Générale. Avant cela, la France ne disposait que de la procédure de *comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)*, qui est assimilable à une transaction pénale et n'a été utilisée que dans une seule affaire de corruption transnationale<sup>23</sup> depuis son adoption en 2004<sup>24</sup>.

Les facteurs expliquant pourquoi les pays recourent de plus en plus à des accords hors procès dans des affaires de corruption transnationale sont principalement d'ordre pratique<sup>25</sup>. En général, les États disposent de moyens limités à consacrer à la répression d'infractions pénales commises par des personnes morales. Dans les affaires de corruption transnationale, les enquêtes et les poursuites mobilisent un temps et des ressources considérables. Recueillir des preuves est complexe et demande beaucoup de moyens. Ce type d'infraction impliquant souvent plusieurs pays, une entraide judiciaire de juridictions étrangères est souvent nécessaire pour les besoins de l'enquête. L'obtention d'une entraide judiciaire peut prendre plusieurs mois, voire plusieurs années, créant ainsi un risque de perte d'admissibilité des preuves et de prescription de l'affaire ou un risque que l'affaire se vide de sa substance. Les actes de corruption sont de plus en plus complexes et les enquêtes qui s'y rapportent exigent le concours d'experts, tels que des juricomptables. L'enquête est d'autant plus difficile que le corrupteur et le corrompu ont tous deux intérêt à dissimuler l'infraction aux autorités répressives et que ces infractions ne font généralement pas de victimes directes, déterminées à communiquer des preuves aux autorités.

À titre d'exemple, au cours de l'évaluation de Phase 3 de la **Norvège** menée par le Groupe de travail sur la corruption, les représentants de l'autorité de poursuites norvégienne (ØKOKRIM) ont expliqué qu'ils préféreraient recourir à des *ordonnances de sanction optionnelle*, plutôt que de saisir la justice dans les affaires de corruption transnationale car les procès « sont généralement longs et pèsent lourdement sur les moyens dont disposent les autorités répressives »<sup>26</sup>. Faisant référence aux accords hors procès de la **Suisse**, le Groupe de travail sur la corruption a souligné que « [d]e telles procédures présentent des avantages incontestables pour les autorités de poursuites, en ce qu'elles rendent les procédures plus rapides et réduisent leurs coûts »<sup>27</sup>.

<sup>22</sup> France : Article 41-1-2. du Code de procédure pénale, modifié par la Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016, article 22.

<sup>23</sup> La procédure de *CRPC* a été utilisée à l'encontre d'une personne morale le 13 septembre 2016.

<sup>24</sup> La *CRPC* a été instituée par la Loi n°2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité.

<sup>25</sup> Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, page 1.

<sup>26</sup> Rapport de Phase 3 sur la Norvège, paragraphe 64.

<sup>27</sup> Rapport de Phase 3 sur la Suisse, paragraphe 41.

Les accords hors procès sont un moyen efficace de régler des affaires de corruption transnationale complexes. À l'aide de ces instruments, les procureurs ont la possibilité de résoudre des affaires de corruption transnationale sans engager l'ensemble des ressources nécessaires pour poursuivre une affaire par voie de procès s'accompagnant d'un jugement sur le fond et d'éventuelles procédures d'appel.

### **1.2.2. Les accords hors procès ont amplifié l'action répressive**

Les accords hors procès pourraient en outre indirectement contribuer à une hausse globale du nombre d'actions répressives de l'infraction de corruption transnationale. Des universitaires notent que « les procès prennent beaucoup de temps, sont onéreux et accaparent le temps et l'attention du juge et du ministère public pendant une période prolongée, limitant de ce fait leurs capacités à s'occuper d'autres affaires »<sup>28</sup>. Dans la mesure où les accords hors procès permettent de gagner du temps et de libérer des moyens, les autorités répressives peuvent mobiliser moins de ressources pour régler plus d'affaires. Cette évolution pourrait se traduire par des enquêtes plus rapides et, en définitive, par une hausse du nombre d'actions répressives. Des procédures plus courtes favorisent les chances du ministère public de résoudre une action répressive avant la prescription des affaires dans les pays où il est impératif que les poursuites elles-mêmes, appels compris, soient résolues avant l'expiration du délai de prescription<sup>29</sup>. Le Groupe de travail a de fait régulièrement souligné dans ses évaluations par pays que les délais de prescription en vigueur dans certains pays pouvaient constituer une entrave importante à la capacité des procureurs à faire respecter effectivement la législation nationale sur la corruption transnationale.

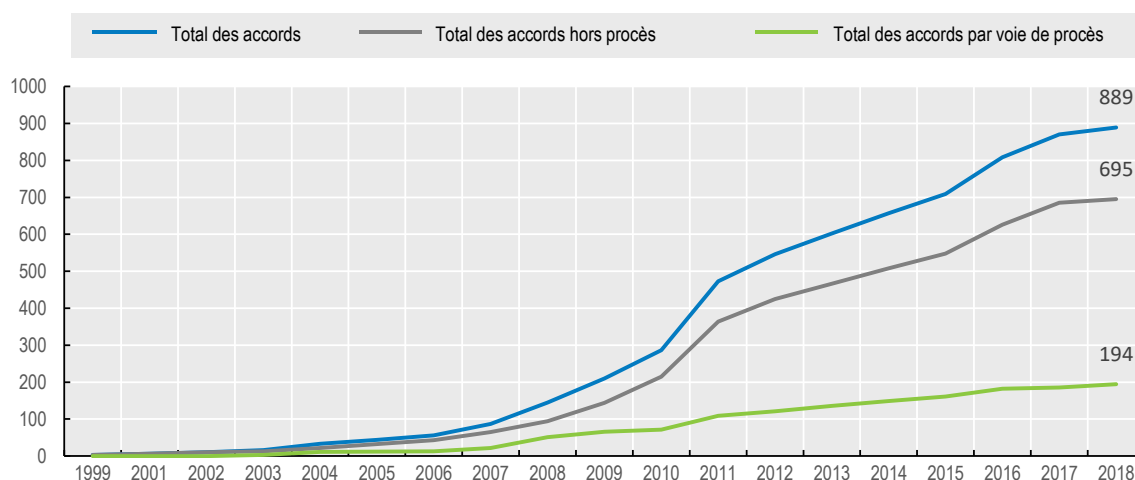
Le graphique 4 montre qu'une grande majorité d'affaires de corruption transnationale ont été résolues au moyen d'accords hors procès.

---

<sup>28</sup> Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, page 1.

<sup>29</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphe 13.

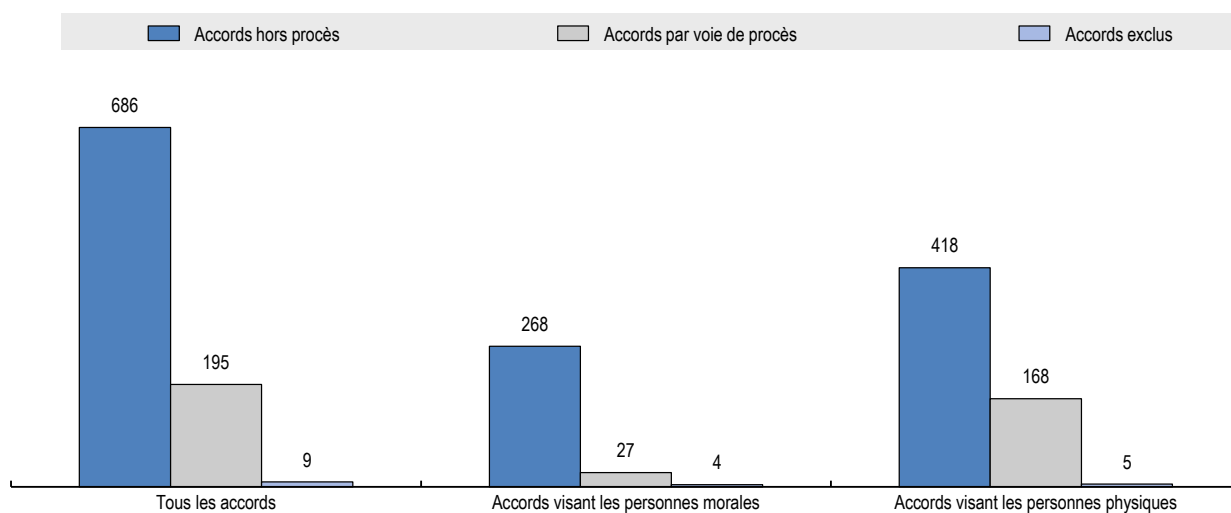
**Graphique 4. Nombre total d'accords conclus dans les pays membres (de 1999 à mi-2018)**



Source : Base de données de l'OCDE des affaires de corruption conclues.

Comme on le voit dans le graphique 5, ce recours habituel aux accords vaut à la fois pour les personnes morales et les personnes physiques. Le pourcentage d'accords hors procès est plus élevé pour les personnes morales que pour les personnes physiques. 91 % des affaires impliquant des personnes morales (268 affaires résolues sur 295) ont fait l'objet d'un accord hors procès, contre 72 % seulement pour les personnes physiques (418 affaires sur 586).

**Graphique 5. Recours des pays membres du Groupe de travail sur la corruption à des accords hors procès dans des affaires de corruption transnationale**



Source : Base de données des affaires de corruption menées à leur terme, tenue à jour par l'OCDE.

Au niveau national, les données relatives aux affaires montrent que les trois pays réprimant le plus l'infraction de corruption transnationale<sup>30</sup> ont eu recours à des accords hors procès pour résoudre plus des trois-quarts de leurs affaires, à savoir : l'**Allemagne** (80 %), le **Royaume-Uni** (79 %) et les **États-Unis** (96 %). Ces pays représentent 80 % de la totalité des actions répressives menées par les pays membres du Groupe de travail et près de 90 % de l'ensemble des accords hors procès conclus depuis l'entrée en vigueur de la Convention.

Le **Brésil** offre un exemple de la manière dont les accords hors procès peuvent contribuer à renforcer la répression, notamment à la suite de la mise en place récente d'un régime de responsabilité des personnes morales (dont la mise en œuvre aurait pu prendre des années sans le recours à ces dispositifs). En 2014, au moment de son évaluation de Phase 3, le Brésil n'avait pas encore résolu une seule affaire de corruption transnationale. En 2013 cependant, il avait promulgué sa Loi sur le crime organisé (Loi n°12 850), donnant la possibilité à des personnes physiques de conclure un *accord de coopération*<sup>31</sup>. Le Brésil y a ensuite ajouté la possibilité pour les personnes morales de conclure un *accord de clémence* venant compléter son nouveau régime de responsabilité des personnes morales. En 2017, le Groupe de travail a relevé qu'en « janvier 2016, le Brésil avait résolu sa première affaire de corruption transnationale en concluant un accord de clémence avec une entreprise brésilienne et des accords de coopération avec 10 personnes physiques. D'importantes sanctions ont été imposées dans le cadre de ces procédures pour des infractions très diverses, dont la corruption transnationale. En outre, le Brésil a désormais engagé des poursuites dans huit affaires en cours, dont cinq ont été ouvertes après la Phase 3 (sur un total de 21 allégations) »<sup>32</sup>.

Conscients que « [l]a détection de l'infraction est la première étape et une difficulté qui se pose pour parvenir à mettre effectivement en œuvre la Convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales »<sup>33</sup>, un certain nombre de pays Parties à la Convention se sont également efforcés de recourir aux accords hors procès pour renforcer les possibilités d'auto-dénonciation et de coopération, donc améliorer la détection et ainsi permettre l'aboutissement des enquêtes et poursuites engagées dans les affaires de corruption transnationale. Cette question est examinée plus en détail dans les chapitres 3.2 et 3.3.

---

<sup>30</sup> La base de données qui a servi pour cette étude compile les actions répressives dans le cadre desquelles des sanctions ont été imposées au titre d'au moins un chef de corruption transnationale ou d'une autre infraction permettant d'intenter des poursuites dans des affaires tenant de la corruption transnationale. Pour une description de la manière dont le Groupe de travail a fait usage de ces catégories, voir le Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, paragraphes 89 et suivants.

<sup>31</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphe 100.

<sup>32</sup> Rapport de suivi de Phase 3 sur le Brésil, page 4 (en anglais seulement).

<sup>33</sup> OCDE (2017), *La détection de la corruption transnationale*, [www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-FR.pdf](http://www.oecd.org/corruption/anti-bribery/The-Detection-of-Foreign-Bribery-FR.pdf), page 10.

### 1.3. Évolution des modes de résolution des affaires de corruption transnationale

#### 1.3.1. État des lieux des accords hors procès dans les pays Parties à la Convention

Comme vu précédemment, les accords hors procès ont traditionnellement joué un rôle de premier plan dans les modalités de mise en œuvre de l'infraction de corruption transnationale au sein des pays Parties à la Convention. La prééminence des accords hors procès ne cesse de progresser au fil du temps, à mesure que les Parties adoptent des mécanismes de plus en plus divers<sup>34</sup>. S'ils ont pu être jugés incompatibles dans le passé avec la méthode inquisitoire des pays de droit civil<sup>35</sup>, la plupart des pays Parties, y compris parmi les pays de droit civil, sont dotés d'une forme de mécanisme de ce type applicable tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales. Comme on le voit dans le graphique 6, 23 des 44 pays Parties à la Convention (48 %) disposent d'au moins un accord hors procès applicable aux personnes morales : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, le Brésil, le Canada, le Chili, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la France, Israël, l'Italie, le Japon, la Lettonie, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas, la République tchèque, le Royaume-Uni, la Slovaquie et la Suisse. En outre, 28 pays Parties à la Convention (57 %) possèdent au moins un accord hors procès applicable aux personnes physiques : l'Afrique du Sud, l'Allemagne, l'Argentine, l'Australie, l'Autriche, le Brésil, le Canada, le Chili, la Colombie, le Costa Rica, l'Espagne, l'Estonie, les États-Unis, la Finlande, la France, la Hongrie, Israël, l'Italie, le Japon, la Lettonie, le Mexique, la Norvège, les Pays-Bas, le Royaume-Uni, la République tchèque, la Slovaquie, la Suède et la Suisse.

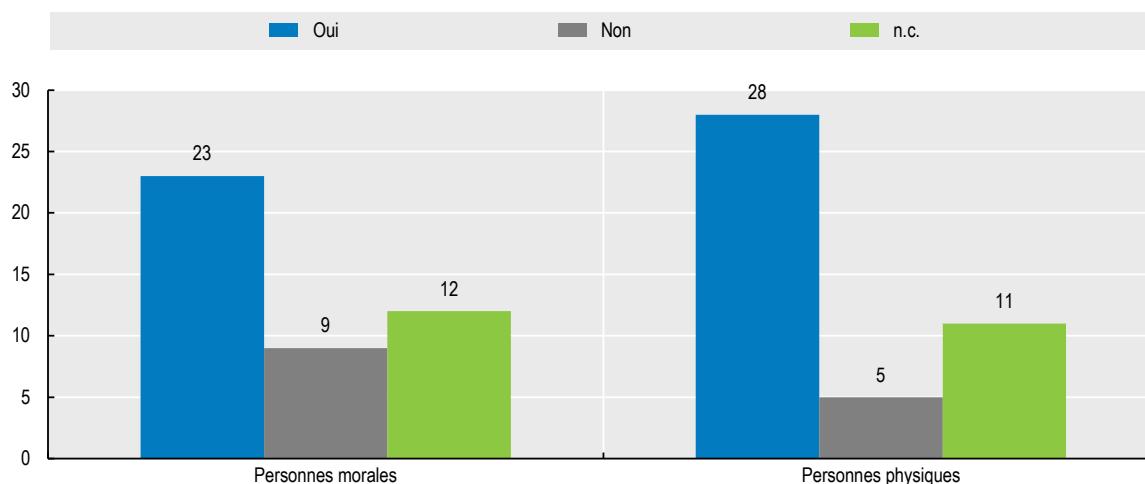
Au total, les 27 pays Parties à la Convention couverts ici sont réputés être dotés d'un ou plusieurs types d'accord hors procès qui peuvent s'appliquer aux personnes morales et aux personnes physiques. Ils disposent au total de 68 mécanismes d'accords hors procès distincts éventuellement applicables dans les affaires de corruption transnationale. Au moins 30 d'entre eux (44 %) ont été utilisés pour imposer des sanctions dans au moins une affaire de corruption transnationale. Si les caractéristiques des divers mécanismes d'accords sont décrites plus en détail dans le chapitre 2, on peut néanmoins déjà se faire une idée de la diversité des mécanismes d'accords disponibles en tenant compte de trois grandes dimensions.

---

<sup>34</sup> La tendance observée dans les pays Parties à la Convention reflète le contexte international plus large dans lequel des pays du monde entier adoptent des mécanismes de résolution des affaires pénales sans procédure judiciaire. Selon une enquête menée en 2017 et couvrant 90 pays ou territoires, le nombre de « mécanismes de renonciation à un procès » a été porté de 19 avant 1990 à 66 fin 2015. Voir Fair Trials International, *The Disappearing Trial Report: A global study into the spread and growth of trial waiver systems* (27 avril 2017).

<sup>35</sup> Depuis le début du 21<sup>e</sup> siècle au moins, les universitaires ont observé que les pays de droit civil ont graduellement adopté des accords hors procès équivalant aux mécanismes de transaction pénale utilisés dans les pays de *common law*. Voir par exemple Françoise Tulkens, *Negotiated Justice*, dans EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES 641, 662 (M. Delmas-Marty & J.R. Spencer eds., 2002) ; Maximo Langer, *From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure*, 45 Harv. Int'l L.J. 1, 37 (2004).

**Graphique 6. Nombre de pays Parties à la Convention anticorruption de l'OCDE dotés d'un mécanisme d'accords hors procès applicable à la corruption transnationale**

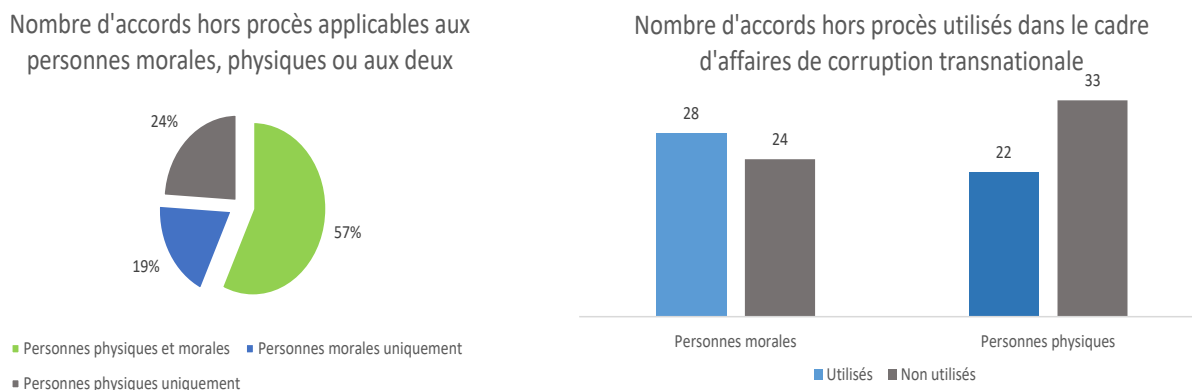


Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 7.

La première dimension consiste à se demander si un accord a été conçu pour les personnes physiques, les personnes morales, ou pour les deux à la fois. Comme le montre le graphique 7, 39 mécanismes d'accords (57 %) dont il est question ici sont applicables aux deux. Treize autres (19 %) ne sont applicables qu'aux personnes morales, et 16 mécanismes (24 %) visent exclusivement les personnes physiques. De ce fait, il existe au total 52 mécanismes d'accords différents applicables aux personnes morales et 55 aux personnes physiques. Dans la pratique, 28 des 52 accords (54 %) applicables aux personnes morales ont été effectivement utilisés pour imposer des sanctions dans une affaire de corruption transnationale au moins. S'agissant des personnes physiques, seuls 22 des 55 accords applicables (40 %) ont été réellement utilisés pour sanctionner des faits de corruption transnationale. Cet écart reflète en partie le fait qu'un pourcentage plus important des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques se trouve dans des pays Parties qui n'ont pas encore mis en œuvre leur législation sur l'infraction de corruption transnationale. Pour autant, les mécanismes d'accords destinés aux personnes physiques ont été moins souvent utilisés que ceux applicables aux personnes morales<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Sur l'ensemble des accords hors procès couverts ici, près de la moitié (48 %) ont été appliqués aux personnes morales et un quart (25 %) aux personnes physiques. Cette disparité d'utilisation est encore plus forte pour les accords visant uniquement les personnes morales ou les personnes physiques : 54 % des premiers ont été utilisés contre seulement 13 % des seconds.

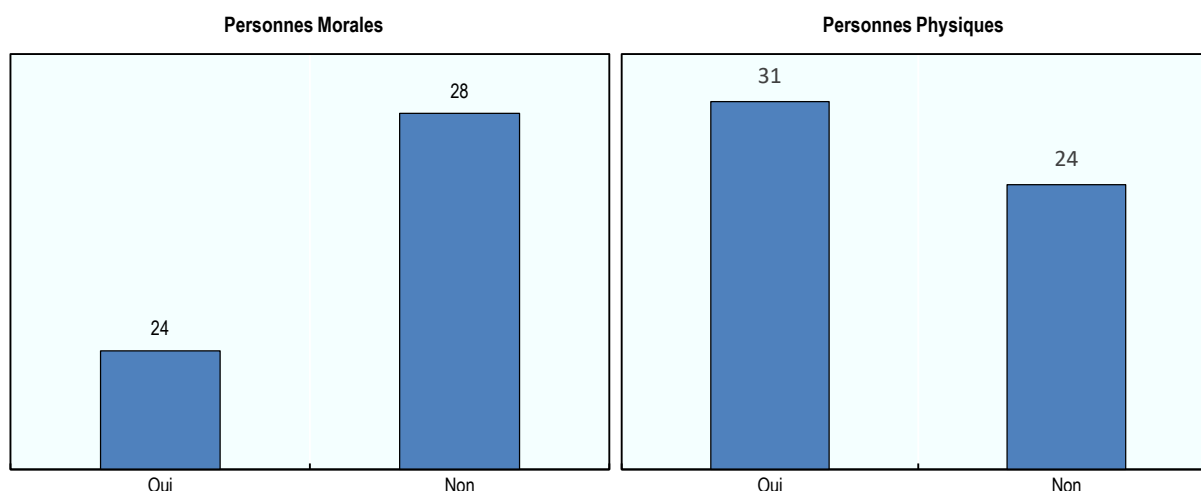
**Graphique 7. Nombre d'accords hors procès applicables aux personnes morales et aux personnes physiques**



Sources : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE complétés par des travaux de recherche effectués par le Secrétariat ; Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

Une seconde dimension essentielle porte sur le fait de savoir si les accords hors procès débouchent sur une condamnation. Trente-deux (47 %) des 68 mécanismes d'accords dont il est question dans cette Étude peuvent donner lieu à une condamnation, ce qui n'est pas le cas des 36 autres (53 %). À cet égard, l'approche suivie par les pays Parties à la Convention diverge nettement selon quel'on vise des personnes morales ou physiques. Ainsi, seuls 2 des 13 mécanismes d'accords (15 %) exclusivement applicables aux personnes morales ont abouti à une condamnation contre 9 des 16 mécanismes d'accords (56 %) visant exclusivement les personnes physiques. Un peu plus de la moitié (54 %) des 39 mécanismes d'accords applicables à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales débouche sur une condamnation. Ainsi, comme le montre le graphique 8, seuls 24 des 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales donnent lieu à une condamnation contre 31 des 55 mécanismes destinés aux personnes physiques. On peut se demander si cette répartition tient à des considérations d'action publique (visant, par exemple, à encourager les entreprises à signaler des agissements répréhensibles sans encourir les éventuelles conséquences collatérales qui peuvent en découler, comme une exclusion des procédures de marchés publics) ou si elle est l'héritage de conceptions traditionnelles de la justice liant toute condamnation à la culpabilité d'une personne physique, condamnation qui peut, de ce fait, paraître anormal lorsqu'il s'agit d'entités abstraites comme les entreprises.

**Graphique 8. Nombre d'accords hors procès résultant en une condamnation**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 12 et 13

En pratique, les mécanismes d'accords hors procès ne donnant pas lieu à une condamnation semblent avoir été utilisés plus fréquemment pour sanctionner les auteurs d'une infraction de corruption transnationale. En revanche, 18 (60 %) des 30 mécanismes d'accords qui ont bien été utilisés pour imposer des sanctions soit à des personnes physiques soit à des personnes morales n'ont pas donné lieu à une condamnation. La préférence accordée aux accords ne débouchant pas sur des condamnations est également illustrée par le fait que 18 sur 36 (50 %) mécanismes d'accords, visant les personnes physiques et/ou les personnes morales, ont été utilisés au moins une fois dans des affaires de cette nature. En revanche, seuls 12 des 32 mécanismes d'accords (38 %) pouvant donner lieu à une condamnation, visant les personnes physiques et/ou les personnes morales, ont été appliqués dans des affaires de corruption transnationale.

Les personnes physiques ou morales seront moins susceptibles de recourir à un accord assorti d'un risque de condamnation. Ce constat semble toutefois plus marqué s'agissant des personnes morales. Les personnes morales ont ainsi recouru dans la pratique à 15 des 29 mécanismes d'accords non assortis d'une possibilité de condamnation (52 %) applicables dans une affaire de corruption transnationale contre 7 des 23 mécanismes d'accords assortis d'une possibilité de condamnation (30 %) à leur disposition. Ce rapport était inversé pour les personnes physiques. Dix des 30 accords avec possibilité de condamnation (33 %) applicables aux personnes physiques ont été utilisés dans des affaires de corruption transnationale contre seulement 4 des 25 accords sans risque de condamnation (16 %).

Dans la grande majorité des 32 accords hors procès ayant abouti à une condamnation, un tribunal est intervenu d'une manière ou d'une autre. Quatre d'entre elles (13 %) cependant permettent de prononcer l'équivalent d'une condamnation sans intervention de la justice : l'*ordonnance pénale du procureur* (en **Lettonie**), l'*ordonnance punitive* (aux **Pays-Bas**), l'*ordonnance de sanction optionnelle* (en **Norvège**), et l'*ordonnance pénale* (en **Suisse**). Ces mécanismes confèrent de fait au ministère public une fonction quasi judiciaire, mais requièrent le consentement du prévenu. En outre, ces types de mécanismes d'accords ne peuvent servir que pour imposer une amende ou une autre sanction à l'exclusion d'une peine d'emprisonnement, sauf l'*ordonnance pénale* suisse qui peut être utilisée pour



imposer une peine d'emprisonnement maximale de six mois. De plus, le prévenu peut faire appel de l'accord imposé. Aux **Pays-Bas**, le prévenu dispose de 14 jours pour interjeter appel de l'*ordonnance punitive* prononcée à son encontre avant que cette décision ne devienne définitive. En **Suisse**, l'opposition écrite à l'encontre de l'*ordonnance pénale* peut être déposée devant le ministère public, pendant dix jours, par le prévenu, les autres personnes concernées et, si cela est prévu, le premier procureur ou le procureur général de la Confédération ou du canton respectivement dans le cadre de la procédure pénale correspondante. Si aucune opposition n'est valablement formée, l'ordonnance pénale est assimilée à un jugement entré en force<sup>37</sup>. Enfin, comme on le verra dans le chapitre 5, les pays Parties à la Convention peuvent également recourir à des formes de contrôle non judiciaire pour assurer que les accords hors procès soient utilisés comme il convient.

La troisième dimension expliquant les différentes approches retenues par les pays Parties à la Convention ayant adopté divers accords hors procès concerne l'éventail des infractions auquel chaque accord peut correspondre. Pour commencer, on notera que les pays Parties à la Convention ont fait savoir qu'aucun des accords étudiés ici n'est exclusivement limité à la corruption transnationale. Certains d'eux sont applicables de manière générale à toutes les infractions. Tel est le cas, par exemple, de la *transaction pénale* en **Australie** et de la *transaction pénale* en **Lettonie** ainsi que des *peines alternatives* en **Autriche**.

D'autres mécanismes d'accords sont limités à certaines infractions. Des pays Parties à la Convention ont adopté différentes méthodes pour déterminer les infractions pouvant être résolues par le biais d'un accord en particulier. Certains accords ne sont applicables qu'à des infractions expressément spécifiées. Ainsi, l'**Argentine** a limité son mécanisme d'accord applicable aux personnes morales à des infractions telles que la corruption nationale ou internationale, l'extorsion, l'enrichissement illicite et la fraude comptable aggravée. De même, la **France** a promulgué en 2016 la *CJIP*, visant les entreprises mises en cause pour corruption active, y compris pour corruption d'agents publics étrangers, ainsi que pour d'autres infractions connexes<sup>38</sup>. Au **Brésil**, l'*accord de clémence* est applicable aux affaires de corruption, aux fraudes, aux procédures de marchés publics frauduleuses et à d'autres actes portant atteinte aux règles et principes de l'administration publique ou à des engagements internationaux pris par le Brésil. Le **Royaume-Uni** a également dressé une liste d'infractions pour lesquelles il n'est pas possible de recourir à l'*ASP*<sup>39</sup>. Certains pays désireux d'adopter de nouveaux mécanismes d'accords hors procès envisagent également de suivre cette approche. L'**Australie**, par exemple, fait savoir que le mécanisme d'*ASP* qu'elle étudie actuellement ne s'appliquerait qu'à une liste précise d'infractions, telles que le blanchiment de capitaux, le financement du terrorisme et d'autres infractions spécifiées. Judicieusement, on notera que le projet de loi de l'Australie permettrait aux entreprises de régler aussi par cette voie certaines infractions (appelée infractions

<sup>37</sup> Code de procédure pénale suisse, article 354 1 et 3. L'article 354 dispose que « le premier procureur ou le procureur général de la Confédération ou du canton, dans le cadre de la procédure pénale pertinente, » peuvent former opposition par écrit contre l'ordonnance pénale « si cela est prévu ».

<sup>38</sup> Conformément à l'article 41-1-2 du Code de procédure pénale français, modifié par la Loi n°2018-898 du 23 octobre 2018, la *CJIP* peut être utilisée en cas d'allégations relatives aux infractions suivantes : la corruption active et passive nationale, transnationale et interentreprises, le trafic d'influence, l'évasion fiscale et l'infraction connexe de blanchiment de capitaux.

<sup>39</sup> Loi britannique de 2013 sur la criminalité et la justice Annexe 17, Partie 2 ou *UK Crime and Courts Act 2013 Schedule 17 Part 2*.

« secondaires »), si elles recourent déjà à un *ASP* pour régler une infraction faisant partie du champ d'application de l'accord.

D'autres mécanismes d'accords ont pour objet de régler toutes les infractions figurant dans une catégorie donnée. Ainsi, en **Norvège**, l'*ordonnance de sanction optionnelle* peut être imposée à toutes les infractions passibles d'une amende mais pas à celles punissables d'une peine d'emprisonnement. D'autres sont limités aux infractions qui ne sont pas particulièrement graves (comme l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction* en **République tchèque**). Pour d'autres, en revanche, la limitation prévue est fonction de la durée de la peine de prison maximale qui peut être imposée. En **Espagne**, il est ainsi possible de recourir à la procédure de *conformidad* pour les infractions passibles d'une peine d'emprisonnement maximale de six ans. Depuis 1983, il en va de même de la procédure de *transacción* aux **Pays-Bas**, un accord hors procès dans le cadre duquel le droit de poursuivre s'éteint si le prévenu se conforme à certaines conditions alors qu'elle n'était auparavant applicable qu'aux infractions passibles d'une amende<sup>40</sup>.

Enfin, dans certains pays, ces accords visent la plupart des infractions à l'exclusion de certains délits. Ainsi, en **France**, la *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité (CRPC)*, qui peut être utilisée pour les personnes physiques et morales, peut généralement s'appliquer à toutes les infractions, sauf celles qui sont explicitement exclues. La procédure pénale interdit ainsi le recours à la CRPC en matière de infractions d'homicides involontaires, d'infractions politiques ou d'infractions à caractère sexuel aggravées.

### 1.3.2. Historique

La possibilité de recourir à des mécanismes d'accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale a suscité une attention croissante ces dernières années à mesure que plus de pays Parties à la convention ont adopté de tels accords. Des pays Parties de *common law* comme de droit civil avaient élaboré un certain nombre de mécanismes d'accords de ce type bien avant que la corruption transnationale ne soit incriminée<sup>41</sup>. Comme on le voit au graphique 9, les pays Parties ont également adopté un nombre considérable d'autres accords hors procès depuis l'entrée en vigueur de la Convention, le 15 février 1999. Dans bien des cas, ces accords plus récents ont été explicitement conçus dans le but d'être utilisés pour des infractions économiques complexes, comme la corruption transnationale (par exemple, la *CJIP* en **France** ou l'*accord de coopération effective* en **Argentine**).

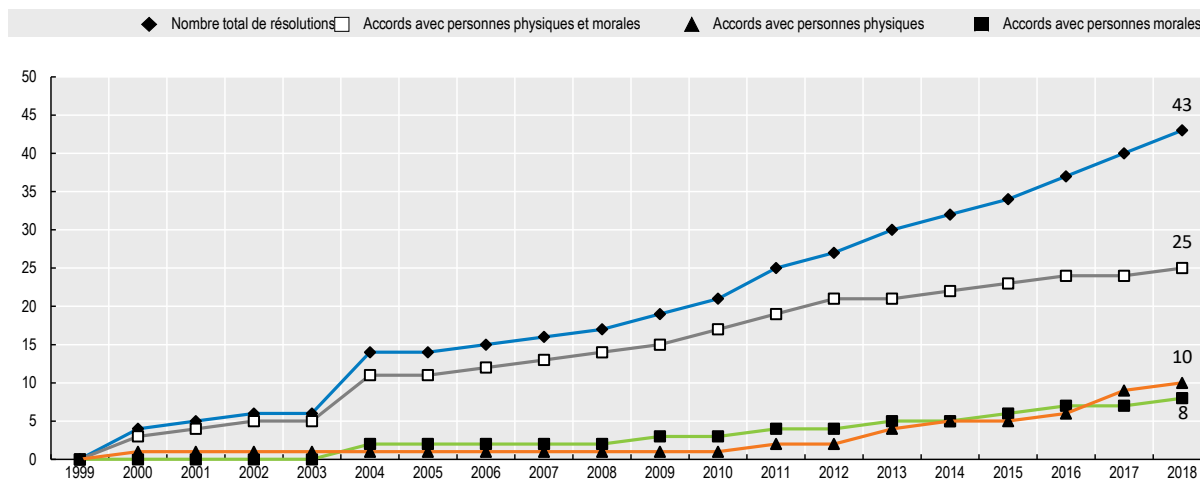
Cette tendance a été en grande partie attribuée au souci d'améliorer l'économie judiciaire pour faire face au nombre croissant de contentieux, dans le but à la fois de lutter contre les

<sup>40</sup> Peter J.P. Tak, *The Dutch Criminal Justice System: Organization and operation* (Wetenschappelijk Onderzoek – en Documentatiecentrum, Den Haag, 1999).

<sup>41</sup> À titre d'exemple pour les pays de *common law*, les **États-Unis** et le **Royaume-Uni** recourent largement à des *transactions pénales* depuis le milieu des années 1880 au moins. Voir Albert Alschuler, « [Plea bargaining and its history](#) », 79 *Columb. L. Rev.* 1, 5-6 (1979). À titre d'exemple pour les pays de droit civil, il semble que l'Allemagne ait adopté sa procédure d'*ordonnance pénale* en 1879, alors que l'**Espagne** a adopté sa procédure de *conformidad* en 1882. Voir Günter Plath, *Expert Report on the « [Permissibility of the Penal Order procedure under Federal Code of Criminal Procedure § 407](#) »* (1<sup>er</sup> septembre 2011) ; la [Ley de Enjuiciamiento Criminal de 14 de septiembre de 1882](#) espagnole (3<sup>e</sup> édition, 1899), article 655.

infractions et de réduire les retards judiciaires portant atteinte au droit à un procès équitable dans un délai raisonnable<sup>42</sup>.

**Graphique 9. Nombre total de mécanismes d'accords hors procès adoptés après l'entrée en vigueur de la Convention**



Note : Ce graphique rend compte de la date d'entrée en vigueur de chaque accord, si celle-ci est connue ; dans le cas contraire, il rend compte de la date de promulgation ou d'adoption de la législation ou politique portant création de l'accord.

Notons sur la période que l'augmentation du nombre d'accords exclusivement applicables aux personnes morales est l'évolution la plus frappante. Tandis qu'avant 2000, aucun pays Partie n'avait, semble-t-il, adopté d'accord visant exclusivement les personnes morales. En 2000, le **Royaume-Uni** a créé l'*ordonnance administrative* en vertu de la Loi sur les services et les marchés financiers (*Financial Services and Markets Act*)<sup>43</sup>. Depuis 2010, toutefois, au moins six pays Parties à la Convention ont adopté au moins un mécanisme d'accord applicable aux personnes morales : l'**Argentine** (l'*accord de coopération effective* et l'*exemption de peine*), le **Brésil** (l'*accord de clémence*), le **Canada** (l'*accord de réparation*), les **États-Unis** (la *renonciation aux poursuites sous condition de restitution*, instituée par le ministère de la Justice en vertu de sa politique de mise en œuvre du FCPA par les entreprises), la **France** (la *CJIP*) et le **Royaume-Uni** (l'*ASP*).

On notera que 9 des 11 mécanismes d'accords (soit environ 82 %) explicitement conçus pour les personnes morales ne comportent pas de possibilité de condamnation. C'est le cas

<sup>42</sup> Françoise Tulkens, « Negotiated Justice, » dans EUROPEAN CRIMINAL PROCEDURES 641, 662 (eds., M. Delmas-Marty & J.R. Spencer, 2002) (observant que la Recommandation du Conseil de l'Europe de 1987 R(87)18 recommandait expressément l'adoption de la procédure de reconnaissance de culpabilité en vue d'accélérer la justice) ; Maximo Langer, « From Legal Transplants to Legal Translations: The Globalization of Plea Bargaining and the Americanization Thesis in Criminal Procedure, » 45 Harv. Int'l L.J. 1 (2004).

<sup>43</sup> S'il n'apparaît pas avec évidence que de telles ordonnances ont été utilisées pour sanctionner l'infraction de corruption transnationale en tant que telle, l'Autorité britannique de supervision des comportements financiers (*UK Financial Conduct Authority* ou FCA) y a recouru pour sanctionner des entreprises n'ayant pas instauré ou mise en œuvre de procédures pour prévenir cette infraction. Voir le Rapport de Phase 4 du Royaume-Uni, paragraphe 68 (dans lequel sont mentionnées les sanctions imposées par la FCA à Besso Ltd. And JLT Speciality dans des affaires de corruption transnationale).

de la *CJIP* en **France**, de l'*accord de clémence* au **Brésil**, de l'*ASP* au **Royaume-Uni**, de la politique en faveur d'une *renonciation aux poursuites avec restitution* aux **États-Unis**, applicable lorsque les entreprises procèdent à un signalement spontané et se conforment à d'autres critères dans les affaires pénales, et de l'*ASP* au **Royaume-Uni**. L'**Argentine** est la seule à avoir adopté des mécanismes d'accords, l'*accord de coopération effective* et l'*exemption de peine*, exclusivement applicables aux personnes morales, qui sont assortis d'une possibilité de condamnation.

Ces choix peuvent avoir une incidence sur la fréquence du recours aux accords hors procès. On trouvera dans le tableau 1 une comparaison des délais moyens qui se sont écoulés entre la date d'entrée en vigueur des mécanismes d'accords et la date de leurs premières utilisations dans une affaire de corruption transnationale. Les accords visant les personnes morales ont été utilisés en moyenne un peu moins de six ans après la date où ces accords sont entrés en vigueur dans les affaires de corruption transnationale contre un peu plus de huit ans en moyenne pour les accords applicables aux personnes physiques. Cela suggère que les personnes morales sont davantage susceptibles de s'en servir que les personnes physiques. Cependant, elles semblent réticentes à la possibilité d'un accord assorti d'une possible condamnation. Les personnes morales ont eu recours à des accords sans possibilité de condamnation en moyenne deux ans plus tôt qu'à des procédures assorties d'une possibilité de condamnation. En ce qui concerne les personnes physiques, en revanche, le recours à ces deux types de procédure a été presque identique. S'agissant des personnes morales, l'écart peut s'expliquer par le souci de se soustraire aux conséquences collatérales d'une condamnation, surtout si celle-ci prend la forme d'une exclusion des procédures de marchés publics ou d'une inéligibilité à certains avantages octroyés par les pouvoirs publics. Les facteurs incitant les auteurs d'une infraction présumés à recourir à des accords hors procès sont examinés plus en détail dans le chapitre 3.3.

S'agissant des personnes morales, le schéma a été identique même en limitant l'échantillon aux 17 pays ayant mené une action répressive et qui sont dotés d'au moins un mécanisme d'accord hors procès comportant une possibilité de condamnation et d'au moins un mécanisme d'accord ne prévoyant pas de condamnation. Dans cet échantillon, le délai moyen avant la conclusion d'un accord a été de 4.6 ans avec un accord sans condamnation contre 8.7 ans avec un accord prévoyant une possibilité de condamnation<sup>44</sup>. Ce résultat est également lié au constat présenté ci-dessus que les personnes morales ont, de fait, moins recouru aux accords imposant une condamnation qu'à leurs équivalents sans possibilité de condamnation.

---

<sup>44</sup> Le nombre de pays ayant mené une action répressive et dotés à la fois d'un accord avec possibilité de condamnation et d'un accord sans possibilité de condamnation était insuffisant pour qu'il soit possible de procéder à une comparaison analogue.

**Tableau 1. Délai dans lequel les prévenus ont recouru à des accords hors procès après l'entrée en vigueur de la Convention**

Délai moyen entre la mise en place de l'accord et sa première utilisation dans une affaire de corruption transnationale

Prévenu éligible	Tous les accords*	Avec condamnation	Sans condamnation
Personnes morales	5.7 ans	7.4 ans	5.3 ans
Personnes physiques	8.395 ans	8.409 ans	8.362 ans

*Note* : Ce tableau ne couvre que les 25 accords applicables aux personnes morales et les 14 mécanismes applicables aux personnes physiques dont on sait qu'ils ont été utilisés dans une affaire de corruption transnationale.

Source : Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues et travaux de recherche supplémentaires du Secrétariat de l'OCDE.

En ce qui concerne les personnes physiques, les délais peuvent s'expliquer de diverses manières. Ils peuvent tenir au fait que même les accords sans condamnation peuvent en tout état de cause jeter sur elles un discrédit jugé moins tolérable que celui frappant les personnes morales. Il se peut aussi que les sanctions imposées à des personnes physiques soient perçues comme plus fastidieuses que pour les personnes morales, sans préjudice que l'accord soit assorti d'une possibilité de condamnation. Enfin, le risque d'emprisonnement, qui constituerait pour les personnes physiques la principale différence entre les accords avec ou sans possibilité de condamnation, peut avoir une moindre incidence dans les systèmes juridiques permettant de surseoir à l'exécution d'une peine de prison en cas de condamnation pour une infraction économique.

### 1.3.3. Évolutions récentes du recours aux accords hors procès

La disponibilité des accords hors procès a eu, sans équivoque, une influence sur la manière dont les pays Parties à la Convention ont mis en œuvre leur législation incriminant la corruption transnationale. La grande majorité des pays membres du Groupe de travail sur la corruption ayant mené une action répressive (15 sur 23) ont recouru d'une manière ou d'une autre à ces accords pour faire respecter leur législation sur la corruption transnationale. Sept pays (30 %) ont exclusivement utilisé ces procédures dans la conclusion de leurs affaires de corruption transnationale: l'**Australie**, le **Brésil**, le **Chili**, l'**Espagne**, **Israël**, les **Pays-Bas** et la **Suisse**. Collectivement, ces pays ont conclu 40 accords distincts (4 % des 890 affaires de corruption transnationale résolues figurant dans la base de données de l'OCDE). Huit de ces 23 pays (35 %) – l'**Allemagne**, le **Canada**, les **États-Unis**, la **France**, l'**Italie**, la **Norvège**, le **Royaume-Uni** et la **Suède** – ont eu recours à la fois à des procès et à des accords hors procès pour conclure 769 affaires, soit 86 % de l'ensemble des affaires de corruption transnationale résolues.

Parmi les pays ayant eu recours à la fois à des procès et à des accords hors procès, la grande majorité des affaires conclues l'ont été, en moyenne, par des accords hors procès. Le **France** a été le pays le moins susceptible de résoudre une affaire de corruption transnationale par cette voie, puisqu'elle n'a conclu que 2 sur 18 (11 %) au moyen d'une forme ou d'une autre d'accord hors procès, telle que la *CJIP* conclue avec la **Société Générale** en 2018. À l'opposé, l'**Italie** a été le pays le plus susceptible de recourir à un accord hors procès, puisqu'elle a conclu, selon ses propres dires, 20 affaires de corruption

transnationale sur 21 (environ 95 %) au moyen de sa procédure de *patteggiamento*. Les **États-Unis** ont également conclu plus de 96 % de leurs affaires de corruption transnationale à l'aide d'une forme d'accord hors procès, telle qu'une *transaction pénale*, un *accord d'abandon des poursuites (AAP)*, un *accord de suspension des poursuites (ASP)* ou une procédure de *renonciation aux poursuites sous condition de restitution*. En gardant ce contexte à l'esprit, cette section de l'Étude examinera la façon dont les accords hors procès ont renforcé l'action de répression de la corruption transnationale des pays Parties à la Convention.

Enfin, certains pays ont mis en œuvre leur législation sur la corruption transnationale exclusivement par voie de procès. Selon la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues, 8 des 23 pays ayant réprimé la corruption transnationale (35 %) – l'**Autriche**, la **Belgique**, la **Bulgarie**, la **Corée**, la **Hongrie**, le **Japon**, le **Luxembourg** et la **Pologne** – en ont uniquement sanctionné les auteurs au moyen d'une condamnation prononcée dans le cadre d'un procès. À eux tous, ces pays ont imposé des sanctions dans 81 des 890 affaires résolues (9 %) par tous les pays Parties à la Convention. Trois d'entre eux (l'**Autriche**, la **Belgique** et la **Hongrie**) sont dotés de types d'accords hors procès qui pourraient être appliqués dans des affaires de corruption transnationale à des personnes physiques et, à tout le moins pour l'Autriche, à des personnes morales.

#### *Pays dans lesquels la première affaire de corruption transnationale résolue a abouti au moyen d'un accord hors procès*

Dans certains pays Parties à la Convention, les accords hors procès ont été un moyen de résoudre pour la première fois une affaire de corruption transnationale. Les **Pays-Bas** n'avaient toujours pas mis en œuvre leur infraction de corruption transnationale ni à l'encontre de personnes physiques ni à l'encontre de personnes morales plus de 11 ans après l'entrée en vigueur de la Convention<sup>45</sup>. Fin décembre 2012, le ministère public néerlandais a conclu une *transaction* extrajudiciaire dans l'*affaire Ballast Nedam*. Dans le cadre de ce mécanisme d'accord, ce groupe a accepté de verser 5 millions EUR et de renoncer à réclamer à l'administration fiscale une somme de 12.5 millions EUR. En l'espace d'un an, les Pays-Bas sont également parvenus à conclure un accord avec KPMG, le cabinet de vérification des comptes de Ballast Nedam. Le ministère public néerlandais a estimé que l'audit réalisé par KPMG avait été délibérément réalisé de manière à permettre à Ballast Nedam de dissimuler des versements au profit d'agents publics étrangers au moyen d'un système occulte de gestion financière. KPMG a accepté de verser 7 millions EUR au titre d'amendes et de profits confisqués. En outre, le cabinet s'est engagé à renforcer son programme de conformité anticorruption, sous la supervision de l'Autorité des marchés financiers néerlandaise (*Authority for the Financial Markets* ou AFM). En novembre 2014, les **Pays-Bas** ont conclu un troisième accord avec SBM Offshore N.V. (l'*affaire SBM Offshore*) à l'issue duquel SBM a accepté de payer 240 millions USD, soit une amende de 40 millions USD, à laquelle se sont ajoutés 200 millions USD de profits confisqués<sup>46</sup>.

En octobre 2016, le **Brésil** a imposé pour la première fois des sanctions dans le cadre d'une affaire de corruption d'agents publics étrangers en concluant un *accord de clémence* avec

<sup>45</sup> Rapport de Phase 3 sur les Pays-Bas, paragraphe 44 (« Au moment de la rédaction du présent rapport, aucune affaire de corruption transnationale aux Pays-Bas n'avait abouti. »).

<sup>46</sup> Rapport de suivi écrit des Pays-Bas au titre de la Phase 3.

Embraer, groupe brésilien d'aérospatiale et de défense (*l'affaire Embraer*). Cette entreprise a aussi conclu simultanément des accords avec les autorités américaines dans la même affaire. Une sanction pécuniaire totale de 205 millions USD a été prononcée pour corruption présumée d'agents publics étrangers dans plusieurs pays. Sur ce total, le montant versé au Brésil a été de 64 millions BRL (20.5 millions USD), soit 58 millions BRL au titre d'une mesure de restitution et 6 millions BRL au titre d'une amende. Cet accord a été une réalisation majeure étant donné que le Brésil n'avait adopté qu'en 2013 sa Loi sur la responsabilité des entreprises portant création d'un régime de responsabilité administrative en cas d'infraction de corruption transnationale et d'autres infractions de corruption.

De même, en **Israël**, la première condamnation pour corruption transnationale a été prononcée dans le cadre d'une *transaction pénale* dans *l'affaire Nikuv*. En décembre 2016, Nikuv International Projects Ltd a reconnu avoir corrompu un agent public étranger en vue de remporter des marchés se rapportant à la production de cartes d'identification dans un pays africain qui n'est pas Partie à la Convention anticorruption de l'OCDE<sup>47</sup>. Dans le cadre de cette transaction pénale, l'entreprise a convenu de régler 4.5 millions NIS (1.15 million USD) au titre des amendes et mesures de saisie imposées. Elle a également accepté de mettre en place un programme de conformité anti-corruption. Peut-être plus important encore, elle s'est engagée à coopérer et à faire coopérer ses responsables et salariés concernés aux enquêtes et aux poursuites visant tout agent public du Lesotho. En contrepartie, Israël a accepté de lever les chefs d'accusation à l'encontre des personnes physiques israéliennes concernées.

Au **Chili**, le tout premier règlement d'une affaire corruption transnationale a été conclu par voie d'accord hors procès. Dans *l'affaire Asfaltos*, le ministère public a recouru à la *procédure de suspension conditionnelle des poursuites*. Après avoir tout d'abord classé l'affaire, les autorités chiliennes l'ont rouverte à l'issue de l'évaluation de Phase 3 du Chili. Finalement, l'entreprise et son dirigeant concerné ont mis un terme aux accusations portées à leur encontre au moyen d'une *procédure de poursuite conditionnelle*. L'entreprise a accepté de faire un don de 10 millions CLP (13 500 USD) à un centre éducatif. Le directeur commercial a pour sa part accepté de faire un don de 1 million CLP (1 300 USD) à un organisme caritatif et de notifier au ministère public tout changement de son lieu de résidence<sup>48</sup>.

#### *Pays dans lesquels les affaires de corruption transnationale ont été exclusivement résolues au moyen d'accords hors procès*

Dans certains pays, les accords hors procès ont (à ce jour) constitué le seul moyen d'engager la responsabilité des entreprises en cas d'infraction de corruption transnationale. En **Israël**, la seule autre affaire conclue concernant une vaste entreprise de corruption transnationale a été résolue en janvier 2018 grâce à un *accord conditionnel* conclu avec Teva, la plus grande entreprise israélienne et l'un des premiers fabricants mondiaux de médicaments génériques (*l'affaire Teva*). À la suite de cet accord, le ministère public a accepté de ne pas poursuivre l'entreprise pour fraude comptable en infraction à la Loi sur les valeurs mobilières moyennant un paiement de 75 millions NIS (22 millions USD à l'époque). Le ministère public a estimé qu'il serait dans l'intérêt général de conclure cet

<sup>47</sup> « [In first, Israeli company convicted of bribing foreign official](#), » Times of Israel (15 décembre 2016).

<sup>48</sup> Rapport de suivi du Chili au titre de la Phase 3, page 49.



accord hors procès étant donné que, entre autres, l'entreprise avait déjà versé 519 millions USD aux autorités américaines pour mettre fin aux poursuites engagées en vertu de la Loi américaine sur la corruption d'agents publics étrangers<sup>49</sup> (*Foreign Corrupt Practices Act* ou FCPA).

Pour sa part, l'**Espagne** a récemment prononcé ses premières condamnations pour des actes de corruption transnationale lorsque deux personnes physiques ont reconnu leur culpabilité dans une affaire survenue en 2017 mettant en cause une maison d'édition en raison des actions qu'elle a menées pour remporter des marchés en corrompant le ministre de l'Éducation de la Guinée équatoriale. L'entreprise n'a pas été inculpée car l'infraction avait été commise avant l'adoption par l'Espagne de son nouveau régime de responsabilité pénale des personnes morales<sup>50</sup>.

Dans certains autres pays, les accords hors procès ont été le seul moyen par lequel des entreprises ont été sanctionnées pour corruption transnationale, même si des personnes physiques ont été condamnées lors d'un procès. C'est le cas de la **Norvège**, qui a sanctionné quatre entreprises dans des affaires de corruption transnationale<sup>51</sup>. En revanche, Norconsult, seule entreprise à avoir contesté des accusations de corruption transnationale dans le cadre d'un procès, a été acquittée par la Cour suprême en 2013 au motif qu'il serait inapproprié de condamner et de sanctionner l'entité au regard de certaines considérations factuelles<sup>52</sup>.

#### *Pays dont les accords hors procès ont consolidé le bilan de leurs actions de répression de la corruption transnationale*

Dans les pays Parties à la Convention, les accords hors procès ont donné lieu à des résolutions plus importantes (ou plus fréquentes) que par le passé. La **France** a récemment fait usage d'une nouvelle forme de mécanisme d'accord hors procès, la *CJIP*, dans une affaire de corruption transnationale. La *CJIP*, qui a été adoptée en décembre 2016, ne permet notamment pas de prononcer des condamnations, à la différence du mécanisme plus ancien de procédure de *comparution sur reconnaissance préalable de culpabilité* (*CPRC*). La *CRPC* n'a pas encore été utilisée à l'encontre d'une personne morale dans une affaire de corruption transnationale. En juin 2018, un juge a validé la première *CJIP* dans une affaire de corruption transnationale mettant en cause la Société Générale (l'*affaire de la Société Générale*)<sup>53</sup>. Aux **États-Unis**, le ministère de la Justice a annoncé concomitamment qu'il avait conclu des accords hors procès distincts avec Société Générale S.A. et sa filiale SGA Société Générale pour des faits de corruption transnationale. Au total, la banque a accepté de verser une amende pénale de 585 millions USD, dont 500 000 USD pour acquitter une pénalité au nom de sa filiale, SGA Société Générale. En outre, la moitié du montant de l'amende est revenu aux autorités

<sup>49</sup> Loi de 1977 sur la corruption d'agents publics étrangers ou *Foreign Corrupt Practices Act of 1977* (15 U.S.C., paragraphes 78dd-1 et suivants.)

<sup>50</sup> Raquel Flórez, Client Update, « [Spain's first foreign bribery convictions: a watershed moment?](#) », Freshfields Bruckhaus Deringer (9 mars 2017).

<sup>51</sup> Dans l'*affaire Statoil*, la Norvège a réglé l'affaire de corruption transnationale au moyen d'une *ordonnance de sanction optionnelle* dans laquelle la corruption constituait l'infraction sous-jacente à celle de trafic d'influence. Les États-Unis ont également imposé des sanctions dans cette affaire en application du FCPA.

<sup>52</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphes 16 et 149 à 151.

<sup>53</sup> Parquet national financier, Communiqué de presse (4 juin 2018).



françaises. En France, la Société Générale a signé, en mai 2018, la première *CJIP* jamais conclue dans une affaire de corruption transnationale. Dans le cadre de cet accord, elle a convenu de payer une somme totale de 292.8 millions USD (250.15 millions EUR) au Trésor français, soit la moitié de la totalité de la pénalité qui a été partagée à hauteur de 50 % avec les autorités américaines. En outre, elle s'est soumise à un contrôle de conformité par l'Agence française anti-corruption (AFA), sur une durée de deux ans.

Le recours par la France à ce nouveau mécanisme d'accord hors procès a fait la une pour plusieurs raisons. Premièrement, le montant des sanctions pécuniaires imposées à la Société Générale a été considérablement supérieur à celui infligé dans de précédentes affaires de corruption transnationale à l'issue d'une condamnation prononcée dans le cadre d'un procès<sup>54</sup>. Deuxièmement, la nouvelle *CJIP* semble avoir facilité le premier accord coordonné conclu entre les autorités françaises et le ministère américain de la Justice. Troisièmement, l'*affaire de la Société Générale* a offert aux autorités françaises la toute première occasion d'imposer à une entreprise l'obligation à se soumettre à un contrôle de conformité suite à la résolution d'une affaire de corruption transnationale<sup>55</sup>. Enfin, même s'il s'agit de la première *CJIP* portant sur des faits de corruption transnationale, cette convention a été la cinquième à avoir été conclue depuis l'entrée en vigueur de ce dispositif le 1<sup>er</sup> juin 2017. Cette procédure semble être considérée comme un mécanisme attrayant de règlement des infractions économiques complexes.

#### 1.3.4. Évolutions récentes en matière d'adoption d'accords hors procès

Les pays Parties à la Convention continuent d'augmenter le nombre d'accords hors procès applicables aux affaires de corruption transnationale. L'**Australie** et le **Canada** ont mené des consultations publiques approfondies sur le bien-fondé de l'adoption d'accords de type *ASP* pour inciter les entreprises à détecter et à signaler les infractions (les initiatives législatives engagées par ces deux pays sont examinées plus en détail ci-dessous). On notera qu'ils ont tous deux lié leur réflexion sur ces nouveaux mécanismes d'accords à l'utilisation d'outils analogues par d'autres pays, comme le **Brésil**, les **États-Unis**, la **France** et le **Royaume-Uni**<sup>56</sup>. Certains pays Parties à Convention ont signalé qu'ils avaient communiqué des informations sur leurs mécanismes d'accords hors procès à d'autres pays du Groupe de travail, développant leurs propres mécanismes. Cela montre que les pays Parties à la Convention continuent d'harmoniser leurs cadres juridiques et cela, en partie, en vue de contribuer à la mise en place d'une coopération efficace dans les affaires complexes de corruption transnationale<sup>57</sup>. La **Suisse** envisage aussi d'adopter un *ASP*. En

<sup>54</sup> En 2018, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi de Total S.A contre sa condamnation pour corruption d'agents publics étrangers irakiens dans le contexte du scandale lié au programme Pétrole contre nourriture et a ordonné à Total de s'acquitter d'une amende de 750 000 EUR et à la société Vitol de payer 300 000 EUR pour son comportement dans cette affaire.

<sup>55</sup> L'Agence française anticorruption (AFA), créée par la même loi que celle portant création de la *CJIP* (Loi n°2016-1691 du 9 décembre 2016) est l'autorité chargée de cette évaluation.

<sup>56</sup> Voir, par exemple, Communiqué de presse de Michael Keenan, ministre australien de la Justice, « [New tools to tackle white-collar crime](#) » (31 mars 2017) ; Gouvernement du Canada, « [Élargir la trousse d'outils du Canada pour répondre aux actes répréhensibles des entreprises : Document de travail pour consultation publique](#) » (septembre 2017), page 5.

<sup>57</sup> Voir, par exemple, Service du procureur général australien, Document de travail pour consultation publique, « A proposed model for a Deferred Prosecution Agreement scheme in Australia » (mars 2017).

novembre 2018, le Procureur général a appelé le gouvernement à amender le Code pénal pour instaurer ce mécanisme afin d'aider les procureurs à rendre les entreprises responsables de leurs malversations économiques. Le ministère de la Justice a commencé à examiner, en mars 2018, l'instauration d'un ASP. La question devrait être débattue par le parlement suisse en 2019<sup>58</sup>. Enfin, en 2016, le **Japon** a adopté des amendements dans son Code pénal instituant un nouvel mécanisme d'accord hors procès, applicable à la fois aux personnes morales et aux personnes physiques<sup>59</sup>. Ce mécanisme, appelé *procédure d'accord*, est entré en vigueur en juin 2018 et sera examiné plus en détail dans le chapitre 2.6.

*L'Australie envisage un nouveau régime d'accord de suspension des poursuites*

Le 6 décembre 2017, le gouvernement australien a adopté une législation qui modifierait, entre autres, la Loi de 1983 sur le Directeur du ministère public en vue de mettre en place une procédure d'ASP<sup>60</sup>. Cette législation a été élaborée à l'issue de deux consultations publiques distinctes qui ont eu lieu de 2016 à 2017. Depuis, les modifications proposées ont été examinées par différentes commissions sénatoriales. En parallèle, le service du procureur général a préparé un projet de code de pratiques pour expliquer les modalités de fonctionnement du mécanisme d'ASP, dans l'éventualité où il serait adopté.

La note explicative accompagnant les amendements proposés précise que l'ASP a été proposée en partie pour faciliter la détection d'infractions complexes commises par les entreprises, telles que la corruption transnationale et les enquêtes s'y rapportant. En effet, ces enquêtes qui nécessitent généralement un nombre de documents et de données considérables, suscitent des contentieux au sujet du secret professionnel des avocats, et s'accompagnent de difficultés à recueillir des preuves dans des pays étrangers en recourant à l'entraide judiciaire<sup>61</sup>. Principalement centré sur la lutte contre les crimes économiques et l'amélioration de la culture d'entreprise, le régime d'ASP australien proposé vise exclusivement les entreprises pour certaines infractions économiques précises<sup>62</sup>. Est prévu que les entreprises mises en cause soient tenues de reconnaître les éléments factuels de leurs malversations et de s'acquitter d'une pénalité financière. En outre, les ASP peuvent imposer d'autres conditions, et comme par exemple aux entreprises de restituer les bénéfices et autres avantages mal acquis tirés de l'infraction, d'indemniser les victimes,

<sup>58</sup> Voir GIR, [Swiss Attorney General calls for DPAs](#), Waithera Junghae, 21 novembre 2018, et GIR [Switzerland favours US-style DPAs](#), Emily Casswell, 25 mai 2018

<sup>59</sup> Loi n°54 de 2016 (Loi portant modification de parties du Code de procédure pénale et d'autres lois ou *Act to Amend Parts of Criminal Procedure Code and Other Acts*). Code de procédure pénale, article 350-2 à 350-15.

<sup>60</sup> Le Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Crimes Legislation Amendment \(Combating Corporate Crime\) Bill 2017](#) contient aussi des propositions de modification du droit pénal matériel relatives aux éléments de l'infraction de corruption transnationale et de création d'une nouvelle infraction de manquement d'une entreprise à prévenir des actes de corruption transnationale commis par un associé.

<sup>61</sup> Voir Note explicative sur le Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Explanatory Memorandum to Crimes Legislation Amendment \(Combating Corporate Crime\) Bill 2017](#), paragraphe 2.

<sup>62</sup> Voir Note explicative sur le Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Explanatory Memorandum to Crimes Legislation Amendment \(Combating Corporate Crime\) Bill 2017](#), paragraphes 2 et 11.

d'adopter un programme de mise en conformité ou de renforcer leur programme déjà en place, de coopérer à l'enquête portant sur les dirigeants de l'entreprises ou sur toute autre personne ayant pris part à l'infraction, voire de payer des frais raisonnables encourus par le Commonwealth pour négocier l'ASP<sup>63</sup>.

En ce qui concerne les mesures de contrôle, la législation australienne prévoit qu'aucun ASP ne peut prendre effet tant qu'un ancien agent judiciaire (appelé « agent d'approbation ») n'aura pas vérifié que l'accord soit équitable, raisonnable et proportionné et qu'il sert l'intérêt de la justice. De plus, le Directeur du ministère public du Commonwealth doit conclure que l'ASP relève de l'intérêt général avant de pouvoir être soumis à l'examen de l'agent d'approbation. Si l'ASP est conclu, aucune action pénale ne peut être engagée à l'encontre de l'entreprise devant un tribunal fédéral ou devant le tribunal de tout État ou territoire à propos de l'infraction ou des infractions dont il est fait mention dans l'accord sauf si l'entreprise viol substantiellement l'ASP ou l'a obtenu sur la foi d'informations dont elle savait ou aurait dû savoir qu'elles étaient inexactes, incomplètes ou trompeuses<sup>64</sup>.

En général, l'ASP est publié sur le site web du ministère public dont le directeur peut toutefois décider, s'il y a lieu, d'en publier une version modifiée ne mentionnant pas la raison sociale de l'entreprise ou d'autres éléments, ou de ne pas le publier du tout. Il peut prendre cette décision pour éviter, par exemple, de porter préjudice à une enquête ou un procès en cours ou pour servir d'une autre façon les intérêts de la justice. Si l'entreprise contrevient gravement à l'accord, le ministère public a alors le droit d'engager des poursuites ou de chercher à modifier les conditions prévues par l'accord. Toute modification doit être approuvée par l'agent d'approbation selon les mêmes critères que ceux utilisés pour l'ASP original<sup>65</sup>.

Aucun document (excepté l'ASP lui-même) indiquant qu'une entreprise est ou a été partie à un ASP ou a cherché à négocier un ASP ne peut être admis comme preuve à l'encontre de celle-ci. Tout document (là encore excepté l'ASP lui-même) rédigé à seule fin de négocier l'ASP n'est pas non plus recevable comme preuve en règle générale. Ces restrictions relatives aux preuves ne s'appliquent pas si une action pénale est intentée après une violation grave de l'ASP par l'entreprise ou si l'entreprise a communiqué des preuves ou fait une déposition incohérentes lors d'une autre procédure pénale ou civile. Les éléments factuels convenus figurant dans un ASP peuvent également être utilisés dans le cadre d'une

---

<sup>63</sup> Voir Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), annexe 2, article 17C(1) et (2) ; voir aussi Note explicative sur le Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Explanatory Memorandum to Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), paragraphe 12.

<sup>64</sup> Voir Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), annexe 2, article 17A(1)-(3) ; voir aussi Note explicative sur le Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Explanatory Memorandum to Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), paragraphe 13.

<sup>65</sup> Voir Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), annexe 2, articles 17D(8) et (9) et 17F.

procédure intentée en vertu de la Loi de 2002 sur les produits des infractions après une procédure pénale qui aura pu être intentée à la suite d'une grave violation de l'ASP<sup>66</sup>.

*Le Canada a mis au point son propre régime d'ASP à l'issue d'une consultation publique*

Au **Canada**, le gouvernement a apporté des amendements législatifs à son Projet de loi d'exécution du budget de 2018 afin d'instaurer un nouvel mécanisme d'accord hors procès, appelé « Régime d'accord de réparation ». Après avoir reçu la sanction royale en juin 2018, ces modifications sont entrées en vigueur le 19 septembre 2018. Ce nouveau mécanisme ressemble à celui des ASP en vigueur aux **États-Unis** et au **Royaume-Uni** dans la mesure où il permettrait à des entreprises<sup>67</sup> de signaler et résoudre certaines crimes économiques, tels que la corruption transnationale, et ainsi d'échapper à une condamnation pénale. Selon le gouvernement du Canada, la mise en œuvre de ces accords de réparation donnerait au ministère public une plus grande marge de manœuvre pour engager la responsabilité des entreprises en leur épargnant les conséquences collatérales d'une condamnation formelle susceptible de porter préjudice à des tiers, tels que les salariés et les actionnaires. Ces accords devraient en outre faire progresser les mesures de conformité<sup>68</sup>.

À l'automne 2017, le **Canada** a mené une consultation publique sur les actes répréhensibles des entreprises afin de recueillir des commentaires au sujet de l'adoption d'une version canadienne de l'ASP. Cette consultation avait aussi pour objet de recueillir des avis sur l'efficacité globale du « Régime d'intégrité » du Canada adopté en 2015, afin de s'assurer que les entreprises ayant un comportement éthique remportent des contrats publics et bénéficient des avantages octroyés par les Services publics et d'Approvisionnement du Canada<sup>69</sup>. Au cours de ce processus, des représentants du gouvernement ont rencontré plus de 370 participants et reçu plus de 70 soumissions écrites émanant d'entreprises, d'organisations non gouvernementales, de particuliers et du corps juridique<sup>70</sup>. La plupart des participants se sont déclarés favorables à l'adoption d'un régime d'ASP, principalement afin d'inciter les entreprises à procéder au signalement spontané et de promouvoir la conformité et la réhabilitation<sup>71</sup> (le régime de réparation canadien est examiné plus en détail dans le chapitre 2.2.).

<sup>66</sup> Voir Projet de loi de 2017 (sur la lutte contre les infractions commises par les entreprises) portant modification de la législation sur la criminalité ou [Crimes Legislation Amendment \(Combatting Corporate Crime\) Bill 2017](#), annexe 2, article 17H(1), (3). et (5).

<sup>67</sup> En principe, le Régime d'accord de réparation est applicable à toutes les organisations au sens de l'article 2 du Code pénal, exception faite des corps constitués, des syndicats professionnels et des municipalités. Voir Projet de loi d'exécution du budget 2018, [Projet de loi C-74](#), article 715.3(1).

<sup>68</sup> Services publics et Approvisionnement Canada, Communiqué de presse, « [Le Canada élargira sa trousse d'outils afin d'éliminer les actes répréhensibles des entreprises](#) » (27 mars 2018).

<sup>69</sup> Mark Morrison, Michael Dixon et Liam Kelley, « Another Step Forward: Canada Announces Impending DPA Legislation and Further Integrity Regime Amendments, » Blakes Client Alert Bulletin (27 février 2018).

<sup>70</sup> Ministère de la Justice Canada, Document d'information, « [Accords et arrêtés de réparation pour remédier au crime d'entreprise](#) » (27 mars 2018).

<sup>71</sup> Gouvernement du Canada, Résumé de la consultation publique, « [Élargir la trousse d'outils du Canada pour répondre aux actes répréhensibles des entreprises : Ce que nous avons entendu](#) » (22 février 2018).

#### 1.4. Les mécanismes en vigueur ont permis la résolution coordonnée de vastes affaires multijuridictionnelle

La coopération internationale a considérablement progressé au fil du temps. La grande majorité des affaires de corruption transnationale suppose un certain degré de coopération internationale entre les autorités de poursuites au stade de l'enquête et, comme cette Étude en souligne, les accords hors procès sont de plus en plus coordonnés entre les juridictions concernées. Lorsque les circonstances permettent un règlement hors procès multijuridictionnel, l'ensemble des parties prenantes bénéficient généralement du caractère définitif de l'accord conclu avec les pays ayant coopéré entre eux. Le caractère définitif des accords multijuridictionnels permettent généralement : (1) aux différentes autorités de poursuites concernées de gagner en efficacité et ainsi d'affecter des moyens à d'autres affaires, (2) aux défendeurs de bénéficier d'une plus grande certitude juridique fondée sur l'accord qu'ils ont conclu, (3) d'assurer que tous les comportements criminels soient réprimés même s'ils ont lieu dans plusieurs pays alors qu'aucune autorité répressive nationale ne peut, à elle seule, exercer sa compétence, et (4) de répartir équitablement les dommages et intérêts, le montant des amendes, les avoirs restitués et autres pénalités entre les juridictions participant à la procédure.

Pour les autorités de poursuites, l'assistance reçue au stade de l'enquête aboutit souvent à des accords multijuridictionnels coordonnés. De fait, dans toutes les affaires résumées dans l'encadré 2, les autorités de poursuites ont partagé des informations les unes avec les autres. Au stade de l'enquête, la coopération internationale s'effectue souvent dans les deux sens, les autorités de poursuites et les autorités répressives s'apportant mutuellement assistance. Cette entraide est généralement « formellement » demandée et exécutée en application d'une convention bilatérale, comme une convention bilatérale d'entraide judiciaire, ou de conventions multilatérales, comme la Convention des Nations Unies contre la corruption. En 2017, le ministère de la Justice américain a annoncé que, depuis 2012, il y avait eu « une augmentation de 147 % du nombre annuel de demandes provenant d'autorités étrangères sollicitant des éléments de preuve se trouvant aux États-Unis pour étayer des enquêtes dans des affaires de corruption transnationale »<sup>72</sup>. Les autorités répressives et les ministères publics s'échangent entre eux également des informations sur de manière « informelle ». De tels échanges peuvent aussi s'effectuer entre services de police et entre ministères publics. Ces échanges peuvent avoir lieu avant, pendant ou après une demande d'entraide judiciaire en bonne et due forme voire en l'absence d'une telle demande. En partageant des informations entre elles, les autorités de poursuites et les autorités répressives acquièrent une meilleure connaissance des éléments factuels d'une affaire et ont généralement l'occasion d'examiner si celle-ci peut donner lieu à un accord multijuridictionnel.

Comme décrites dans le chapitre 6.3, les difficultés inhérentes aux accords multijuridictionnels coordonnés proviennent en général du fait que les autorités prenant part à l'accord agissent au sein de leur cadre juridique et institutionnel respectif. Par conséquent, ces autorités peuvent parvenir à des conclusions divergentes sur plusieurs aspects d'une même affaire. Ainsi, un pays peut décider qu'il est nécessaire d'exercer un

---

<sup>72</sup> Trevor N. McFadden, Allocution de Trevor N. McFadden, Principal substitut du procureur par intérim lors du 7<sup>e</sup> Sommet brésilien sur la lutte contre la corruption organisé par l'American Conference Institute (24 mai 2017) (Par ailleurs, de 2012 de 2017, il y a eu « une augmentation de 75 % du nombre annuel de demandes de preuves se trouvant à l'étranger qui ont été adressées dans le but d'aider les procureurs américains menant des enquêtes en vertu du FCPA et des enquêtes portant sur des affaires de corruption »).



contrôle/une autre forme de surveillance indépendante à l'encontre de l'entreprise mise en cause alors que d'autres pays ne partagent pas cet avis, comme cela a été le cas dans l'*affaire Rolls-Royce* et dans l'*affaire de la Société Générale*. En revanche, dans l'*affaire Odebrecht*, les **États-Unis** et le **Brésil** ont tous deux demandé que des contrôles indépendants soient effectués. En effet, les accords multijuridictionnels sont généralement applicables même en cas de divergences de vues entre les différentes juridictions concernées, comme on peut le voir dans les affaires récapitulées dans l'encadré 2.

Comme l'ont noté de nombreux commentateurs dans des articles de presse et des analyses académiques, ces dix dernières années se sont caractérisées par une progression constante des recours aux accords hors procès multijuridictionnels coordonnés. Ces accords peuvent faire intervenir jusqu'à trois pays Parties à la Convention (comme on le voit dans les affaires résumées en annexe B). En commençant par l'affaire **Siemens AG** en 2008, l'accord hors procès coordonné auquel ont pris part les États-Unis et l'Allemagne, a été suivi de beaucoup d'autres dont le nombre a exponentiellement augmenté depuis 2016. Cette tendance devrait se poursuivre, en particulier parce que les pays continuent de coopérer au stade de l'enquête, ainsi renforcent leurs instruments législatifs de lutte contre la corruption et ont pour priorité l'ouverture de poursuites dans les affaires de corruption transnationale. Ces accords multijuridictionnels se sont souvent avérés être un mode de résolution de ces affaires servant l'intérêt des autorités de poursuites comme des défenseurs pour les raisons suivantes :

- De la manière sans doute la plus significative, les différentes juridictions participant à un accord international prennent en compte les sanctions imposées par les autres juridictions concernées, d'où un risque moindre que le défendeur fasse l'objet de sanctions disproportionnées par rapport au comportement mis en cause. Ainsi, (1) dans l'accord *Siemens*, les autorités **américaines** et **allemandes** ont tenu compte des montants que l'entreprise aurait à payer dans les deux juridictions en concluant un accord global; (2) dans l'accord *Odebrecht*, l'entreprise, le **Brésil**, les **États-Unis** et la **Suisse** ont convenu de la répartition du montant des pénalités entre eux; (3) dans l'accord *VimpelCom*, les autorités **américaines** et **néerlandaises** ont décidé d'imposer des amendes d'un montant équivalentes, compte tenu des circonstances de l'affaire ; (4) dans l'accord *Standard Bank*, le tribunal **britannique** qui a approuvé l'ASP a pris en compte le fait que les conditions prévues par cet accord avaient été portées à l'attention de la SEC **américaine** et que celle-ci avait, en conséquence, annoncé son intention d'infliger une amende civile de 4.2 millions USD pour un comportement distinct mais rattaché. À son tour, la SEC a tenu compte du montant des biens à restituer imposé par l'ASP britannique pour décider du montant de l'amende civile qu'elle a infligée et (5) dans l'accord *Rolls-Royce*, le ministère américain de la Justice a tenu compte de l'amende de 25.5 millions USD versée au **Brésil** dans le cadre d'un accord parallèle car les deux accords conclus visaient un seul et même comportement.
- Dans le cadre d'un accord multijuridictionnel, les autorités de poursuites peuvent coopérer pour parvenir à une sanction plus équitable des défenseurs dès lors qu'un comportement relève pleinement de leur compétence. Ainsi, dans l'*affaire Rolls-Royce*, le **Brésil**, les **États-Unis** et le **Royaume-Uni** ont coopéré ensemble pour déterminer quelle était l'autorité la mieux placée pour enquêter sur les divers actes de corruption mis en cause et engager les poursuites y afférentes.
- Les défenseurs acceptent en général de se soumettre à un processus de coopération continue à la fois dans les pays prenant part à l'accord global et avec d'autres autres autorités

étrangères. Ainsi, *Odebrecht*, *Rolls-Royce*, *Siemens* et *VimpelCom* ont accepté de coopérer avec des autorités étrangères dans leur cadre de leurs accords respectifs.

- Certaines autorités de poursuites peuvent décider de ne pas poursuivre une entreprise mise en cause pour un comportement donné, ce qui procure à l'ensemble des parties une issue plus prévisible. Ainsi, dans l'*affaire de la Standard Bank*, le ministère américain de la Justice a décidé de ne pas tenter d'action séparée à l'encontre de la banque puisque le comportement fautif de celle-ci était couvert par l'ASP britannique qui sanctionnait déjà la banque d'une manière appropriée. Dans l'*affaire Rolls-Royce*, les **États-Unis** et le **Royaume-Uni** ont convenu de ne pas poursuivre **Rolls-Royce** pour un autre comportement préalable aux accords respectifs, dans le cadre des enquêtes en cours à l'encontre d'Airbus et d'Unaoil.
- Selon l'ampleur du comportement mis en cause et selon les autorités de poursuites prenant part à l'accord, un accord multijuridictionnel peut mettre fin aux enquêtes menées par l'ensemble des pays concernés par le comportement fautif. Cela étant, comme on le verra dans le chapitre 6.3, cela n'est pas toujours le cas.

**Encadré 1. Bonnes pratiques dans le cadre des accords multijuridictionnels coordonnés**

1. Coopérer dès les premiers stades : les autorités de poursuites qui prennent connaissance du comportement délictueux pouvant donner lieu à des poursuites dans plusieurs juridictions doivent envisager de partager des informations dès les premiers stades pour mieux appréhender les éléments factuels de l'affaire, ainsi qu'en vue d'étudier si un accord international est possible.
2. Faire le point sur les questions à régler pour permettre un accord multijuridictionnel : par exemple, élaborer une méthode efficace d'échange des informations, déterminer les juridictions les plus compétentes pour poursuivre les auteurs du comportement concernés, déterminer s'il est nécessaire que le défendeur coopère avec d'autres juridictions dans le cadre d'un processus de coopération continue, examiner en quoi les termes prévus d'un accord conclu dans un pays peuvent avoir une incidence dans d'autres, se demander s'il sera nécessaire d'exercer des mesures de contrôle, déterminer si une juridiction souhaite accepter de ne pas poursuivre un défendeur dans certaines circonstances et fixer le calendrier de publication des informations.
3. Donner priorité à l'équité : tenir compte des sanctions imposées par d'autres juridictions au moment de la détermination des sanctions et du montant des amendes.



**Encadré 2. Accords coordonnés de large portée conclus dans le cadre de vastes affaires multijuridictionnelles**

**Odebrecht** – À ce jour, l'affaire **Odebrecht** a donné lieu au plus grand accord hors procès jamais conclu pour des faits de corruption transnationale. L'enquête a débuté au **Brésil**, qui a échangé des informations avec les **États-Unis** et la **Suisse** dès les premiers stades de l'enquête. Cet échange d'informations a constitué un élément essentiel, permettant à ces pays de parvenir à des accords coordonnés avec l'entreprise mise en cause, laquelle a accepté, au final, de s'acquitter d'une sanction financière pénale d'un montant de 2.6 milliards USD. Les **États-Unis** et la **Suisse** ont chacun reçu 10 % du montant total et le **Brésil** les 80 % restants. En outre, Braskem S.A., une filiale d'Odebrecht, a accepté de payer une sanction financière pénale d'environ 632 millions USD et de restituer une somme de 325 millions USD. Les **États-Unis** et la **Suisse** ont reçu chacun 15 % du total et le **Brésil** les 70 % restants. Chacune des trois juridictions a pris en compte les amendes qui seraient versées aux autres. Ainsi, dans le cadre de la transaction pénale conclue par le ministère de la Justice, les **États-Unis** ont accepté de tenir compte le montant des amendes et des profits confisqués qu'Odebrecht S.A. verserait aux autorités **brésiliennes** et **suisses**. De plus, Odebrecht a accepté de coopérer avec des autorités étrangères même si les détails de cette coopération figurent dans chacun des accords respectifs. Enfin, Odebrecht a convenu de se soumettre à un contrôle indépendant au **Brésil** ainsi qu'à des mesures de contrôles distinctes aux **États-Unis**.

**Rolls-Royce** – Cette affaire a donné lieu à un accord international coordonné avec le SFO et le ministère américain de la Justice ainsi qu'à un autre accord international coordonné avec le ministère américain de la Justice et le ministère public fédéral du Brésil. Dans l'ensemble, le **Royaume-Uni** et les **États-Unis** poursuivaient chacun cette entreprise pour des actes différents alors qu'en ce qui concerne les **États-Unis** et le **Brésil**, le même acte était visé par les poursuites. Bien que les autorités de ces trois pays aient pris connaissance des agissements frauduleux en cause de l'entreprise de différentes manières, ces pays ont coopéré ensemble dès les premiers stades afin de déterminer l'autorité la plus compétente pour enquêter sur l'affaire, facilitant la conclusion de cet accord multijuridictionnel. Dans le cadre de l'accord conclu avec le ministère américain de la Justice, Rolls-Royce s'est engagée à coopérer avec d'autres pays. Bien que les accords aient été coordonnés, les trois pays ont adopté des approches différentes quant à la conclusion de leurs accords respectifs. Le **Royaume-Uni** a ainsi tenu compte de la coopération de l'entreprise en dépit d'un signalement spontané. La justice britannique lui a finalement consenti une réduction de 50 % de sa pénalité financière au vu de sa coopération « exceptionnelle » et du fait qu'en définitive les informations communiquées par Rolls-Royce au sujet du comportement répréhensible étaient « bien plus détaillées » (et d'un tout autre ordre de grandeur) que ce que les autorités auraient pu découvrir sans sa coopération. Aux **États-Unis**, le ministère de la Justice lui a accordé une réduction de 25 % dans le cadre d'un autre ASP, tenant compte de l'absence de signalement spontané de la part de Rolls-Royce<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Les règles de calcul des amendes diffèrent aux États-Unis et au Royaume-Uni. Les règles britanniques de détermination de la peine ne prévoient aucun mécanisme précis pénalisant une absence d'auto-dénonciation totale.

Si Rolls-Royce a accepté les mesures de contrôle indépendant et l'obligation de communication d'informations qui lui ont été imposées au **Royaume-Uni**, le ministère américain de la Justice n'a pas prévu d'obligation analogue. Le ministère américain de la Justice a tenu compte des 25.5 millions USD versés au **Brésil** dans le cadre d'un accord parallèle car le même acte était visé par les deux mécanismes. À certaines exceptions près, les États-Unis et le Royaume-Uni ont convenu de ne pas poursuivre Rolls-Royce pour un autre acte préalable à leur accord respectif mis au jour dans le cadre d'une enquête en cours visant Airbus et Unaoil.

*Siemens* – L'affaire *Siemens* a donné lieu au tout premier accord coordonné auquel ont pris part deux pays Parties à la Convention anticorruption. En 2006, les autorités **allemandes** ont ouvert une enquête à l'encontre de Siemens AG et de ses salariés pour des faits éventuels de corruption transnationale et de falsification des livres comptables de l'entreprise. Peu après, Siemens AG a fait part d'infractions éventuelles au FCPA au ministère américain de la Justice et à la SEC, qui ont étroitement coopéré avec les autorités **allemandes**. Pour régler l'affaire, Siemens a accepté, en 2008, de s'acquitter de pénalités d'un montant total de 1.6 milliard USD. Les **États-Unis** et l'**Allemagne** ont annoncé en même temps les sentences. Dans le cadre d'une transaction pénale, Siemens AG a accepté de continuer à coopérer pleinement avec le ministère américain de la Justice, les autorités **allemandes** et des autorités d'autres pays dans le cadre de leurs enquêtes en cours. Pour déterminer le montant de l'amende qu'elles allaient respectivement imposer, les autorités des deux pays ont pris en compte le montant prévisionnel de l'amende infligée dans l'autre pays.

*Société Générale* – En 2018, la Société Générale a conclu un accord parallèle avec le Parquet national financier français et le ministère de la Justice américain dans le cadre du premier accord coordonné conclu par ces autorités dans une affaire de corruption transnationale. Les **États-Unis** et la **France** ont commencé à échanger des informations dès le stade de l'enquête, ce qui a finalement permis une résolution plus rapide de l'affaire. Les autorités se sont communiquées les preuves recueillies lors de leurs enquêtes parallèles et sont parvenues à un accord coordonné avec la Société Générale. Cette coopération **franco-américaine** a, apparemment, pris la forme de contacts quotidiens entre les autorités durant les négociations. Dans le cadre de l'accord conclu avec le ministère public **français**, la Société Générale a accepté de se soumettre pendant deux ans à un contrôle exercé par l'Agence **française** anticorruption (AFA). Les autorités américaines n'ont pas imposé une telle obligation mais l'entreprise a accepté de communiquer d'elle-même des informations au ministère de la Justice américain pendant 3 ans.

*Standard Bank* – En novembre 2015, un tribunal britannique a approuvé un *ASP* conclu entre le SFO et la Standard Bank. La banque a accepté de payer une amende de 16.8 millions USD et de restituer des profits mal acquis à hauteur de 8.4 millions USD. La Standard Bank a en outre été tenue de coopérer avec toute autre agence ou autorité, nationale ou étrangère, dans le cadre d'enquêtes connexes. Il est à noter que les autorités **britanniques** ont consulté leurs homologues **américaines** et que finalement, le ministère

de la Justice américain a accepté de ne pas tenter de poursuites à l'encontre de la banque dans la mesure où les actes étaient couverts par l'ASP britannique et que des sanctions appropriées lui avaient été imposées dans ce cadre. La SEC a infligé une amende civile de 4.2 millions USD pour sanctionner les actes non couverts par l'ASP britannique. La SEC a pris en compte le montant proposé des profits mal acquis à restituer dans le cadre de l'ASP britannique pour déterminer le montant de l'amende civile. Pour entériner les conditions définitives arrêtées dans le cadre de l'ASP, le tribunal britannique qui l'avait approuvé a lui aussi tenu compte du fait que les conditions prévues dans l'accord avaient été portées à l'attention de la SEC et que celle-ci avait en conséquence annoncé son intention d'imposer une amende de 4.2 millions USD pour un acte distinct mais connexe. En outre, le **Royaume-Uni** a consulté les autorités tanzaniennes qui étaient susceptibles d'avoir compétence dans l'affaire pour les faits de corruption nationale présumés. La Tanzanie a accepté que le SFO prenne la direction des opérations sachant qu'il pourrait sanctionner le comportement fautif et obtenir réparation pour la Tanzanie<sup>2</sup>.

**VimpelCom** – De 2006 à 2012, VimpelCom, opérateur **néerlandais** de télécommunications, et sa filiale en propriété exclusive en Ouzbékistan Unitel, se sont concertées pour verser plus de 114 millions USD de pots-de-vin à un agent public ouzbek. L'affaire de corruption VimpelCom est liée à l'opérateur de télécommunications **suédois** Telia Company AB (auparavant TeliaSonera AB), ce qui a conduit les **États-Unis, la Suisse**, et la **Suède** à ouvrir des enquêtes visant VimpelCom, Telia, et un troisième opérateur de télécommunications. En février 2016, VimpelCom a accepté les conditions imposées dans un accord international conclu avec les autorités **néerlandaises** et **américaines**, aux termes duquel les **Pays-Bas** et les **États-Unis** se sont accordés à lui imposer des amendes identiques. Dans le cadre de l'ASP, VimpelCom a accepté de coopérer avec des autorités étrangères et des banques multilatérales de développement dans le cadre de toute enquête la visant elle-même, ses filiales ou des sociétés affiliés, ainsi que ses dirigeants, salariés et agents.

*Source : annexe B*

## Chapitre 2. Tour d'horizon des différentes formes d'accords hors procès

La **présente** Étude examine les mécanismes d'accords hors procès utilisés dans le cadre d'affaires de corruption transnationale, soit 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales et 55 applicables aux personnes physiques, et ce, dans les 27 pays Parties à la Convention anti-corruption. Ces mécanismes reposent souvent sur des approches juridiques et procédurales différentes, mais ils partagent également certaines caractéristiques.

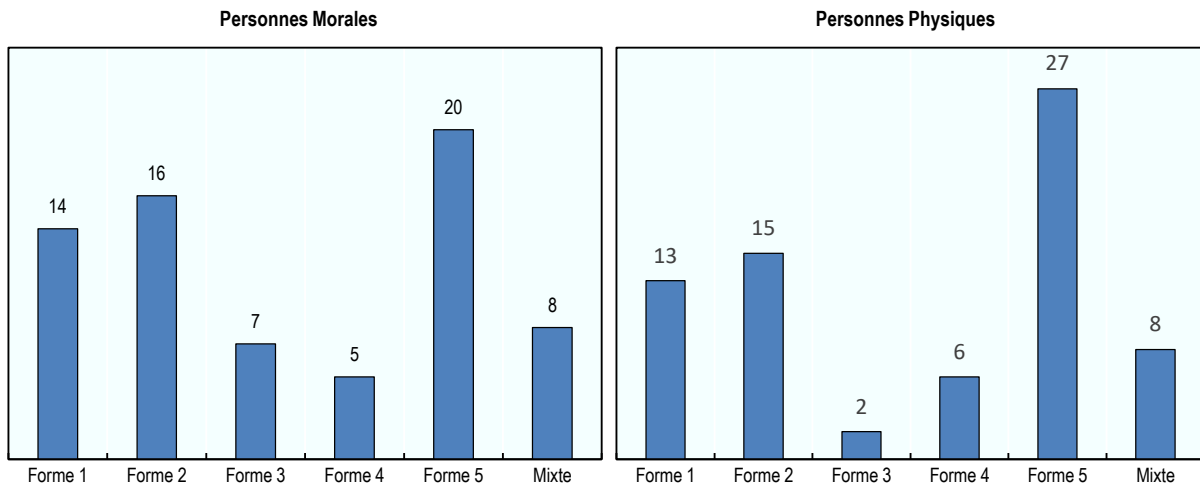
La majorité des 27 pays couverts par cette Étude ont mis en place plusieurs de ces mécanismes d'accords qui facilitent la conclusion d'affaires de corruption transnationale (74 %). Chacun de ces mécanismes s'applique soit aux personnes physiques, soit aux personnes morales, et parfois aux deux. L'**Argentine**, le **Brésil** et l'**Allemagne** disposent par exemple de mécanismes différents pour les personnes physiques et pour les personnes morales, alors que d'autres pays s'appuient sur un mécanisme unique, applicable dans tous les cas. Cela concerne 26 % des pays couverts par cette Étude, parmi lesquels la **République tchèque**, la **Norvège** et l'**Espagne**. Enfin, d'autres pays comme la **France** et les **États-Unis** proposent des dispositifs s'appliquant aussi bien aux personnes physiques que morales, mais aussi un dispositif spécifique réservé aux personnes morales.

Les sections suivantes examinent les différentes catégories d'accords hors procès actuellement disponibles dans les 27 pays couverts par cette Étude. Nonobstant les spécificités de chacun d'eux, les accords conclus ont été classés en catégories (ou « formes ») en fonction de leurs caractéristiques principales.

Sur la base de cette approche, cinq formes d'accord hors procès ont pu être identifiées pour les affaires de corruption transnationale. La forme n° 1 d'accord se solde par le classement d'une enquête sans poursuites ou par l'interruption d'une mesure répressive, et ce, sous réserve que certaines conditions spécifiques soient remplies, notamment la restitution des gains. La forme n° 2 entraîne la suspension ou le report des poursuites engagées, ou autres mesures répressives, sous réserve de l'observation de conditions spécifiques. La forme n° 3 englobe toutes les procédures administratives et civiles débouchant sur une décision définitive assortie de sanctions sans condamnation pénale. La forme n° 4 regroupe les accords constituant une condamnation, sans pour autant supposer une reconnaissance de culpabilité. La forme n° 5 couvre quant à elle les accords équivalents à une transaction pénale, lesquelles nécessitent une reconnaissance de culpabilité des défendeurs et constituent une condamnation. Il existe enfin des mécanismes qualifiés de « mixtes » qui correspondent à plusieurs catégories à la fois, dans la mesure où ils revêtent des formes multiples ou aboutissent à des résultats différents en fonction des faits de l'espèce.

Sur la base des cinq formes d'accords identifiées ci-dessus, le graphique 10 indique le nombre d'accords applicables dans les 27 pays signataires de la Convention couverts par cette Étude.

Graphique 10. Formes d'accord hors procès



*Note* : Certains mécanismes d'accords prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

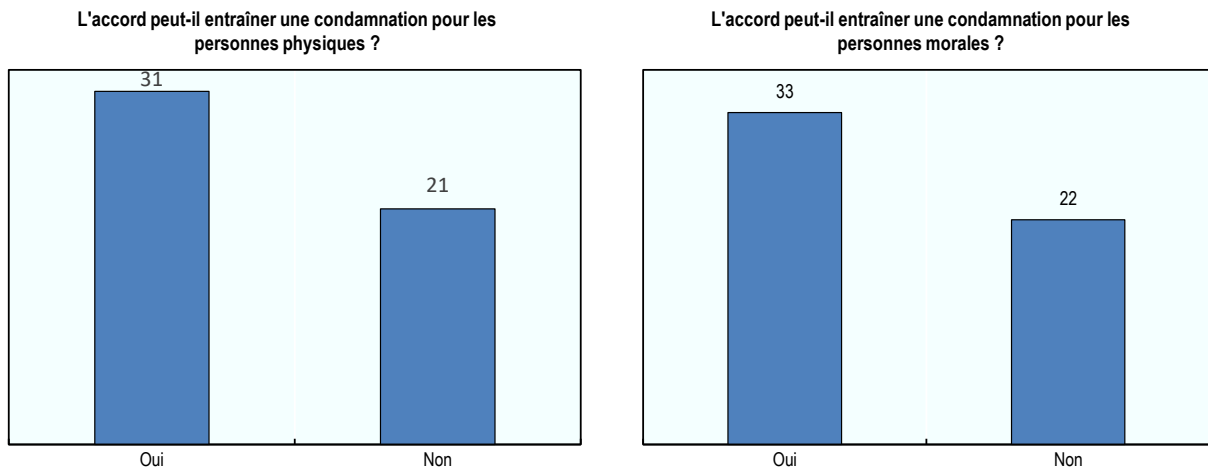
*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

D'un point de vue méthodologique, ces formes (ou catégories) visent à relever les caractéristiques les plus distinctives de chaque type d'accord.

- Premièrement, ces formes distinguent les mécanismes d'accords en fonction de l'issue pour l'auteur de l'infraction présumé. Alors que les deux premières formes entraînent l'abandon ou la suspension des procédures, les trois autres se soldent par une décision définitive assortie de sanctions (même si toutes n'impliquent pas nécessairement une déclaration de culpabilité).
- Deuxièmement, l'affectation à une forme spécifique dépend également de la nature des procédures qui caractérisent les accords. La forme n°3 regroupe les accords qui sont presque exclusivement de nature administrative ou civile. À l'inverse, les formes n° 4 et 5 concernent les procédures pénales entraînant la condamnation des défendeurs. Les formes n° 1 et 2 incluent à la fois les accords de nature civile et administrative.

Pour ce qui est de l'issue pour les auteurs d'une infraction présumés, tel qu'illustré dans le graphique 11, environ 60 % de tous les accords peuvent donner lieu à une condamnation ou à une décision civile ou administrative définitive assortie de sanctions (correspondant à la forme n° 3, 4 ou 5). Cela vaut aussi bien pour les personnes physiques (33 des 55 accords) que pour les personnes morales (31 des 52 accords).

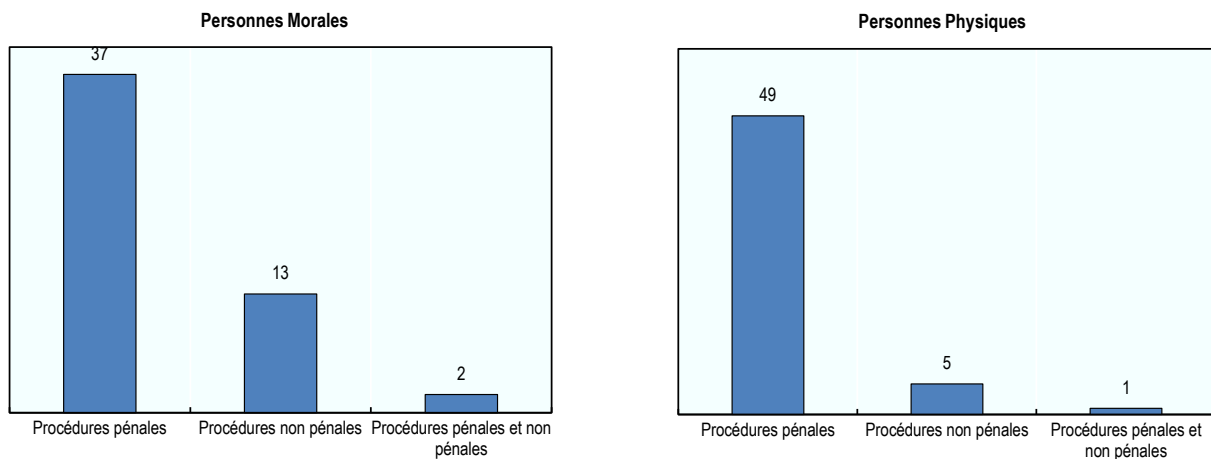
**Graphique 11. Nombre d'accords hors procès pouvant entraîner une condamnation ou une décision civile ou administrative définitive assortie de sanctions**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 12, 13, 16 et 17.

Concernant la nature des procédures, le graphique 12 montre que 37 des 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales (71 %) sont de nature exclusivement pénale. Deux autres revêtent quant à eux une nature aussi bien pénale que non pénale (4 %). Les 13 dispositifs restants (25 %) sont de nature exclusivement civile ou administrative. Dans le cas des personnes physiques, la grande majorité des mécanismes d'accords (49 sur 55, soit 89 %) sont de nature exclusivement pénale. Un seul d'entre eux (2 %) est de nature à la fois pénale et non pénale, et les 5 restants (9 %) sont exclusivement de nature civile ou administrative.

**Graphique 12. Nombre d'accords hors procès applicables en fonction de la nature de la procédure**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 3 et 4.

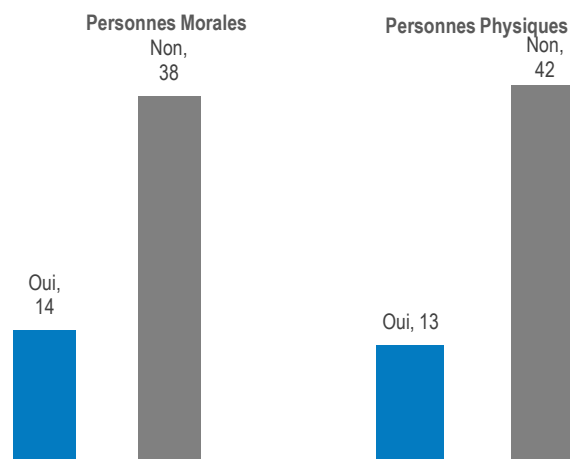
### 2.1. Forme n° 1 – Classement d'une enquête sans poursuites ou autre mesure répressive, avec imposition de sanctions et/ou confiscation (« Renonciation aux poursuites/accord de type AAP »)

Dans le cas des affaires pénales, la particularité de ces mécanismes d'accords est de permettre de régler une affaire avant que des poursuites ne soient engagées. Ces mécanismes correspondent notamment aux *renoncations aux poursuites sous condition de restitution* et aux *accords d'abandon des poursuites (AAP)* prévus par le ministère de la Justice (DOJ) des **États-Unis**. Bien que les AAP soient accessibles aussi bien pour les personnes physiques que les personnes morales, seules les personnes morales peuvent utiliser une procédure de *renonciation aux poursuites sous condition de restitution*. Entre autres exemples, les *peines alternatives* et l'*arrêt des poursuites en retour de coopération* disponibles en **Autriche**, lesquels concernent à la fois les personnes physiques et les personnes morales, mais aussi les *accords de coopération* au **Brésil** ou encore la *possibilité d'exemption de responsabilité pénale* en **Hongrie**, deux accords accessibles uniquement aux personnes physiques. Au total, 14 mécanismes qui peuvent être appliqués aux personnes morales et 13 mécanismes qui peuvent être appliqués aux personnes physiques entrent dans cette forme d'accords hors procès.

Les mécanismes d'accords hors procès de cette catégorie sont habituellement conçus pour les auteurs d'une infraction qui effectuent un signalement spontané et/ou qui coopèrent sans réserve aux poursuites, y compris lorsque cela implique la communication d'informations relatives à des tiers. Une même procédure à l'encontre de plusieurs auteurs d'une infraction présumés peut, le cas échéant, être résolue par le biais de diverses formes d'accord hors procès en fonction de la nature de la personne incriminée (morale ou physique).

Une reconnaissance de culpabilité n'est aucunement requise dans le cas de la renonciation aux poursuites et des accords de type AAP. La plupart des accords de cette catégorie doivent être validés par un tribunal ou une autre autorité compétente. Le rôle des tribunaux peut toutefois grandement varier. La portée du contrôle juridictionnel est abordée plus en détail dans le chapitre 5.1.

**Graphique 13. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 1**



*Note* : Certains mécanismes d'accords prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.



### **Encadré 3. Renonciation aux poursuites sous condition de restitution et accords d'abandon des poursuites aux États-Unis**

#### ***Renonciation aux poursuites sous condition de restitution***

La renonciation aux poursuites sous condition de restitution permet au ministère de la Justice d'abandonner toute procédure si l'entreprise visée restitue les sommes mal acquises. Le recours à la renonciation aux poursuites sous condition de restitution est prévu dans la Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises (novembre 2017), laquelle complète les Principes régissant les poursuites fédérales à l'encontre des entreprises et est intégrée au manuel juridique (*Justice Manual*).

Conformément à cette politique, lorsqu'une entreprise s'est rendue coupable d'une infraction à la FCPA mais signale spontanément l'infraction, coopère pleinement avec les autorités et remédie à la situation de manière appropriée et en temps opportun, il existe une présomption d'exonération de poursuites pour cette entreprise, en l'absence de circonstances aggravantes liées à la gravité de la infraction ou à la nature de l'auteur de l'infraction (comme l'implication de dirigeants, des bénéfices substantiels tirés par l'entreprise ou encore la généralisation de la faute au sein de l'entreprise). Même si une entreprise adopte un comportement exemplaire après la découverte de son infraction, elle ne devrait pas être autorisée à conserver le produit découlant du dispositif illicite. L'entreprise devra par conséquent s'acquitter de l'ensemble des sommes générées par l'infraction, dues au titre des mesures de restitution et/ou de confiscation.

#### ***Accords d'abandon des poursuites dans les procédures pénales***

Dans le cadre d'un accord d'abandon des poursuites (*AAP*), le ministère de la Justice conserve la prérogative d'engager des poursuites mais s'en abstient, afin de permettre à l'entreprise concernée de faire preuve d'un comportement exemplaire pendant la durée effective de l'*AAP* (généralement de deux à trois ans). Contrairement aux accords de suspension des poursuites (*ASP*), les *AAP* ne sont pas déposés auprès d'une juridiction, mais directement pris en charge par les parties. Dans les cas où un *AAP* est conclu avec une entreprise pour des infractions à la FCPA, celui-ci est rendu public sur le site web du ministère de la Justice des États-Unis.

Les conditions d'établissement d'un *AAP* sont semblables à celles d'un *ASP* et, outre le versement d'amendes, elles incluent généralement la renonciation au délai de prescription, une coopération continue, la reconnaissance des faits déterminants, et des engagements de conformité et de mise en œuvre de mesures correctrices. Si l'entreprise respecte les conditions de cet accord jusqu'à son terme, le ministère de la Justice n'engagera pas de procédure pénale. Si un individu se conforme aux conditions d'un *AAP* (autrement dit, s'il fait montre d'une coopération pleine et sincère, et d'un comportement exemplaire en termes de respect des lois), le ministère de la Justice n'engagera pas non plus de procédure contre lui pour l'infraction concernée.

*Source : Contribution des États-Unis à l'Étude*

La renonciation aux poursuites et les accords de type *AAP* peuvent également être de nature civile et/ou administrative. Cela est notamment le cas de l'*AAP* de la *Securities and*



*Exchange Commission (SEC) aux États-Unis, de l'ordonnance de consentement à la restitution civile au Royaume-Uni (deux dispositifs accessibles à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales), ainsi que de l'ordonnance de confiscation en Allemagne (accessible uniquement aux personnes morales pour régler des affaires sans procès).*

#### **Encadré 4. Renonciation aux poursuites/accord de type AAP dans les affaires civiles**

##### ***Ordonnances de confiscation en Allemagne***

En Allemagne, aucune disposition juridique ne permet expressément à une personne morale de recourir à un accord hors procès à proprement parler dans le but de régler une affaire avec les autorités chargées des poursuites. Dans certains cas, une personne morale peut être considérée comme responsable et sanctionnée par les autorités compétentes au titre de l'infraction administrative que constitue un manquement aux devoirs de surveillance incombant aux hauts dirigeants<sup>74</sup>. Cette procédure administrative est décrite dans l'encadré 7 et correspond à la forme n° 3.

Par ailleurs, dans certains Länder, les procureurs utilisent également des ordonnances de confiscation sur la base de l'article 29a de l'OWiG comme accords hors procès avec les entreprises ayant procédé à un signalement spontané faisant preuve de coopération. Le recours aux ordonnances de confiscation pour résoudre des affaires concernant des personnes morales s'appuie sur l'infraction administrative que constitue un manquement aux devoirs de surveillance incombant aux hauts dirigeants (article 130 de l'OWiG), sans pour autant établir la responsabilité des personnes morales. Ces accords permettent ainsi le recouvrement des gains mal acquis auprès de ces entreprises sans engager leur responsabilité (et par conséquent sans leur imposer de sanction administrative). Les procureurs ont pu utiliser les ordonnances de confiscation pour régler certaines affaires de corruption transnationale avec des personnes morales lorsque des entreprises signalaient spontanément des situations de corruption transnationale qui n'auraient pas été découvertes sans cela. Ce mécanisme offre un compromis intéressant pour les deux parties dans la conclusion de l'affaire, dans la mesure où les personnes morales disposent d'un droit à être entendues, ainsi que d'une possibilité de faire appel aussi bien de l'ordonnance de confiscation que des sanctions administratives<sup>75</sup>. Les ordonnances de confiscation ont été considérées par le Groupe de travail comme un accord de facto dans son rapport de Phase 4 sur l'Allemagne.

Source : Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne

##### **Ordonnances de consentement à la restitution civile au Royaume-Uni**

Conformément à la Loi sur les produits des actes criminels de 2002 (Proceeds of Crime Act ou POCA), le Bureau des fraudes graves (Serious Fraud Office ou SFO) et le Service des poursuites de la couronne (Crown Prosecution Service ou CPS) peuvent demander des ordonnances de recouvrement civil auprès du High Court britannique. Ces ordonnances

<sup>74</sup> Responsabilité des personnes morales au titre de l'article 30 de la Loi sur les infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* ou OWiG) engagée en cas de manquement aux devoirs de surveillance, conformément à l'article 130 de l'OWiG.

<sup>75</sup> Le droit à être entendu est garanti par l'article 103 de la Loi fondamentale (*Grundgesetz*)

permettent le recouvrement des « biens acquis par le biais de pratiques illicites ». Aucune condamnation pénale n'est nécessaire. Il suffit au requérant de montrer, hors de tout doute raisonnable, que les biens dont il souhaite le recouvrement ont été mal acquis. Une ordonnance de recouvrement civil découlant d'une affaire de corruption transnationale n'entraîne pas automatiquement l'exclusion des marchés publics.

L'article 276 (1) de la POCA définit l'« ordonnance de consentement », laquelle permet à la partie plaignante et à l'auteur de l'infraction présumé de s'accorder sur le montant du recouvrement et les termes de l'ordonnance, et ce, sans demande préalable auprès de la High Court. Une fois que les parties ont convenu du montant et des conditions de l'ordonnance, celle-ci est rédigée, signée par un juge de la High Court et enregistrée au greffe.

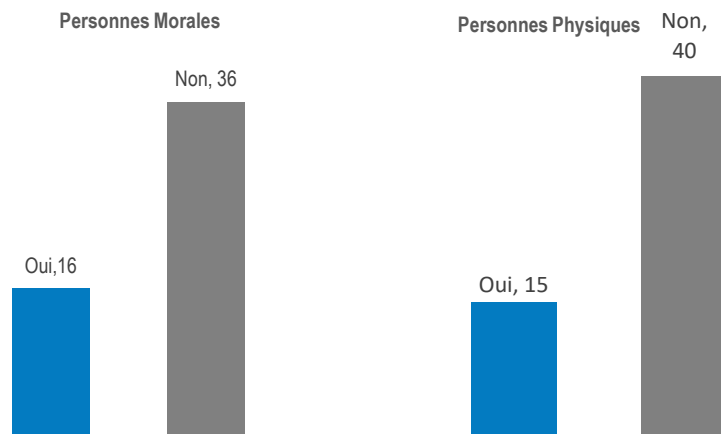
Source : Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni

## 2.2. Forme n° 2 – Suspension, report ou retrait des poursuites ou autres mesures répressives, sous réserve de l'observation des conditions spécifiques (« accord de type ASP »)

La deuxième forme de mécanisme d'accord hors procès disponible pour régler des affaires de corruption transnationale consiste en la suspension, le report ou le retrait de poursuites ou d'autres mesures répressives, sous réserve que certaines conditions spécifiques soient remplies. Aux fins de la présente Étude, cette catégorie sera connue sous l'appellation « accord de type ASP ». Comme pour la première forme, la plupart des mécanismes d'accords appartenant à cette catégorie s'appliquent aux affaires pénales, même si certains sont de nature civile ou administrative.

Comme le montre le graphique 14, sur l'ensemble des mécanismes d'accords hors procès disponibles pour régler des affaires de corruption transnationale dans les pays couverts par cette Étude, 16 accords applicables aux personnes morales (31 %) et 15 accords applicables aux personnes physiques (27 %) appartiennent à cette catégorie.

**Graphique 14. Nombre total d'accords hors procès applicables sous la forme n° 2**



Note : Certains mécanismes d'accords prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

Appliqués aux affaires pénales, les accords de type *ASP* consistent généralement en une entente entre le ministère public et le prévenu afin de reporter les poursuites, sous réserve que certaines conditions spécifiques soient remplies. Contrairement aux accords de type *AAP*, les accords de type *ASP* prévoient que des poursuites soient régulièrement engagées. Cette forme de règlement pénal correspond ainsi entre autres aux *ASP* conclus par le ministère de la Justice des **États-Unis**<sup>76</sup> avec des personnes physiques et morales, aux *suspensions conditionnelles des procédures* au **Chili** et aux *transactions* aux **Pays-Bas**.

D'autres pays disposent de mécanismes similaires qui ne peuvent toutefois être utilisés qu'avec des personnes morales. Cela est notamment le cas des *accords de réparation* au **Canada**, des *conventions judiciaires d'intérêt public (CJIP)* en **France** et des *ASP* au **Royaume-Uni** (voir l'encadré 5 pour un descriptif complet). Un nombre moindre de pays proposent des accords de type *ASP* de nature pénale, lesquels sont uniquement accessibles aux personnes physiques. Citons ainsi la *suspension conditionnelle des procédures* au **Brésil**, la *suspension des procédures* au **Costa Rica** et l'*article 153a* en **Allemagne**.

Depuis l'entrée en application de la Convention anti-corruption de l'OCDE, les accords de type *ASP* se sont révélés être des instruments essentiels d'application du droit. Plusieurs pays ont récemment mis en place ou envisagent la mise en place d'une forme d'*ASP* pour régler des affaires de corruption transnationale (décrites au chapitre 1.3.4). En 2017, la **France** a ajouté les *CJIP* à son arsenal législatif. Au **Canada**, depuis le 19 septembre 2018, les procureurs ont la possibilité de recourir à des *accords de réparation* pour régler des affaires au titre de la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers. Enfin, en **Australie**, un projet de loi prévoit, s'il est adopté, la création d'un mécanisme d'*ASP*, et en **Suisse**, le ministère de la Justice a commencé à évaluer la possibilité d'introduire son propre mécanisme d'*ASP*.

Les principales caractéristiques d'un accord de type *ASP* consistent généralement au lancement d'une procédure pénale à l'encontre du défendeur, comme aux **États-Unis** et au **Royaume-Uni**, laquelle est alors suspendue pendant une période déterminée au cours de laquelle l'auteur de l'infraction présumé doit respecter les conditions de l'accord. Certains mécanismes d'accords de cette catégorie prévoient non pas la suspension des poursuites mais leur retrait pur et simple, et ce, dans la mesure où de par leur nature même, les conditions généralement appliquées (comme le paiement de sanctions pécuniaires) entraîneraient une résolution quasi instantanée. Cela est notamment le cas des *transactions* aux **Pays-Bas**.

Les conditions d'un accord de type *ASP* prévoient habituellement le versement d'une somme d'argent et, dans certains cas, une peine d'emprisonnement pour les personnes physiques. Pour les entreprises mises en cause, les conditions incluent souvent la mise en œuvre d'un programme de conformité dont l'efficacité peut être évaluée par un mandataire de contrôle désigné (voir le chapitre 4.7). Le paiement de dommages-intérêts aux victimes peut également faire partie de l'accord conditionnel d'une affaire dans un certain nombre de pays<sup>77</sup>. Aux **Pays-Bas**, le *rejet conditionnel* (accessible aux personnes physiques et aux personnes morales) prévoit la suspension des poursuites sous réserve que certaines

<sup>76</sup> Voir Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12.

<sup>77</sup> Voir l'examen de l'indemnisation des victimes dans le chapitre 4.6.4.

conditions soient remplies. Dans le cas contraire, le procureur se réserve le droit d'engager des poursuites. Néanmoins, contrairement à la plupart des *ASP*, aucun accord entre les parties n'est nécessaire. Il revient au procureur de classer l'affaire sous conditions et de définir les termes ; le défendeur choisit ou non de s'y soumettre.

Les accords de type *ASP* de nature pénale ne sont pas équivalents à une condamnation et n'entraînent généralement pas les mêmes conséquences qu'une condamnation formelle, comme l'exclusion des appels d'offres publics nationaux et/ou internationaux<sup>78</sup>. Ils exigent toutefois souvent une reconnaissance des faits et non de la culpabilité du prévenu, qu'il s'agisse d'une personne morale ou physique. L'approbation d'un tribunal ou d'une autre autorité compétente est généralement requise.

---

<sup>78</sup> Voir l'examen des conséquences indirectes des condamnations dans le chapitre 3.3.3.

### **Encadré 5. Accords de suspension des poursuites en matière pénale au Canada, en France et au Royaume-Uni**

#### ***Accords de réparation au Canada***

Les *accords de réparation*, introduits au Code criminel sous la forme d'un amendement adopté en juin 2018, peuvent désormais être utilisés par les procureurs canadiens pour résoudre les affaires de corruption transnationale à l'encontre de personnes morales<sup>79</sup>. Cette forme d'accord intervient si le ministère public considère qu'elle s'avère être d'« intérêt public ». Cela implique notamment des considérations sur la nature de l'infraction, le niveau d'implication des dirigeants de l'entreprise, la participation éventuelle de l'entreprise dans l'identification des auteurs de l'infraction, et la mise en œuvre ou non de mesures visant à réparer les préjudices causés par l'infraction ou à prévenir toute nouvelle infraction du même ordre. Les conditions et l'entrée en vigueur de ces accords sont soumis à la validation d'un tribunal.

En cas de conclusion d'un *accord de réparation*, le ministère public pourra renoncer aux poursuites pénales si l'entreprise respecte des conditions spécifiques durant une période déterminée. Cela inclut notamment le versement d'une amende, une pleine coopération aux enquêtes ou aux poursuites, et la restitution des gains mal acquis. Une entreprise peut par ailleurs se voir imposer l'indemnisation des victimes, mais aussi la mise en œuvre ou le renforcement d'un programme de mise en conformité anti-corruption et par le recrutement d'un contrôleur afin d'évaluer les progrès réalisés.

Chaque accord devrait inclure un énoncé conjoint des faits décrivant la faute commise, et être accompagné d'une reconnaissance de responsabilité de l'entreprise pour les faits sous-jacents à l'infraction.

*Source* : Code criminel canadien, partie XXII.1.

#### ***Convention judiciaire d'intérêt public en France***

La Loi Sapin 2, promulguée le 9 décembre 2016, introduit la *convention judiciaire d'intérêt public* (CJIP) au système législatif français. Souvent décrite comme étant modelée sur les *accords de suspension des poursuites* (ASP) américains et britanniques, elle s'applique uniquement aux personnes morales.

#### ***Étapes de la procédure selon disponibilité et implications juridiques***

Avant le lancement de toute action publique, ce dispositif offre la possibilité aux procureurs français de proposer à une personne morale présumée coupable de corruption transnationale (et/ou d'une liste définie d'autres infractions) d'opter pour une *CJIP* et, par conséquent, de mettre fin aux procédures pénales. Même après les accusations formulées et le lancement officiel d'une enquête pénale menée par un juge d'instruction, une *CJIP* peut également être proposée à une personne morale à la demande du procureur ou avec son accord, et ce, à condition que l'entreprise concernée reconnaisse les faits, l'infraction et sa qualification pénale, tels qu'exposés par le ministère public. L'instruction est alors suspendue, bien qu'elle puisse être relancée si les obligations prévues par la *CJIP* ne sont pas respectées.

#### ***Obligations imposées dans le cadre d'une CJIP***

Une ou plusieurs des obligations suivantes peuvent être imposées dans le cadre d'une *CJIP* :

Verser une amende d'intérêt public au Trésor public dont le montant est proportionnel aux avantages tirés de l'infraction, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels.

Se soumettre, pour une durée maximale de trois ans et sous le contrôle de l'Agence française anticorruption (AFA), à un programme de conformité, les frais engagés par l'AFA seront supportés par la personne morale mise en cause.

L'obligation d'indemnisation de toute victime identifiée selon les montants et les modalités définis dans la *CJIP*.

*Source* : Code de procédure pénale français (CPP), article 41-1-2.

Accords de suspension des poursuites au Royaume-Uni

Les *ASP* ont été introduits au Royaume-Uni en février 2014 par l'article 45 et l'annexe 17 de la Loi de 2013 sur la criminalité et les tribunaux (*Crime and Courts Act 2013*). Les *ASP* sont un concept récent au Royaume-Uni et leur utilisation est actuellement limitée. Il n'est ainsi possible d'y recourir que pour certaines infractions pénales économiques, dont les cas de corruption transnationale. Seul un procureur désigné (du SFO et du CPS) est habilité à négocier un *ASP*. Les *ASP* ne sont par ailleurs pas accessibles aux personnes physiques.

Les conditions pouvant être appliquées dans le cadre d'un *ASP* sont souvent les mêmes que celles imposées aux États-Unis et sont répertoriées dans l'annexe 17 de la Loi de 2013 sur la criminalité et les tribunaux (*Crime and Courts Act 2013*). Il peut s'agir notamment de sanctions pécuniaires, d'une indemnisation des victimes de l'infraction présumée, de la restitution des gains ou encore de la mise en place ou du renforcement d'un programme de conformité. Une prise en charge des coûts de poursuite peut également être imposée. Les sanctions financières peuvent être particulièrement élevées, notamment car il n'existe aucun seuil maximal pour les amendes au Royaume-Uni. Bien qu'à l'origine menées entre le ministère public et la défense, les négociations sont ainsi soumises à examen par un tribunal (décrit au chapitre 5.1).

*Source* : Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni.

Les accords de type *ASP* peuvent également être de nature civile et/ou administrative. On peut citer l'exemple des *ASP* aux **États-Unis**, auxquels la SEC peut recourir aussi bien pour les personnes physiques que morales (voir l'encadré 6), et des *accords de clémence* au **Brésil**, applicables uniquement aux personnes morales. Un *accord de clémence* peut correspondre à plusieurs formes d'accords hors procès tel que définis aux fins de la présente étude. L'encadré 10 décrivant les *accords de clémence* peut être consulté dans le chapitre 2.6, consacré aux « Accords mixtes ».

<sup>79</sup> Code pénal, partie XXII.1 (introduit par le Projet de loi d'exécution du budget de 2018, loi C-74).

### Encadré 6. Accords de suspension des poursuites (ASP) en matière civile aux États-Unis

En matière civile, un *accord de suspension des poursuites* est un accord écrit établi entre la SEC et l'auteur d'une infraction (individu ou entreprise) qui s'engage à coopérer, et sur la base duquel accord la SEC convient de renoncer à une mesure répressive à l'encontre de l'auteur de l'infraction s'il accepte notamment : (1) de coopérer pleinement et honnêtement à l'enquête de la SEC et de se soumettre aux mesures répressives associées ; (2) de s'engager dans un accord de long terme ; (3) de se conformer aux mesures mises en place et/ou aux interdictions expresses pendant la période de suspension ; et (4) dans la plupart des cas, de reconnaître ou de ne pas contester les faits sous-jacents de l'affaire, que la SEC pourrait utiliser pour établir une infraction au regard des lois fédérales régissant les valeurs mobilières.

En cas de non-respect de cet accord pendant la période de suspension des poursuites, le personnel de la SEC peut recommander à la Commission qu'une mesure répressive soit engagée, sans limitation, à l'encontre de l'individu ou de l'entreprise auteur de l'infraction au titre de l'infraction d'origine et de toute autre infraction supplémentaire. Par ailleurs, si la Commission valide cette mesure répressive, le personnel de la SEC est susceptible d'exploiter tout élément factuel reconnu par cet individu ou cette entreprise dans le but de déposer une requête en référé, tout en conservant la capacité d'imposer ultérieurement une autre mesure répressive en cas d'infraction supplémentaire.

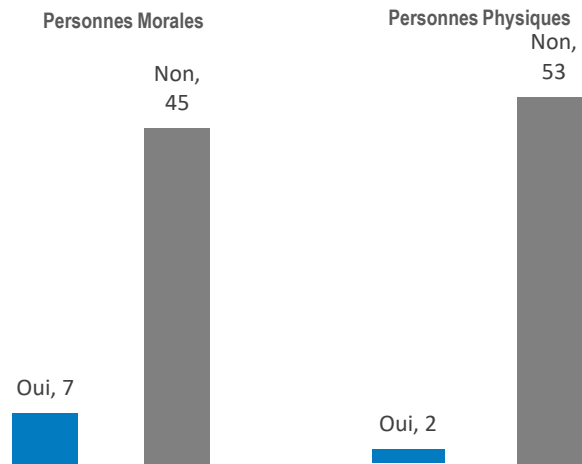
Source : Contribution des États-Unis à l'Étude

### 2.3. Forme n° 3 – Accord entraînant des sanctions sans condamnation pénale (« accord de type civil ou administratif »)

La troisième forme de mécanisme d'accord hors procès disponible dans le cadre d'affaires de corruption transnationale regroupe les accords qui se soldent par une décision définitive n'entraînant pas de condamnation pénale. Cette catégorie inclut toutes les procédures de nature principalement civile ou administrative. Ces mécanismes d'accords ne donnent pas nécessairement lieu à une décision judiciaire de reconnaissance de responsabilité. Ils sont néanmoins classés dans cette catégorie dans la mesure où ils peuvent entraîner des sanctions et des mesures de confiscation comparables à celles imposées dans le cadre d'accords hors procès de nature pénale, dont ils partagent également certains des effets collatéraux<sup>80</sup>.

Le graphique 15 montre que dans le cas des personnes morales, 7 mécanismes d'accords hors procès applicables couverts par la présente Étude (13 %) revêtent cette forme. Pour les personnes physiques, cette forme d'accord semble moins courante, puisque seuls deux mécanismes d'accords disponibles (4 %) appartiennent à cette catégorie.

<sup>80</sup> Voir, par exemple, l'examen du mécanisme d'exclusion dans le chapitre 4.6.1.

**Graphique 15. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 3**

*Note* : Certains mécanismes d'accords prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

Cette forme inclut également les *accords civils* et *administratifs* pouvant être initiés par la SEC aux **États-Unis**. Ces deux mécanismes d'accords sont les seuls de nature civile ou administrative qui s'appliquent à la fois aux personnes morales et aux personnes physiques. Les *ordonnances administratives* mises en place au **Royaume-Uni** sont un exemple de mécanismes applicable uniquement pour les personnes morales.

Ces accords civils ou administratifs sont également accessibles dans les juridictions où la responsabilité des personnes morales est par nature administrative, notamment car le système juridique national ne peut imputer de responsabilité pénale qu'à des personnes physiques<sup>81</sup>. Cela est notamment le cas des *règlements administratifs* en **Allemagne**, décrits dans l'encadré 7, ou encore des *accords de clémence* au **Brésil**, examinés dans le chapitre 2.6. Bien que la responsabilité des personnes morales soit également administrative par nature en **Italie**, le mécanisme d'accord italien est abordé dans le cadre de la forme n° 4, dans la mesure où la responsabilité n'est établie qu'à l'issue de procédures pénales pouvant entraîner une condamnation.

<sup>81</sup> OCDE (2016), *Liability of Legal Persons for Foreign Bribery: A Stocktaking Report* (Responsabilité des personnes morales dans les affaires de corruption transnationale : État des lieux), page 21.



### **Encadré 7. Règlement administratif entre les ministères publics et les personnes morales en Allemagne**

En **Allemagne**, la responsabilité des personnes morales aux termes de l'article 30 de la Loi sur les infractions administratives (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten* ou OWiG) est engagée soit (i) en cas d'infraction pénale commise par un haut dirigeant (corruption transnationale ou commerciale)<sup>82</sup> ou (ii) en cas d'infraction pénale commise par une personne de rang hiérarchique inférieur et résultant en un manquement aux devoirs de surveillance incombant aux hauts dirigeants (infraction administrative), conformément à l'article 130 de l'OWiG. Aucune disposition juridique ne permet expressément à une personne morale de recourir à un accord hors procès à proprement parler dans le but de résoudre une affaire devant le ministère public. Une personne morale peut toutefois être tenue responsable et sanctionnée par le ministère public agissant en tant qu'organe administratif, et ce, sans condamnation ou validation par un tribunal dans le cadre d'une procédure purement administrative. Dans la mesure où une personne morale dispose d'un droit à être entendue avant qu'une telle sanction administrative soit imposée et dans la mesure également où un recours est possible, une certaine marge de manœuvre et des incitations suffisantes sont disponibles pour aboutir à une solution acceptable pour chacune des parties.

La sanction administrative pouvant être appliquée dans le cadre de cette procédure est considérée comme une sanction pécuniaire constituée à la fois d'un volet « punitif » et d'un volet « confiscatoire ». Le montant de l'amende administrative imposée au titre de ce mécanisme d'accord peut être sujet à un examen judiciaire si la personne morale concernée fait appel de cette sanction.

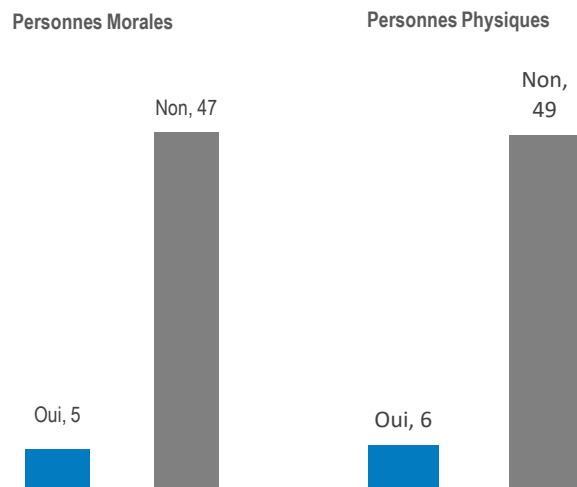
*Source* : Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne

#### **2.4. Forme n° 4 – Accord avec condamnation ou l'équivalent d'une condamnation, mais sans reconnaissance ou déclaration de culpabilité (« accord de type *patteggiamento* »)**

La quatrième forme d'accord hors procès regroupe les accords entraînant une condamnation, ou pouvant être considérés comme équivalents à une condamnation, mais qui ne dépendent toutefois aucunement d'une reconnaissance ou d'une déclaration de culpabilité. Pour des raisons de commodité, l'appellation « accord de type *patteggiamento* » sera donnée à cette catégorie, dans la mesure où, même si elle équivaut à une condamnation, la procédure italienne de *patteggiamento* (illustrée dans l'encadré 8) n'est pas subordonnée à une reconnaissance des faits par le défendeur ou de sa culpabilité dans les procédures pénales.

Sur l'ensemble des mécanismes d'accords hors procès disponibles dans les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE dans le traitement des affaires de corruption transnationale qui sont examinés par cette Etude, 5 mécanismes d'accords visant les personnes morales (10 %) et 6 mécanismes visant les personnes physiques (11 %) appartiennent à cette catégorie. Voir le graphique 16.

<sup>82</sup> Articles 334-335a ou 299-300 du Code pénal allemand.

**Graphique 16. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 4**

*Note* : Certains mécanismes d'accords prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

La particularité de ces accords correspondant à la forme n° 4 est que, contrairement aux transactions pénales (voir la forme n° 5), ils n'exigent pas de reconnaissance de culpabilité par les défendeurs. Ces accords donnent néanmoins lieu à des décisions définitives équivalentes à une condamnation, selon lesquelles les parties s'accordent sur une peine proposée (ou à laquelle l'une des parties accepte de se soumettre). Ils n'entraînent pas les mêmes conséquences qu'une décision judiciaire de culpabilité<sup>83</sup>. Certains accords rattachés à la forme n° 4 reviennent toutefois à établir une culpabilité.

Outre la procédure de *patteggiamento* en **Italie**, cette catégorie inclut également les *ordonnances pénales* en **Suisse** ou encore les *ordonnances de sanction optionnelle* en **Norvège**, deux dispositifs applicables aussi bien aux personnes morales que physiques. En **Suisse**, les *ordonnances pénales* sont rédigées par les procureurs, prévoient des sanctions et, si elles ne sont pas contestées par les défendeurs, ont la même valeur que le jugement d'un tribunal. Elles se distinguent du *patteggiamento* italien en ce qu'elles nécessitent une reconnaissance des faits<sup>84</sup>. De la même manière, les *ordonnances de sanction optionnelle* accessibles en **Norvège** sont promulguées par l'autorité de poursuites si celle-ci considère qu'une affaire peut être résolue par l'imposition d'une amende, par une mesure de confiscation, ou les deux. Le défendeur peut alors choisir d'accepter ou de rejeter cette ordonnance. La mise en détention des personnes physiques n'est pas prévue, mais l'avis de sanction précise la peine d'emprisonnement pouvant être prononcée si l'amende et/ou la confiscation n'est pas honorée<sup>85</sup>.

Enfin, les *ordonnances pénales* en **Allemagne** (applicables uniquement aux personnes physiques) et les *ordonnances punitives* aux **Pays-Bas** pourraient être considérées comme

<sup>83</sup> Voir les tableaux 38 et suivants (réponses à la question n° 23 du questionnaire de recueil de données).

<sup>84</sup> Contribution de la Suisse à L'Étude sur la résolution des affaires de corruption transnationale.

<sup>85</sup> Rapport de Phase 3 sur la Norvège, paragraphe 63.

des accords de type *patteggiamento* dans la mesure où elles ne dépendent pas expressément d'une reconnaissance des faits par le défendeur ou de la reconnaissance de sa culpabilité. Cependant, aux **Pays-Bas**, les *ordonnances punitives* sont équivalentes à une déclaration de culpabilité. Dans le cas des *ordonnances pénales* en **Allemagne**, le consentement des défendeurs n'est pas nécessaire. Ils doivent toutefois être entendus par un tribunal avant l'application de l'ordonnance et ont la possibilité d'en faire appel, auquel cas une procédure en justice complète est engagée<sup>86</sup>. Dans le cadre d'une *ordonnance punitive néerlandaise*, à l'instar des *ordonnances de sanction optionnelle* en **Norvège**, le procureur prépare une ordonnance imposant une sanction, que le défendeur a la possibilité d'accepter ou de refuser. Aucune peine d'emprisonnement ne peut être imposée aux personnes physiques en vertu de ces accords<sup>87</sup>.

### Encadré 8. *Patteggiamento* en Italie

La procédure de *patteggiamento* (dont le nom officiel est « *applicazione della pena su richiesta delle parti* », soit « application d'une sanction à la demande des parties ») s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales. Elle permet aux procureurs et aux auteurs présumés d'une infraction/défendeurs de demander à un tribunal d'imposer une sanction préalablement négociée par les parties<sup>88</sup>. Un *patteggiamento* n'implique pas la reconnaissance des faits ou de sa culpabilité par le défendeur. Il est expressément « égal à une condamnation », sauf en cas de dispositions légales contraires. Dans les affaires de corruption transnationale présumée (entre autres), l'admissibilité de cette demande est soumise à la restitution totale du « coût ou des produits des actes criminels ».

Les personnes physiques peuvent faire une demande de *patteggiamento* lorsque la peine envisagée est une sanction pécuniaire ou alternative, ou encore une peine d'emprisonnement inférieure ou égale à cinq ans (assortie ou non de sanctions pécuniaires). Il est toujours possible pour les personnes morales de bénéficier d'un *patteggiamento* si seules des sanctions pécuniaires sont envisagées ou si une décision à l'encontre de la personne physique défenderesse a été rendue ou pourrait être rendue par le biais d'un *patteggiamento*.

Le juge conserve le pouvoir discrétionnaire d'accepter ou de rejeter un *patteggiamento* et, s'il l'accepte, en ordonne l'application par jugement. La demande peut être formulée pendant l'enquête préliminaire et jusqu'à l'ouverture de l'audience de première instance. Qu'elle soit présentée par le défendeur ou le ministère public, la demande doit être validée par la partie adverse.

Sources : Code de procédure pénale italien, articles 444-448 ; décret législatif 231/2001, article 63 ; Rapport de Phase 3 sur l'Italie.

<sup>86</sup> [Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne](#), paragraphe 195.

<sup>87</sup> [Rapport de suivi de la Phase 3 sur les Pays-Bas](#), page 29.

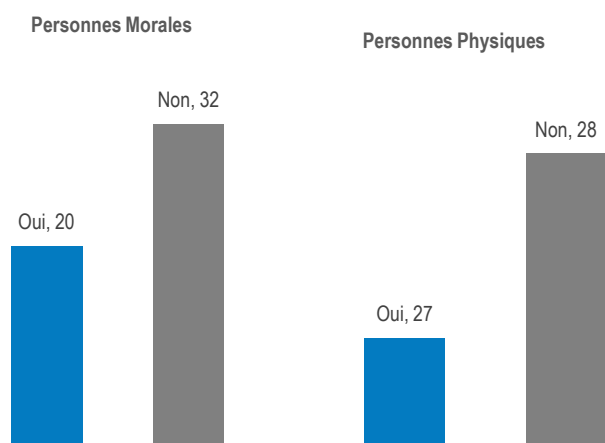
<sup>88</sup> Les règles applicables aux personnes physiques sont répertoriées dans le Code de procédure pénale italien, aux articles 444-448. Dans le cas des personnes morales, la base légale de la procédure est formalisée dans le décret législatif sur la responsabilité administrative des personnes morales (décret législatif n° 231/2001, article 63), même si certaines règles du Code de procédure pénale s'appliquent.

### 2.5. Forme n° 5 – Transaction pénale, ou accord équivalent, nécessitant la reconnaissance de culpabilité du défendeur et constituant condamnation (« accord de type transaction pénale »)

La cinquième forme d'accord hors procès applicable pour la résolution d'affaires de corruption transnationale correspond aux transactions pénales, ou accords équivalents, lesquelles nécessitent la reconnaissance de culpabilité des défendeurs et constituent des condamnations (ci-après nommées « transactions pénales »). Contrairement aux autres types d'accords, dont la plupart sont des innovations plutôt récentes, les transactions pénales sont une méthode classique pour régler des affaires, notamment dans les juridictions de *common law*.

Dans les pays signataires de la Convention, les transactions pénales sont la forme la plus courante d'accord hors procès applicables par les ministères publics pour régler des affaires de corruption transnationale, tel qu'illustré par le graphique 17. Pour les affaires touchant des personnes morales, on dénombre 20 accords de ce type (38 %) sur l'ensemble des mécanismes d'accords hors procès en place. Il s'agit également de la forme la plus fréquente d'accord pour les personnes physiques (au nombre de 27 (49 %) sur l'ensemble des accords applicables).

**Graphique 17. Nombre total d'accords applicables sous la forme n° 5**



*Note* : Certains mécanismes d'accords adoptent plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

Il existe certaines différences dans la manière dont fonctionnent les transactions pénales dans chaque pays. Aux fins de la présente étude, cette catégorie regroupe plusieurs permutations de cette forme d'accord : du consentement du défendeur à plaider coupable de tout ou partie des accusations ou chefs d'accusation (par exemple, la procédure de *conformidad* en Espagne<sup>89</sup>), jusqu'à l'adhésion aux sanctions applicables (par exemple, les *transactions pénales* en Israël<sup>90</sup>). La quasi-totalité des pays précisent que ces accords

<sup>89</sup> [Rapport de Phase 3 sur l'Espagne](#), paragraphe 113.

<sup>90</sup> [Rapport de Phase 1 sur Israël](#), paragraphe 122.

doivent être approuvés par un tribunal ou une autre autorité (18 des 20 accords réservés aux personnes morales et 25 des 27 accords réservés aux personnes physiques). En **Australie**, le ministère public et les prévenus peuvent même négocier les chefs d'accusation et entamer une procédure d'une transaction pénale. La responsabilité de définir la sanction incombe alors au tribunal. Toutefois, dans les trois affaires de corruption transnationale effectivement résolues à ce jour, les prévenus ont accepté les chefs d'accusation à leur encontre sans chercher à les négocier<sup>91</sup>. Cette procédure est semblable à la version de la *transaction pénale* du **Royaume-Uni**.

La reconnaissance de culpabilité est généralement acceptée sans aucune garantie quant aux sanctions qui seront finalement décidées par les tribunaux. Au **Royaume-Uni** cependant, le système de *transaction pénale* permet à la défense, et ce, jusqu'au début du procès, de demander au juge une estimation de la sanction maximale pouvant être imposée afin que le défendeur puisse faire une demande de transaction judiciaire en fonction de la réponse apportée. C'est ce que l'on appelle communément une indication « *Goodyear* »<sup>92</sup>. Une fois que le juge a communiqué cette indication maximale, le tribunal ne sera pas autorisé à imposer une peine plus sévère si le défendeur choisit de plaider coupable. Dans de nombreux pays toutefois, comme la **France** dans le cas des *comparutions immédiates sur reconnaissance préalable de culpabilité* (CRPC), le procureur est en charge de la définition de la sanction imposée suite à une transaction pénale (même si dans ce cas précis la décision est soumise à la validation d'un tribunal).

---

<sup>91</sup> Voir les tableaux 52 et 53.

<sup>92</sup> D'après l'affaire R contre Goodyear [2005] EWCA Crim 888.

### **Encadré 9. Transactions pénales en Allemagne, en Suisse et aux États-Unis**

#### ***Accord négocié en Allemagne***

Aux termes de l'article 257c du CPP, un *accord de négociation de la peine* entre le tribunal et le défendeur peut être conclu. Les négociations en vue de cet accord peuvent avoir lieu soit avant un procès litigieux, soit même lorsque que le procès est déjà quelque peu engagé afin de parvenir à un règlement à l'amiable. L'accord proprement dit doit être conclu lors d'une audience principale au cours de laquelle le président doit présenter les faits et les éléments essentiels de la négociation, y compris les motifs pouvant justifier une atténuation de la peine. La règle veut qu'un *accord de négociation de la peine* comprenne une reconnaissance des faits par le défendeur.

Contrairement à une exemption conditionnelle des poursuites aux termes de l'article 153a du CPP, l'*ordonnance pénale* aux termes de l'article 407 du CPP et la décision rendue à la suite d'un *accord de négociation de la peine* aux termes de l'article 257c du CPP entraînent la condamnation du prévenu. Un recours est possible dans les deux cas.

Source : Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne.

#### ***Procédure simplifiée/ ou Accélérée en Suisse***

La procédure dite « simplifiée » ou « accélérée » permet aux parties de négocier la peine du défendeur (entre autres modalités) en échange d'une reconnaissance des chefs d'accusation. L'acte d'accusation accepté par toutes les parties est transmis au tribunal, qui se charge de vérifier que le prévenu reconnaît bien les faits et que sa déposition concorde avec le dossier. Le tribunal ne procède à aucune administration de preuve, mais il vérifie celles administrées par le procureur. Si les conditions légales sont réunies, il rend à un jugement. C'est en principe au prévenu de demander la négociation, qu'il est par ailleurs libre d'accepter ou de refuser au terme de l'arrangement proposé par le procureur.

Si toutefois, au cours de la procédure, il apparaît évident que la peine encourue est compatible avec l'établissement par le procureur d'une *ordonnance pénale*, celui-ci pourra rendre l'*ordonnance* sans qu'une approbation par un tribunal soit nécessaire.

Sources : Rapports de Phase 3 et de Phase 4 sur la Suisse, et contribution de la Suisse à l'étude.

#### ***Transaction pénale aux États-Unis***

Les *transactions pénales*, qu'elles soient conclues avec des personnes morales ou des personnes physiques, sont régies par l'article 11 des Règles fédérales de procédure pénale. Le défendeur admet généralement les faits sur lesquels reposent les chefs d'accusation, reconnaît sa culpabilité et est déclaré coupable des chefs d'accusation une fois la transaction pénale présentée et acceptée par un tribunal. La transaction pénale peut être accompagnée d'une recommandation de peine ou d'amende, ou encore d'un examen aux termes des Lignes directrices sur la détermination de la peine, ou enfin laisser ces éléments ouverts à la discussion lors du jugement. Dans certaines circonstances, les autorités publiques et le défendeur (qu'il s'agisse d'une personne physique ou morale) peuvent proposer au tribunal une transaction pénale que ce dernier devra alors accepter dans son intégralité (y compris la sanction négociée par les parties) ou rejeter dans son ensemble. En plus de leur dépôt public, toutes ces transactions sont accessibles sur le site web du

ministère de la Justice, sauf si ces accords ont été déposés de manière confidentielle (sous scellés) afin d'assurer la sécurité des témoins ou de protéger l'intégrité de l'enquête. Une fois les scellés levés sur une transaction pénale, celle-ci est automatiquement publiée sur le site web du ministère de la Justice américain.

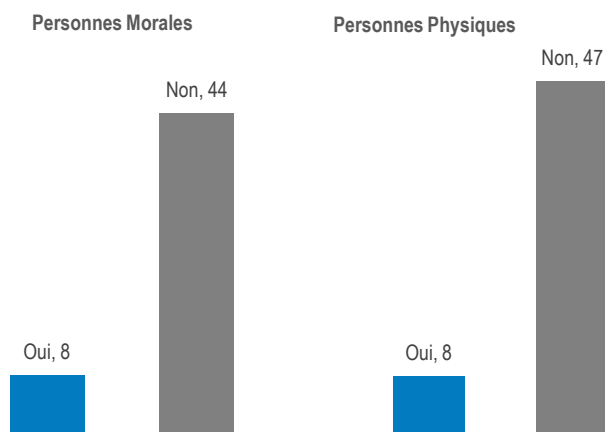
Source : Contribution des États-Unis à l'Étude.

## 2.6. Accords « mixtes »

Il existe des mécanismes d'accords hors procès qualifiés ici de « mixtes » qui correspondent à plusieurs catégories à la fois, dans la mesure où ils revêtent des formes multiples ou entraînent des résultats variables pour l'auteur de l'infraction présumé. Le fondement légal de ces mécanismes s'appuie généralement sur un cadre législatif général, permettant aux autorités compétentes d'adapter le type d'accord aux particularités de chaque affaire. Il s'agit notamment du cas des *accords de clémence* au **Brésil** (applicables aux personnes morales) qui, selon les circonstances, peuvent correspondre à l'une des trois premières formes d'accord décrites ci-dessus (pour plus d'informations sur ce mécanisme voir l'encadré 10).

Seul un faible nombre d'accords examinés dans cette Étude peuvent être qualifiés de mixtes, comme le montre le graphique 18. Ainsi, 8 accords réservés aux personnes morales et 8 accords réservés aux personnes physiques correspondent à plus d'une seule forme d'accord. Ces valeurs représentent respectivement 12 % et 13 % de tous les accords couverts par cette Étude.

Graphique 18. Nombre total d'accords mixtes



Note : Certains mécanismes d'accord prévoient plusieurs formes d'accord. Le cas échéant, les procédures concernées sont comptabilisées pour toutes les formes applicables. Les valeurs totales agrégées sont ainsi nécessairement supérieures au nombre total d'accords examinés.

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 16 et 17.

Certains mécanismes peuvent à la fois être considérés comme des « renoncements aux poursuites/accords de type AAP » et des « accords de type ASP », dans la mesure où les parties peuvent y recourir et parvenir à un accord avant ou après la formulation des chefs d'accusation. Cela est notamment le cas des *peines alternatives* et de l'*arrêt des poursuites en retour de coopération* en **Autriche** (applicables à la fois aux personnes morales et aux



personnes physiques), ainsi que des *mesures de rechange* au **Canada** ou des règlements aux termes de l'*article 153a* en **Allemagne** (mécanismes réservés aux personnes physiques).

Parmi les accords susceptibles d'entraîner des résultats différents pour les auteurs d'une infraction présumés, citons par exemple les *accords de coopération* en **Argentine** ou la *procédure d'accord* au **Japon**. En vertu de ce dernier mécanisme, entré en vigueur en juin 2018, les procureurs japonais ont la possibilité de conclure un accord avec l'auteur présumé d'une infraction ou le défendeur qui s'engage à coopérer avec les autorités dans le cadre d'une enquête sur des infractions qui auraient été commises par des tiers. Cette coopération de l'auteur de l'infraction présumé ou du défendeur (impliquant des dépositions pendant l'enquête, un témoignage devant le tribunal ou la transmission de preuves contre des tiers, etc.) peut aboutir à des résultats favorables divers. Le procureur pourrait en effet décider de suspendre ou d'annuler la mise en examen, de ne donner suite qu'à certains chefs d'accusation précisés dans l'accord, de demander des sanctions spécifiques, ou encore de requérir une « procédure accélérée » (procédure simplifiée en vertu de laquelle un tribunal peut imposer une amende ou la suspension d'une sanction) ou l'injonction d'une « ordonnance pénale » (applicable en cas d'amendes supérieures à 1 million JPY)<sup>93</sup>.

#### Encadré 10. Accords mixtes au Brésil et en Allemagne

##### Accord de clémence pour les personnes morales au Brésil

Le programme de clémence brésilien a été établi dans le cadre de la Loi sur la responsabilité des entreprises (loi n° 12.846 du 1<sup>er</sup> août 2013), laquelle est entrée en vigueur en janvier 2014 et a introduit au Brésil la notion de responsabilité administrative des personnes morales pour les affaires de corruption transnationale et autres faits de corruption visant des administrations publiques nationales ou étrangères. Cette loi donne compétence au Bureau du contrôleur général (*Controladoria-Geral da União* ou CGU) pour la négociation des accords de clémence avec les personnes morales en cas d'infraction de corruption transnationale. S'appuyant à la fois sur une interprétation générale de la loi et sur des réglementations internes d'application du droit, le Bureau du ministère public fédéral a également la possibilité de négocier des accords de clémence. Le Bureau du ministère public fédéral et le Bureau du procureur général (*Advocacia-Geral da União* ou AGU) peuvent également prendre en charge les infractions au niveau civil et, le cas échéant, l'AGU collabore avec le CGU afin de régler conjointement cette affaire et en garantir la sécurité juridique pour l'auteur d'une infraction présumé. Bien qu'au Brésil les personnes morales ne puissent être tenues pénalement responsables de faits de corruption, le Bureau du ministère public fédéral est compétent pour poursuivre cette infraction pénale à l'encontre de personnes physiques, et participe à la négociation des accords avec les personnes morales. Cela s'avère particulièrement pertinent lorsque les preuves fournies par une entreprise s'appuient sur des déclarations de dirigeants ou employés requérant qu'un accord de coopération soit conclu, comme condition d'un témoignage dans le cadre de la procédure pénale engagée contre cette personne morale.

Un accord de clémence établi avec une personne morale peut permettre de résoudre des affaires de corruption transnationale de la manière suivante : (i) clôture de l'enquête sans

<sup>93</sup> Contribution du Japon à l'Étude sur la résolution des affaires de corruption transnationale.



poursuites (civiles ou administratives) garantissant, selon les termes et conditions de l'accord, qu'aucune autre action civile ou procédure administrative ne sera engagée contre cette personne morale pour les mêmes faits (principe de non bis in idem) ; et (ii) fin des poursuites précédemment engagées, mettant un terme à toute action civile ou procédure administrative existante.

Dans les deux cas, la personne morale concernée doit admettre avoir participé aux agissements répréhensibles, sans pour autant qu'une reconnaissance de culpabilité ne soit requise. La Loi sur la responsabilité des entreprises impose une obligation pour les entreprises de reconnaître leur participation dans les actes répréhensibles commis et d'accepter de coopérer aux enquêtes et procédures susceptibles de faire suite à l'accord de clémence. Un accord de clémence conclu avec le Bureau du ministère public fédéral peut revêtir des formes différentes. Il peut ainsi intervenir pour suspendre des poursuites, sous réserve que certaines conditions à définir soient remplies, ou encore pour résoudre une poursuite. La nécessité d'une reconnaissance de culpabilité dépendra alors des faits de l'espèce.

Un accord peut par ailleurs n'être conclu que si certaines conditions sont remplies au cours des négociations et prévues dans l'accord de clémence. Les sanctions infligées peuvent être pécuniaires de nature punitive ou confiscatoire, et représenter un versement de dommages-intérêts aux victimes. Il est également possible que les accords de clémence prévoient qu'une entreprise soit interdite d'accès aux marchés publics si elle ne respecte pas les termes de l'accord.

*Source* : Loi sur la responsabilité des entreprises n° 12.846 du 1<sup>er</sup> août 2013 et textes d'application.

### **Accords conclus avec des personnes physiques selon l'article 153a du CPP en Allemagne**

En Allemagne, aux termes de l'article 153a du Code de procédure pénale (CPP), l'auteur d'une infraction (personne physique) peut, sous conditions, être exempté de poursuites lorsque les poursuites concernant l'affaire ne sont plus requises dans l'« intérêt public ». La notion d'intérêt public pourrait être tempérée dans les affaires concernant les infractions mineures qui sont difficiles ou complexes et nécessitent des procédures très longues. L'exemption conditionnelle des poursuites peut entre autres être soumise au versement de dommages-intérêts, au paiement d'une certaine somme au Trésor public ou à une organisation à but non lucratif, etc. Cet accord doit être conclu entre un tribunal et la personne physique, et peut être modifié par la suite sur certains aspects (par exemple, le délai de paiement).

Les procédures visant des personnes physiques dans des affaires de corruption transnationale peuvent, sous certaines conditions, être classées avant même la fin de l'enquête (article 153a (1) du CPP) et faire l'objet d'une renonciation aux poursuites/d'un accord de type AAP (forme n° 1), ou être classées au stade des poursuites (article 153a (2) du CPP) et faire l'objet d'un accord de type ASP (forme n° 2). Aux termes de l'article 153a (1) du CPP, cette décision incombe au ministère public avec l'accord du tribunal et de l'inculpé. Aux termes de l'article 153a (2) du CPP cette décision incombe au tribunal avec l'accord du ministère public et de l'auteur présumé de l'infraction. Les mêmes conditions peuvent être imposées dans le cas d'une exemption des poursuites et de leur classement.

Si l'inculpé ne se conforme pas à l'intégralité des conditions et instructions qui lui sont imposées dans les délais impartis, la procédure reprendra son cours normal.

Source : Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne.

## 2.7. Utilisation de plusieurs formes d'accord hors procès dans la répression des infractions de corruption transnationale

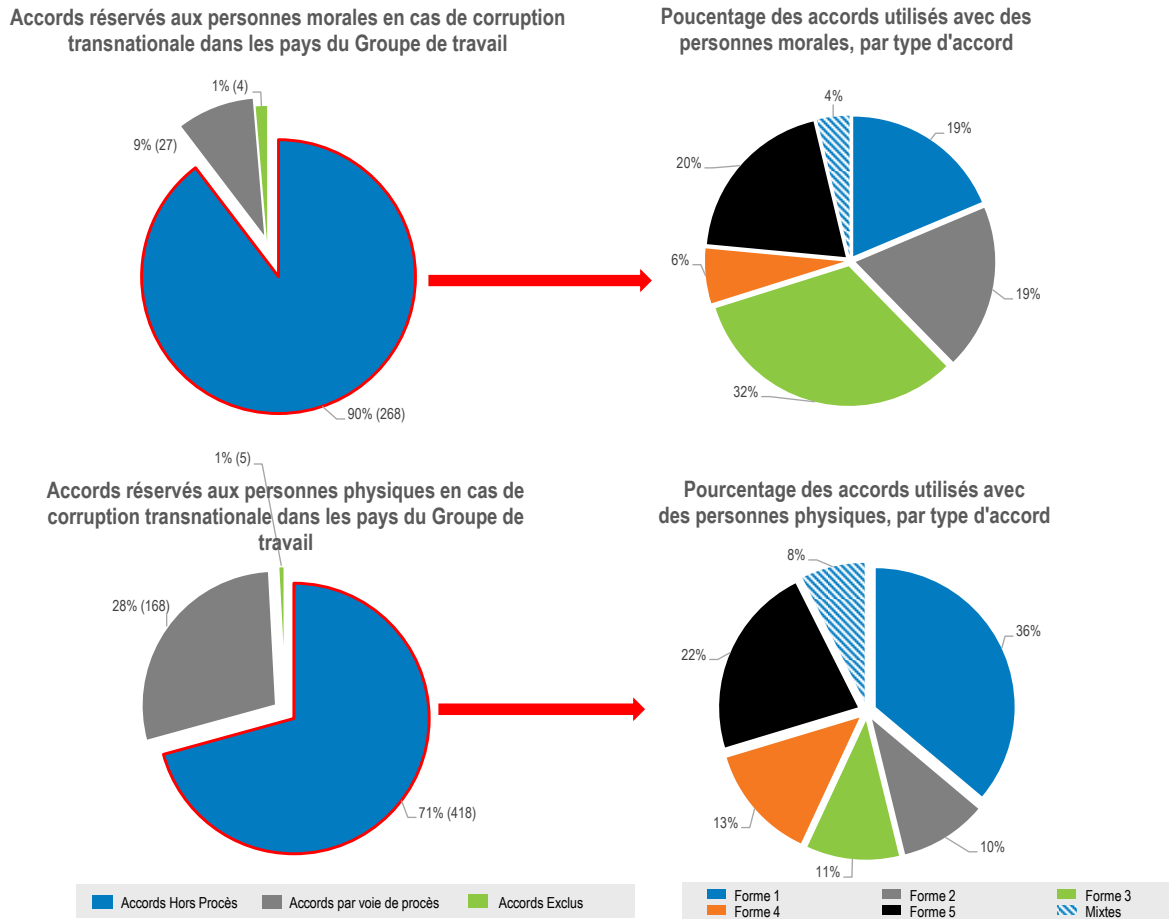
Le recours possible à un ou plusieurs mécanismes d'accords ne signifie pas nécessairement qu'ils sont utilisés en pratique pour assurer une application efficace des législations de lutte contre la corruption transnationale. Au moment de la rédaction de la présente Étude, certains des pays dotés de plusieurs mécanismes d'accords n'avaient encore enregistré leur utilisation dans des affaires de corruption transnationale. Cela est notamment le cas de l'**Estonie** et de la **Lettonie**. À l'inverse, dans certains pays ne disposant que d'un seul et unique mécanisme d'accord, ce dernier avait été exploité pour la résolution de plusieurs affaires de corruption transnationale. Ainsi, en **Italie**, il a été fait recours du *patteggiamento* dans 10 affaires de corruption transnationale visant au total 14 personnes physiques et 6 personnes morales<sup>94</sup>.

Les données fournies par les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE couverts par cette Étude montrent que dans 15 de ces pays, au moins un mécanisme d'accord hors procès a été utilisé pour résoudre une affaire de corruption transnationale.

Comme illustré dans le graphique 19, les affaires de corruption transnationale dans les pays Parties à la Convention ont pu être résolues par le biais d'accords hors procès dans une grande majorité des cas, soit 90 % des accords conclus avec des personnes morales et 71 % avec des personnes physiques (« Accords conclus avec des personnes morales dans des affaires de corruption transnationale dans les pays membres du Groupe de travail »). Ce graphique montre également le pourcentage de recours à chaque forme d'accord hors procès, dans la pratique, pour les pays couverts par cette Étude (« Pourcentage d'accords conclus avec des personnes morales, par type d'accord » et « Pourcentage d'accords conclus avec des personnes physiques, par type d'accord »). Au total, les autorités compétentes de ces pays ont enregistré 268 accords hors procès avec des personnes morales et 418 avec des personnes physiques.

<sup>94</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

**Graphique 19. Pourcentages d'actions répressives par type d'accord depuis l'entrée en vigueur de la Convention anti-corruption**



Source: Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale conclues

Les renoncements aux poursuites/accords de type AAP constituent 19 % des accords impliquant des personnes morales. Aux **États-Unis** par exemple, en date du 30 juin 2018, le ministère de la Justice avait opéré 7 renoncements aux poursuites sous condition de restitution dans des affaires relevant de la FCPA<sup>95</sup>. En comparaison, le seul accord de renoncement aux poursuites/AAP utilisé en pratique avec des personnes physiques est possible au titre de l'*article 153a(1)* en **Allemagne**<sup>96</sup>. À eux seuls, ces accords représentent 36 % de l'ensemble des accords conclus avec des personnes physiques.

Les accords de type ASP ont été utilisés dans 19 % des affaires traitées impliquant des personnes morales et dans 10 % des affaires impliquant des personnes physiques. Les affaires importantes marquées par des sanctions particulièrement significatives ont pu être résolues grâce à un ASP. Citons notamment l'exemple de l'affaire **Rolls-Royce** (résolue en même temps au **Royaume-Uni** par le biais d'un ASP, également par le biais d'un ASP aux

<sup>95</sup> Site web du ministère de la Justice américain : [www.justice.gov/criminal-fraud/pilot-program/declinations](http://www.justice.gov/criminal-fraud/pilot-program/declinations).

<sup>96</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

**États-Unis** et, au **Brésil**, dans le cadre d'un accord distinct)<sup>97</sup>. En **France**, une *CJIP* a été utilisée pour la première fois dans le cadre d'une affaire de corruption transnationale pour résoudre les poursuites dans l'affaire *Société Générale*, en coordination avec les **États-Unis**, où la banque a conclu un *ASP* avec le ministère de la Justice<sup>98</sup>.

Le pourcentage d'accords civils ou administratifs impliquant des personnes morales (32 %) est sensiblement supérieur à celui des accords impliquant des personnes physiques (11 %). Différentes affaires majeures ont ainsi pu être résolues grâce à ces accords, utilisés seuls ou associés à d'autres formes, comme on le verra plus en détail dans le chapitre IV relatif aux sanctions et aux mesures de confiscation. Il s'agit principalement d'affaires multijuridictionnelles de grande ampleur, comme dans le cas de l'affaire *Odebrecht/Braskem*<sup>99</sup>. En **Allemagne**, des affaires importantes ont également été résolues avec des personnes morales par le biais de la *procédure purement administrative* prévue dans l'article 30 de l'OWiG, fondée sur l'article 130 de l'OWiG, parmi lesquelles les affaires *Siemens AG* et *MAN Ferrostaal*, et plus récemment *Airbus Defence* et *Space GmbH*<sup>100</sup>.

Les accords de type *patteggiamento* ont été utilisés dans 6 % des affaires impliquant des personnes morales et dans 13 % des affaires impliquant des personnes physiques. Le faible recours à cette forme de règlement peut s'expliquer par le nombre limité de mécanismes d'accords correspondant à cette catégorie. Certains d'entre eux ont toutefois été exploités dans des affaires importantes. Les autorités italiennes ont par exemple conclu trois accords de *patteggiamento* (deux avec des entreprises et un avec une personne physique) dans l'affaire *Agusta Westland*<sup>101</sup>.

Il a été fait recours à des transactions pénales dans 20 % des accords impliquant des personnes morales et dans 22 % de ceux impliquant des personnes physiques. Aux **États-Unis**, depuis l'entrée en vigueur de la Convention, les transactions pénales sont le seul mécanisme d'accord par lequel des personnes morales ont fait l'objet d'une condamnation pénale pour des faits de corruption transnationale (45 accords), dans la mesure où aucune personne morale n'a jamais été condamnée dans le cadre d'un procès en bonne et due forme<sup>102</sup>.

Enfin, les formes mixtes n'ont été utilisées que dans 4 % des accords avec des personnes morales et 8 % des accords avec des personnes physiques. Parmi les accords considérés comme « mixtes » dans cette Étude, ceux qui sont utilisés en pratique sont les *accords de clémence* (pour les personnes morales) et les *accords de coopération* (pour les personnes physiques) au **Brésil**, et les mécanismes d'accords au titre de l'*article 153* pour les personnes physiques en **Allemagne**.

<sup>97</sup> Voir l'annexe B.

<sup>98</sup> Voir l'annexe B.

<sup>99</sup> Voir l'annexe B.

<sup>100</sup> [Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne](#), p. 62.

<sup>101</sup> Voir l'annexe B.

<sup>102</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

## Chapitre 3. Processus conduisant à la conclusion d'un accord

### 3.1. Procédures et conditions de conclusion d'un accord

Les procédures et conditions préalables à la conclusion d'un accord peuvent varier d'un pays à l'autre, voire d'un accord à l'autre dans un même pays. Certaines caractéristiques restent toutefois communes à toutes les formes d'accord. Ce Chapitre identifie ces caractéristiques et les tendances générales au sein des pays Parties à la Convention ayant répondu au questionnaire de recueil de données de l'OCDE.

#### 3.1.1. *Quand est-il possible de conclure un accord ?*

La grande majorité des mécanismes d'accords applicables dans les affaires de corruption transnationale dans les pays Parties à la Convention peuvent être utilisés dans le cadre de procédures pénales (75 % pour les personnes morales et 91 % pour les personnes physiques). Certains de ces accords, comme les *transactions pénales* en **Afrique du Sud** (personnes physiques et morales) et les *accords de reconnaissance de culpabilité* en **Slovénie** (personnes morales uniquement), pourraient être utilisés aussi bien dans les procédures pénales que non pénales (4 % des accords conclus avec des personnes morales et 2 % avec des personnes physiques). Enfin, respectivement 25 % et 9 % des accords concernant des personnes physiques et des personnes morales peuvent uniquement être conclus dans le cadre de procédures non pénales, comme dans le cas des mesures répressives civiles ou administratives<sup>103</sup>. Dans le cadre de procédures non pénales, le nombre de mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques est inférieur au nombre d'accords applicables aux personnes morales (discuté davantage dans les Chapitres 1.1 et 2).

En termes de calendrier, les accords hors procès peuvent être utilisés soit avant, soit après la mise en examen du prévenu parfois aux deux moments. Comme l'indique le graphique 20, dans le cas des personnes morales, 15 % des mécanismes d'accords peuvent être conclus avant la formulation des chefs d'accusation, 27 % après, et 37 % avant ou après. Dans le cas des personnes physiques, les proportions sont du même ordre. Moins d'un quart des mécanismes d'accords (20 %) peuvent uniquement être utilisés avant une mise en examen et 22 % ne sont applicables qu'une fois la mise en examen prononcée. Près de la moitié de ces mécanismes (47 %) sont applicables avant ou après une mise en examen.

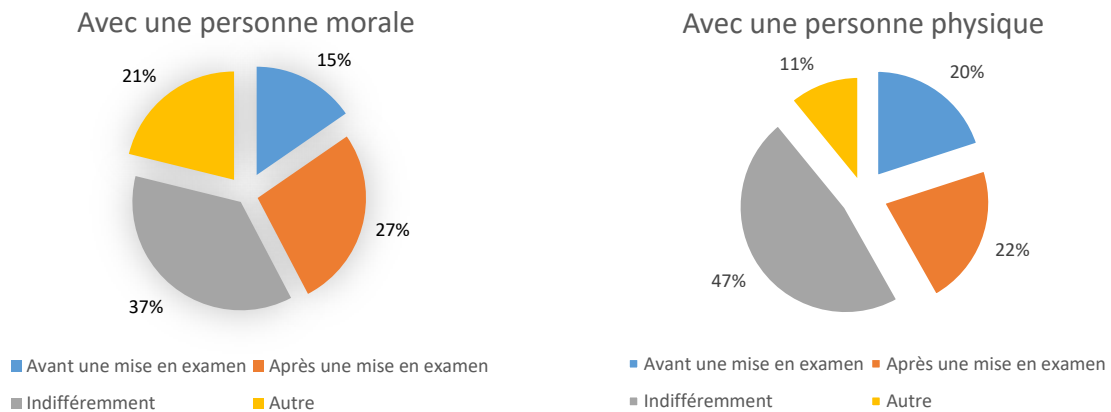
Ainsi, de nombreuses possibilités existent dans les pays signataires de la Convention quant à l'appréciation de l'opportunité de recours aux accords hors procès pour des affaires de corruption transnationale. Cela est parfois dû au fait que divers pays ont mis en place plusieurs formes d'accords disponibles avant que les poursuites soient engagées et d'autres après (par exemple, les AAP ou les ASP aux **États-Unis**). Dans d'autres cas, un pays peut recourir à un type d'accord spécifique avant ou après le lancement des procédures (par exemple, les CJIP en **France** ou les règlements aux termes de l'*article 153a* en **Allemagne**,

---

<sup>103</sup> Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 3 et 4.

applicables aux personnes physiques avant ou après la mise en examen). Le fait que plus de la moitié des accords applicables (aux personnes morales comme physiques) puissent être utilisés avant la mise en examen<sup>104</sup> permet aux autorités répressives des pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE de faire appliquer leurs législations dans le cadre de la corruption transnationale dès les premières étapes des procédures. Évitant ainsi des coûts inhérents à l'instruction d'affaires pénales complexes, ces accords pourraient être utilisés de manière plus large et plus fréquente. Les sections suivantes poursuivent cette analyse, notamment par le biais d'une évaluation des facteurs qui motivent ou incitent les procureurs et les personnes morales ou physiques à privilégier un accord à une procédure judiciaire complète, et ce, avant même qu'une mise en examen ne soit prononcée ou que les procédures ne soient réellement engagées (voir le chapitre 3.3).

**Graphique 20. Quand est-il possible de conclure un accord ?**

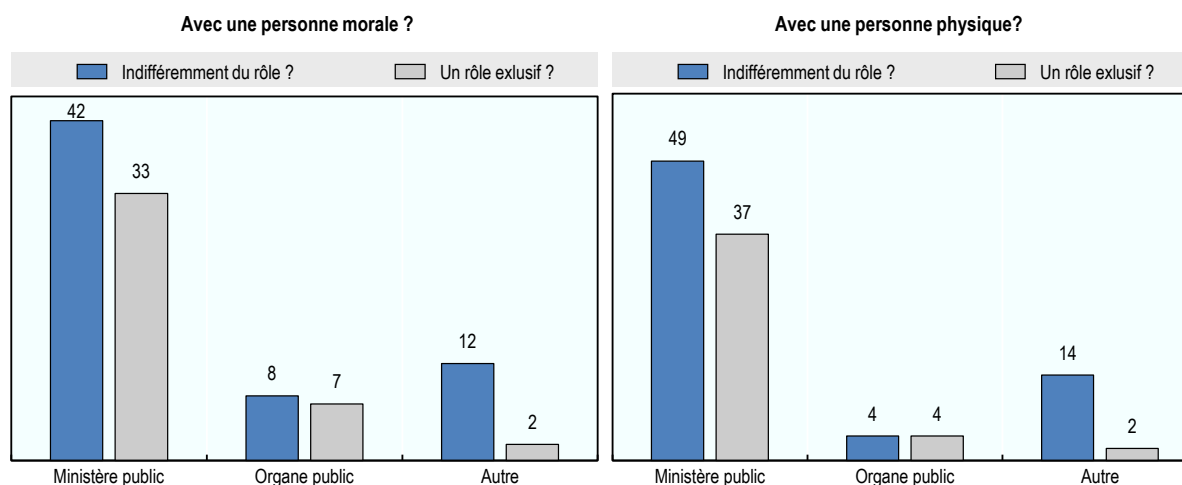


### 3.1.2. Quelles autorités peuvent conclure un accord ?

Le graphique 21 montre que, par rapport aux tribunaux ou aux agences de l'État, les ministères publics jouent un rôle déterminant quel que soit l'accord adopté, et ce, aussi bien qu'ils s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales (tel est respectivement le cas pour 42 et 49 mécanismes d'accords). Cette tendance reste toutefois légèrement plus accentuée pour les personnes physiques. Cela est dû au fait que la grande majorité des accords sont disponibles dans le cadre de procédures pénales, notamment pour les personnes physiques. Même lorsque le rôle du ministère public n'est pas exclusif, par exemple dans le cas de procédures administratives et civiles, il reste déterminant dans la majorité des cas.

<sup>104</sup> Valeur basée sur l'addition des pourcentages d'accords pouvant être conclus avant la mise en examen, ou indifféremment avant ou après la mise en examen.

Graphique 21. Rôle des autorités dans la conclusion d'accords



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 18 et 19.

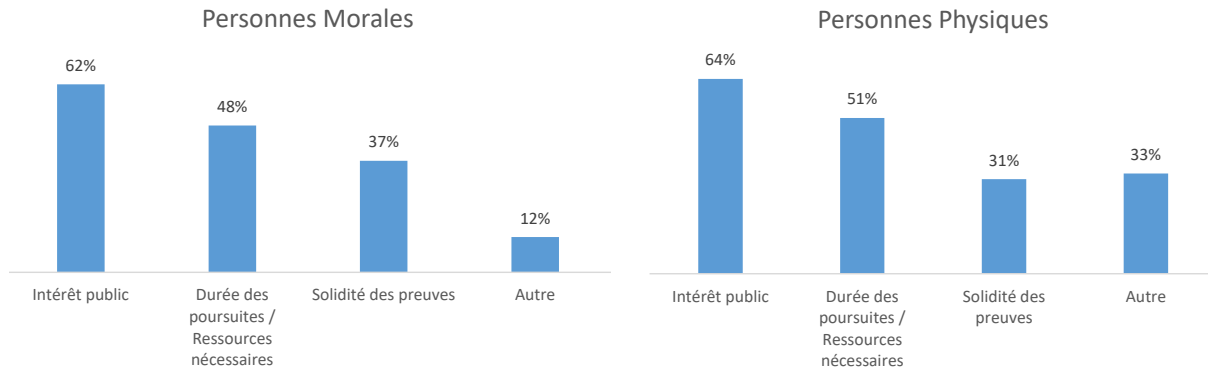
### 3.2. Critères et facteurs pris en compte par les ministères publics ou autres autorités compétentes dans le recours à un accord

Avant de proposer le recours à un accord, les procureurs et autres organismes d'État compétents en matière de corruption transnationale doivent prendre en compte un certain nombre de facteurs spécifiques.

#### 3.2.1. Trois facteurs souvent cités : l'intérêt public, le temps et les ressources disponibles pour le ministère public, et la solidité des preuves

Les facteurs les plus couramment évalués par les procureurs sont (comme illustré dans le graphique 22) : l'intérêt public, le temps et les ressources à la disposition du ministère public (ou autre organe d'application du droit), et la solidité des preuves déjà disponibles. Le graphique 22 montre que le facteur le plus souvent pris en compte est l'intérêt public (respectivement dans 62 % et 64 % des accords applicables aux personnes physiques et morales). Viennent ensuite les considérations de temps et de ressources à la disposition des procureurs (respectivement dans 48 % et 51 % des accords applicables aux personnes physiques et morales). La gestion des délais et des ressources est un défi permanent pour les autorités répressives. En effet, la dimension mondiale de la corruption transnationale, ainsi que la complexité des infractions concernées et leur inhérente opacité, multiplient les difficultés auxquelles les procureurs doivent faire face dans le traitement de ces affaires. Cet aspect est abordé plus en détail dans le chapitre 3.2.3. La solidité des preuves, dont on pourrait penser qu'elle constitue pour un défendeur une forte incitation à accepter le recours à un accord, n'est pourtant considérée que dans 37 % et 31 % des affaires respectivement. Les incitations à la conclusion d'un accord sont traitées de manière plus approfondie dans le chapitre 3.3.



**Graphique 22. Facteurs pris en compte par les autorités dans leur décision de recourir à un accord**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 22 et 23.

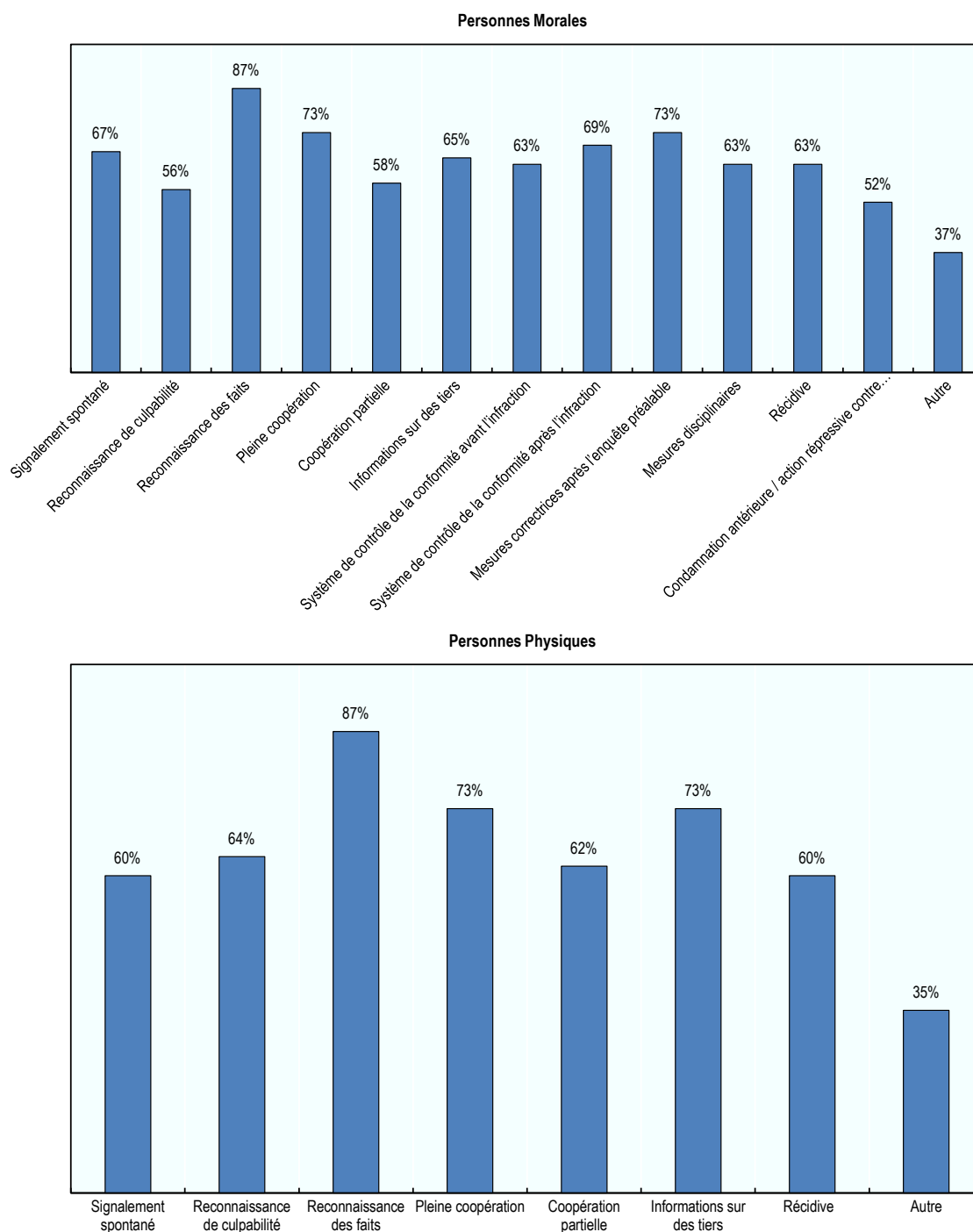
### 3.2.2. Critères et facteurs liés au comportement des auteurs d'une infraction présumés

Plusieurs pays ont adopté des politiques et lignes directrices définissant les comportements que les auteurs d'une infraction présumés doivent avoir adoptés ou qui peuvent être pris en compte pour pouvoir bénéficier d'un accord hors procès. Ces politiques encouragent et récompensent généralement le bon comportement de l'auteur d'une infraction présumé aux différentes étapes du processus de l'accord. Cette approche (examinée plus en détail dans le chapitre 3.3.4) illustre la manière dont le comportement des auteurs d'une infraction présumés peut influencer aussi bien sur la nature d'un accord (par voie de procès ou hors procès, se présentant, dans ce dernier cas, sous la forme d'accords conditionnels ou d'accords d'abandon des poursuites, par exemple) que sur son contenu (et notamment en termes de sanctions et de conditions imposées). Les comportements pris en compte incluent les signalement spontané et les engagements de coopération, mais aussi les efforts de prévention et les mesures correctrices. Dans le contexte d'un procès, ces comportements peuvent atténuer les sanctions. La section ci-dessous traite de la manière dont ils influencent le processus même d'accord hors procès. Les répercussions potentiellement plus vastes du comportement de l'auteur d'une infraction présumé sur la nature et l'issue d'un accord doivent être appréciées au regard du fait que la plupart des accord hors procès imposent à l'auteur d'une infraction de renoncer à son droit constitutionnel à un procès, ainsi qu'à tout autre moyen de défense.

Le graphique 23 montre qu'un certain nombre de facteurs liés au comportement des auteurs d'une infraction présumés sont pris en compte par les procureurs et/ou d'autres autorités compétentes afin de déterminer la pertinence du recours à un accord pour une affaire donnée. Certains de ces facteurs concernant les accords applicables aussi bien aux personnes physiques qu'aux personnes morales, tandis que d'autres sont plus spécifiques.



**Graphique 23. Fréquence de prise en compte, dans les mécanismes d'accords, de facteurs liés au comportement des auteurs d'une infraction présumés**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 20 et 21.

### *Comportement de l'auteur de l'infraction présumé avant l'accord*

#### Mesures correctrices et disciplinaires

Comme le montre le graphique 23, l'adoption de mesures correctrices fait partie des facteurs intervenant dans le recours aux accords applicables aux personnes morales, après reconnaissance des faits et pleine coopération (abordées ci-dessous). Ce facteur est pris en compte dans 73 % des accords en vigueur. Dans le cas des personnes morales, ces mesures correctrices peuvent également inclure des actions disciplinaires imposées après la découverte d'une infraction, parmi lesquelles le licenciement des personnes physiques impliquées (63 % des accords).

#### Système de contrôle de la conformité

L'existence d'un système de contrôle de la conformité au sein d'une entreprise est prise en compte dans plus de la moitié des accords. Dans 63 % des cas, les autorités prendront note du fait qu'un système de contrôle de la conformité était ou non en place avant l'infraction. Dans 69 % des cas, elles tiendront compte des efforts réalisés pour élaborer un tel système une fois l'infraction commise. Ce facteur est également un élément clé de l'évaluation de la responsabilité des personnes morales conformément à la Recommandation de 2009 du Conseil de l'OCDE (annexe 1.B)<sup>105</sup>.

#### Récidive et/ou condamnations antérieures /actions répressives contre des personnes liées

Enfin, toute récidive (de la part des personnes physiques et morales) et l'existence de condamnations antérieures ou d'actions répressives contre des personnes liées (pour les personnes morales) sont également prises en compte dans plus de la moitié des accords (à hauteur de 63 % et 52 % dans le cas des accords applicables aux personnes morales, et de 60 % s'agissant des accords visant les personnes physiques). Il s'agit ici de l'un des aspects essentiels pour les ONG et les chercheurs spécialisés dans la lutte contre la corruption. L'organisation Corruption Watch UK, par exemple, a indiqué qu'« aucun accord ne devrait être proposé aux entreprises ayant par le passé été ciblées par des actions répressives ou des mesures réglementaires »<sup>106</sup>. Les considérations de récidive peuvent ne pas être nécessairement inscrites dans la loi ou dans les textes d'application. Dans un certain nombre des pays cités, il semble néanmoins que permettre à des récidivistes de bénéficier des avantages offerts par les accords ne soit pas acceptable. Dans d'autres pays, bien qu'elle soit prise en compte, la récidive peut en soi ne pas empêcher le ministère public de recourir à une forme d'accord. Cela est par exemple le cas aux **États-Unis** dans des circonstances bien spécifiques, dont un exemple est l'affaire *Biomet*. En effet, même si cette entreprise avait violé les termes d'un premier ASP datant de 2012, elle a pu en conclure un second avec le ministère de la Justice en janvier 2017 (voir la présentation des affaires dans l'annexe B).

<sup>105</sup> OCDE – Recommandation du Conseil visant à renforcer la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptée par le Conseil le 26 novembre 2009.

<sup>106</sup> Voir « *Out of Court, Out of Mind – do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements deter overseas corruption?* », Corruption Watch (2016), et « *Should criminal settlements be available to corporate recidivists?* », Jessica Tillipman et Samantha Block, 20 février 2018.

### *Comportement de l'auteur d'une infraction présumé pendant et après l'accord*

#### Reconnaissance des faits

La reconnaissance des faits semble être le dénominateur commun des accords applicables aux personnes physiques et morales (facteur pris en compte dans 87 % d'entre eux). Dans la mesure où l'un des principaux objectifs des accords est d'accélérer les enquêtes et les procédures, ce facteur s'impose sans surprise comme une condition préalable de la plupart des accords. Qu'ils soient conclus par voie de procès ou d'accords hors procès, les accords sont généralement des procédures qui mobilisent d'importantes ressources et s'avèrent particulièrement onéreuses dans les affaires multijuridictionnelles complexes, comme le sont souvent les affaires de corruption transnationale. Les accords hors procès permettent malgré tout une conclusion des affaires plus rapide et rentable, avec des enquêtes plus courtes, notamment lorsque les faits sont reconnus, comme souvent pour les types d'accord encourageant un signalement spontané et la coopération. Dans le cas des entreprises, cela peut également supposer de partager les résultats des enquêtes internes. Par ailleurs, exiger du prévenu d'une reconnaissance des faits permettant de s'assurer que les parties à l'accord peuvent confirmer la décision adoptée, qu'elle soit ou non soumise à un examen ou à un contrôle public.

#### Pleine coopération ou coopération partielle

Le deuxième facteur le plus fréquemment pris en compte, lequel est étroitement lié à la reconnaissance des faits, est la pleine coopération du prévenu. Ce facteur est ainsi retenu par 73 % des accords pour les personnes physiques et morales. Une coopération même partielle est prise en considération dans plus de la moitié des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques et morales, soit respectivement dans 58 % et 62 % des accords. Dans le cas des accords réservés aux personnes physiques, le troisième facteur le plus courant est la disposition du prévenu à fournir des informations concernant des tiers impliqués dans les infractions en question (73 % des dispositifs). Les formes que peut prendre cette coopération sont abordées ci-dessous, suivies d'une analyse des enquêtes internes.

#### Formes de coopération requises ou prises en compte avant la conclusion d'un accord

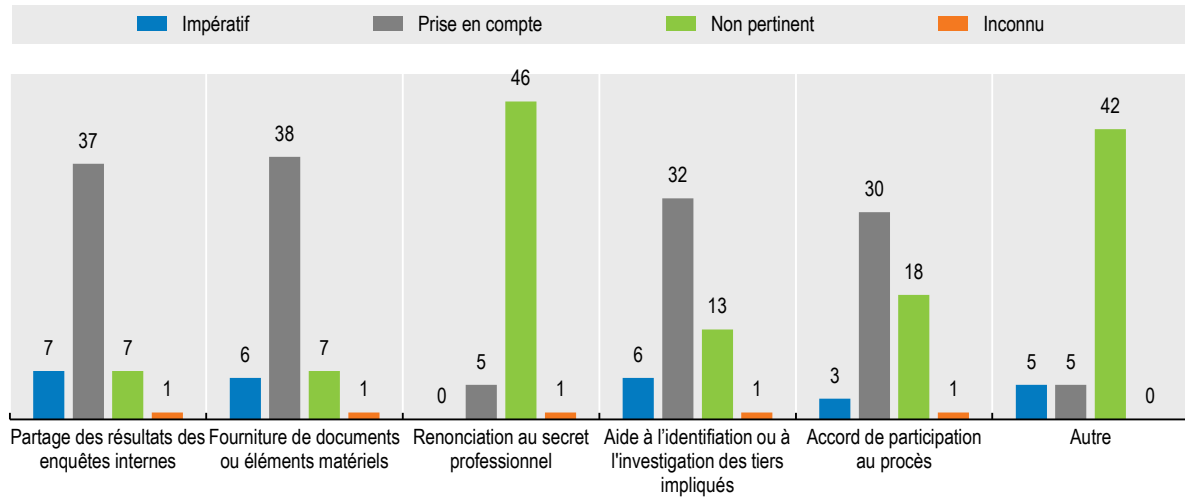
En toute logique, la coopération est le facteur le plus fréquemment mentionné dans les affaires de corruption transnationale examinées dans la présente Étude, et ce, quel que soit le pays où ont pu être conclues ces affaires et même si ce facteur est pris en compte avec d'autres facteurs pertinents (par exemple, le licenciement des personnes responsables ou autres mesures correctrices, y compris des mesures de prévention renforcées ou autres). Aux **Pays-Bas** par exemple, dans les affaires *Ballast Nedam/KPMG*, lorsqu'il a été question de proposer un accord hors procès à la société KPMG, le ministère public néerlandais a avant tout apprécié les efforts de coopération de KPMG dans le cadre de l'enquête, alors que d'autres facteurs ont contribué à cette décision (et notamment les mesures correctrices mises en place par la société pour renforcer sa politique de respect de la réglementation, ou encore le fait que les infractions pénales concernées s'étaient produites il y a longtemps).

Les graphiques 24 et 25 indiquent les formes de coopération requises ou prises en compte avant la conclusion d'un accord avec des personnes physiques ou des personnes morales.

Dans la grande majorité des pays, une ou plusieurs des formes de coopération répertoriées dans les graphiques 24 et 25 sont prises en compte, sans pour autant être impératives. Aux **États-Unis**, l'ensemble de ces formes de coopération sont évaluées avant la conclusion d'un accord, que ce soit avec une personne morale ou une personne physique. Il en va de même en **Allemagne** lors de l'évaluation du recours à un accord aux termes de l'*article 153a* avec une personne physique. Les formes de coopération les plus fréquemment citées comme étant déterminantes dans la décision de recourir ou non à un accord avec une personne morale ou une personne physique est la fourniture de preuves, suivie du partage des résultats des enquêtes internes pour les personnes morales, puis de l'aide à l'identification et de l'investigation des tiers impliqués. Ces « tiers » peuvent évidemment correspondre à des personnes morales.

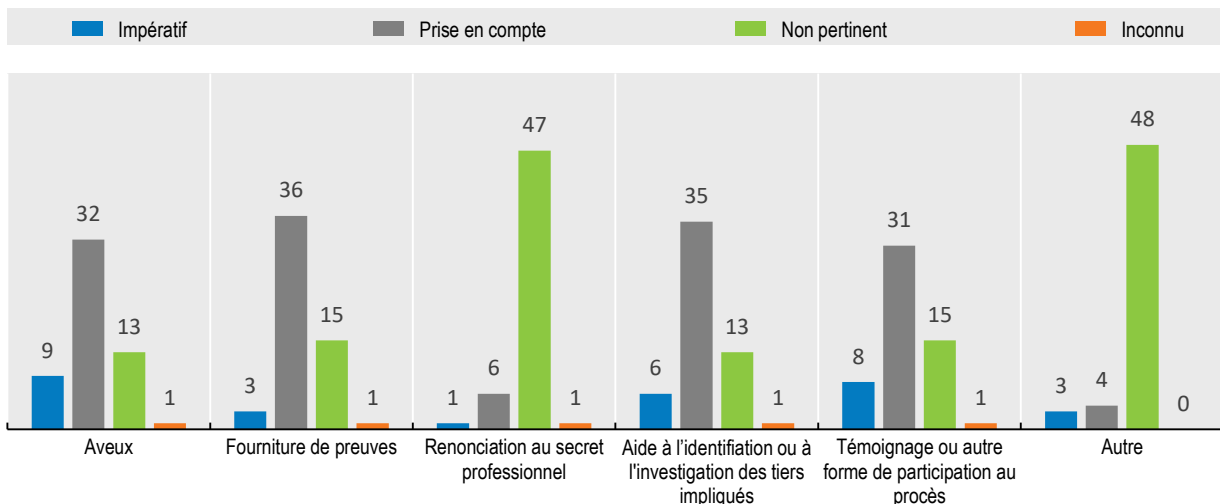
Quelques pays, y compris certains qui n'ont adopté de mécanisme d'accord que relativement récemment, exigent expressément des formes de coopération spécifiques. Au **Brésil** par exemple, pour conclure un *accord de clémence* avec des procureurs ou le CGU et l'AGU, il est demandé aux personnes morales de partager les résultats des enquêtes internes, de fournir des documents et des éléments matériels, d'aider à l'identification ou à l'investigation des tiers impliqués, et d'accepter de participer aux procès. De la même manière, pour conclure un *accord de coopération*, une personne physique doit présenter des aveux, fournir des documents ou des éléments matériels, aider à l'identification ou à l'investigation des tiers impliqués, et témoigner ou participer au procès ou à toute autre procédure utile. En **Argentine**, les *exemptions de peine* et les *accords de coopération effective* exigent dans les deux cas que le prévenu aide à l'identification ou à l'investigation des tiers impliqués. Les autres formes de coopération sont bien prises en compte, mais ne sont aucunement requises.

Dans le cas des personnes morales, le partage des résultats des enquêtes internes et la communication de documents ou d'éléments matériels sont les formes de coopération les plus couramment prises en compte (respectivement dans 37 et 38 types d'accord). Viennent ensuite l'aide à l'identification ou l'investigation des tiers impliqués, et l'accord de participation au procès (respectivement dans 32 et 30 types d'accord). Ces formes de coopération sont en réalité obligatoires pour un certain nombre d'accords (voir le graphique 24), notamment le partage des résultats des enquêtes internes.

**Graphique 24. Formes de coopération requises ou prises en compte pour les personnes morales (par type d'accord)**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 25.

Dans le cas des personnes physiques, la fourniture de preuves et l'aide à l'identification ou à l'investigation des tiers impliqués sont les deux formes de coopération les plus fréquemment prises en compte (respectivement dans 36 et 35 types d'accord). On trouve ensuite les aveux et le consentement à témoigner ou à participer au procès (31 types d'accord). Ces deux formes de coopération sont requises dans respectivement 9 et 8 types d'accord. D'autres facteurs peuvent également être obligatoires, comme indiqué dans le graphique 25.

**Graphique 25. Formes de coopération requises ou prises en compte pour les personnes physiques (par type d'accord)**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 26.

### Enquêtes internes

En pratique, pour les personnes morales, les formes de coopération répertoriées ci-dessus dépendent toutes de l'initiation d'une enquête interne par l'entreprise concernée. Ces enquêtes internes sont une caractéristique commune à la plupart des accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale ou d'infractions connexes. Elles sont en réalité un élément clé dans l'évaluation du niveau de coopération des auteurs d'une infraction, et s'avèrent essentielles pour permettre aux autorités de déterminer la pertinence d'un accord. Bien qu'aux **États-Unis** la FCPA opère de cette manière depuis déjà un certain temps, l'élargissement conséquente de la notion de coopération dans les pays signataires de la Convention pour les affaires de corruption transnationale majeures a permis l'extension de cette approche à d'autres pays (des exemples de ces affaires multijuridictionnelles sont abordés dans le chapitre 1.4).

Ces enquêtes internes sont généralement réalisées par des grands cabinets d'avocats ou d'audit. En 2008, dans l'affaire **Siemens**, l'entreprise allemande a fait appel à plus de 300 avocats, experts-comptables et personnel de soutien extérieurs pour mener à bien une enquête interne de deux ans<sup>107</sup>. Certaines ONG spécialisées dans la lutte contre la corruption ont soulevé leurs inquiétudes quant à la tendance des procureurs de s'appuyer davantage sur ces enquêtes internes plutôt que de chercher à obtenir des informations de manière indépendante. L'organisation Corruption Watch estime qu'« il existe un risque que les entreprises considèrent dans leur intérêt de limiter ou contrôler ces enquêtes, plutôt que s'exposer à la découverte de nouvelles informations grâce à ces enquêtes »<sup>108</sup>.

Bien que ce risque soit réel, un tel comportement n'a pu être observé dans aucune des affaires importantes examinées dans le cadre de la présente Étude<sup>109</sup>. Dans les affaires analysées, les enquêtes internes ont été menées consécutivement ou en parallèle aux enquêtes réalisées par les services d'investigation des pays concernés. Une entreprise peut toutefois partager avec les autorités des informations découvertes au cours de son enquête interne, comme cela a été le cas dans les affaires **Ballast Nedam/KPMG** avec le ministère public néerlandais. En avril 2015, à l'occasion de l'affaire **Standard Bank**, cet établissement bancaire a procédé à un signalement spontané pour suspicion de corruption transnationale auprès des autorités britanniques et lancé une enquête interne en parallèle à l'investigation menée par le SFO. En **Norvège**, dans l'affaire **Yara**, l'entreprise a été saluée pour avoir coopéré sans entraver le déroulement de l'enquête d'ØKOKRIM, l'Autorité nationale d'enquête et de poursuites pour les délits économiques et environnementaux<sup>110</sup>.

Il convient toutefois de nuancer quelque peu cette tendance. Dans les pays où le partage des résultats des enquêtes internes et la fourniture de documents ou d'éléments matériels ne sont pas obligatoires, certaines autorités ont récemment fait état de difficultés à obtenir

<sup>107</sup> Dans le cadre de cette procédure, 34 pays ont été couverts, 1 750 entretiens ont été réalisés et 100 millions de documents ont été rassemblés, pour un volume total estimé de 1.5 million d'heures facturables. Cette enquête interne aurait coûté à Siemens environ 550 millions EUR.

<sup>108</sup> Contribution de Corruption Watch en réponse à la consultation préalable à l'Étude sur la résolution des affaires de corruption transnationale.

<sup>109</sup> Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements deter overseas corruption?* ».

<sup>110</sup> Communiqué de presse d'ØKOKRIM, publié le 15 janvier 2014 et modifié le 28 novembre 2017, [www.okokrim.no/forelegg-til-yara-paa-295-millioner-kroner.5990608-411472.html](http://www.okokrim.no/forelegg-til-yara-paa-295-millioner-kroner.5990608-411472.html)

des informations sur les résultats de ces enquêtes internes. Au cours de l'évaluation de Phase 4 sur l'**Allemagne**, les procureurs ont indiqué que les entreprises sont aujourd'hui moins susceptibles de partager les résultats de leurs enquêtes internes que par le passé. Le Rapport de Phase 4 souligne précisément un nombre croissant d'entreprises menant leurs propres enquêtes internes sans aucune coordination avec les autorités chargées des investigations. Les procureurs allemands ont par ailleurs mis l'accent sur les risques de pertes des preuves et de coercition des co-défendeurs et des témoins. Ils ont également indiqué que, malgré les nouvelles dispositions relatives à la coopération des témoins (article 46b du Code pénal), l'inclination des prévenus à coopérer avait connu une baisse importante au cours des dernières années<sup>111</sup>. Un procureur a même précisé dans ses réponses au questionnaire pour l'Allemagne que quasiment aucun prévenu n'avait de son initiative avoué les faits devant le ministère public dans le but de bénéficier d'une sanction plus clémente. Cela a été confirmé par les procureurs et avocats à lors de la visite sur place.

Cette baisse de la volonté à coopérer pourrait être une conséquence de sanctions infligées dans plusieurs juridictions à l'encontre d'au moins une grande entreprise allemande et d'un grand nombre de ses salariés (ou anciens salariés), même plusieurs années après la conclusion des principaux accords hors procès coordonnés avec cette entreprise. Il s'agit également d'un possible effet négatif de la coopération renforcée entre le ministère public et les autorités chargées des investigations, laquelle est mise en évidence par le nombre croissant d'affaires multijuridictionnelles et des enquêtes associées visant la même entreprise ou ses filiales, mais aussi ses employés dans la même juridiction ou dans d'autres juridictions. L'affaire *Odebrecht* illustre parfaitement les répercussions de ces procédures sur un grand nombre de personnes et dans un grand nombre de pays qui n'étaient pourtant pas parties à l'accord coordonné initial.

Comme indiqué ci-dessus, l'accès à un accord peut obliger le prévenu d'une part à contribuer à l'identification ou à l'investigation des tiers impliqués, et d'autre part à participer au procès. Cette effort de coopération peut ainsi d'abord entraîner une répression plus sévère de l'infraction de corruption transnationale, impliquant un nombre croissant de personnes et d'entreprises soumis à des enquêtes et des sanctions dans différentes juridictions (simultanément ou consécutivement), y compris par le biais d'accords hors procès. Toutefois, avec le temps, les entreprises et leurs conseils juridiques pourraient se rendre compte des risques inhérents aux procédures longues et coûteuses, menées dans de nombreuses juridictions différentes, et ce, que ce soit pour eux-mêmes ou leurs employés. Ceci pourrait avoir un impact négatif sur la disposition à coopérer des auteurs d'une infraction, à moins que des politiques claires encadrent aussi bien les avantages d'une pleine coopération que l'utilisation qui peut être faite des informations recueillies dans le cadre de cette coopération, parallèlement ou consécutivement aux procédures (cet aspect est abordé plus en détail dans le chapitre 6).

### Signalement spontané

Le signalement spontané est mentionné comme un facteur favorable dans 67 % des accords applicables aux personnes morales et 60 % des accords applicables aux personnes physiques.

Bien que le signalement spontané soit parfois comparé à une pleine coopération, les pays signataires de la Convention qui ont répondu au questionnaire de recueil de données indiquent qu'il s'agit d'un facteur moins souvent pris en compte lors de l'évaluation de la

---

<sup>111</sup> Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, paragraphes 171 et 172.

conclusion d'un accord. La coexistence de traditions et systèmes juridiques différents, notamment la question du droit à ne pas s'auto-incriminer qui existe dans de nombreux pays, peut en partie expliquer cette divergence. Par ailleurs, les mécanismes qui ont tendance à favoriser les transactions pénales peuvent ne pas accorder autant d'importance à un signalement spontané que les *accords de type ASP* ou *AAP*, et autres accords similaires. Ceux-ci sont souvent adoptés à une phase des procédures où les preuves ont pu être rassemblées par d'autres moyens.

Il est possible de mieux appréhender l'importance accordée au signalement spontané par l'analyse du nombre de pays signataires de la Convention anti-corruption de l'OCDE qui disposent d'au moins un mécanisme d'accord encourageant explicitement ces déclarations spontanées (voir le graphique 26). Dans le cas des personnes morales, cela est le cas de 96 % des pays signataires de la Convention qui ont répondu au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, lesquels indiquent encourager le signalement spontané de manière formelle (21 %) ou en pratique (75 %). Ces valeurs ne sont que légèrement inférieures pour les personnes physiques, puisque 85 % des pays encouragent les signalements spontanés de manière formelle (8 %) ou en pratique (77 %) dans au moins un de leurs mécanisme d'accords. Tel qu'abordé dans les Chapitres 3.2 et 4.2, les avantages liés aux signalements spontanés varient d'un pays à l'autre.

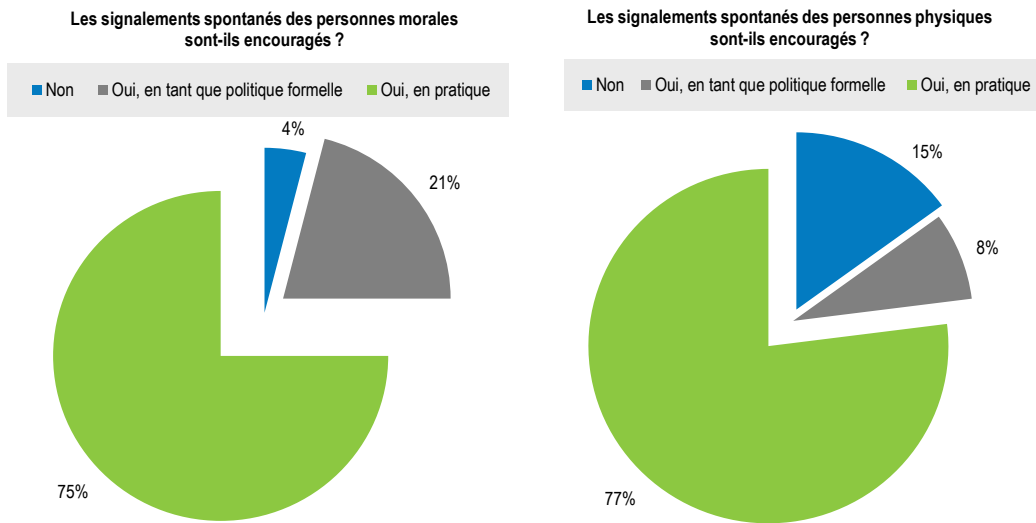
Le Groupe de travail a ainsi noté dans son étude intitulée « *La Détection de la corruption transnationale* » (2017) que les signalements spontanés sont souvent pris en compte dans le cadre plus général de la coopération de l'entreprise à une enquête ultérieure. Des orientations claires sur la définition ou les critères utilisés pour définir un signalement spontané ainsi que sur les attentes existant en matière de coopération aideront de manière significative chaque entreprise à décider si elle doit ou non effectuer un signalement. Cette Étude propose également des exemples de recommandations à destination des pays signataires de la Convention<sup>112</sup>.

Les signalements spontanés ont joué un rôle essentiel dans bon nombre d'affaires de corruption transnationale de premier plan. Ces affaires sont autant d'exemples de l'importance accordée aux signalements spontanés dans la décision de recourir à un accord hors procès. Dans l'affaire *SBM Offshore*, l'entreprise a de sa propre initiative déclaré au ministère public néerlandais avoir lancé une enquête interne sur des soupçons de paiements illicites effectués à destination de commerciaux en échange de services. Cette déclaration spontanée aurait permis d'instaurer un bon niveau de coopération qui a ensuite été pris en compte par les différentes autorités successivement impliquées dans l'accord hors procès de l'affaire. En 2012, dans l'affaire *Biomet*, certains faits ont été volontairement divulgués au ministère de la Justice américain. L'importance accordée aux signalements spontanés varie d'un pays à l'autre, et dépend également des spécificités de chaque affaire. Ainsi, dans l'affaire *Och-Ziff*, bien que l'entreprise n'ait pas fait de signalement spontané pour la faute commise et n'ait pas coopéré en temps opportun dans les premières phases de l'enquête, le niveau général de coopération dont elle a fait preuve par la suite a convaincu le ministère de la Justice américain de lui proposer la conclusion d'un *ASP*. Ce manque initial de coopération a toutefois été pris en compte dans le calcul des sanctions infligées (cet aspect est abordé plus en détail dans le chapitre 4.2). Le même comportement de coopération tardive faisant suite à un défaut de signalement spontané a pu être observé dans l'affaire *Rolls-Royce*.

<sup>112</sup> OCDE (2017), *La Détection de la corruption transnationale*.



Graphique 26. Les pays encouragent-ils les signalements spontanés ?



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 24.

### Reconnaissance de culpabilité

La reconnaissance de culpabilité est un facteur pris en compte dans plus de la moitié des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques et morales (respectivement dans 56 % et 64 % des mécanismes). La reconnaissance des faits (et non de culpabilité) contribue à l'efficacité des enquêtes, tout en laissant une certaine marge de manœuvre au prévenu pour atténuer les effets et limiter les répercussions d'un accord. Une reconnaissance de culpabilité peut néanmoins également avoir des conséquences assimilables à celles d'un procès en bonne et due forme, et entraîner dans de nombreux cas l'exclusion de l'entreprise des marchés publics. En **Italie** par exemple, bien qu'elle soit analogue à une transaction pénale impliquant une reconnaissance des faits, la procédure de *patteggiamento* ne requiert pas de reconnaissance de culpabilité. De la même manière, en **France**, la *CJIP* exige uniquement qu'une personne morale reconnaisse les faits et accepte la qualification pénale retenue (article 180-2 du CPP), et ne requiert cependant pas en soi de reconnaissance de culpabilité. Il existe à cet égard un grand nombre de nuances dans les différents mécanismes d'accords applicables. Ainsi, au **Brésil**, pour qu'un *accord de clémence* avec le Bureau du ministère public fédéral puisse être conclu, une reconnaissance de culpabilité peut être prise en considération « en fonction des faits ». Cette reconnaissance de culpabilité n'est toutefois aucunement obligatoire<sup>113</sup>. À l'inverse, en **Autriche**, dans le cadre d'un *arrêt des poursuites en retour de coopération*, il est demandé à l'auteur des faits d'« avouer sa culpabilité avec remords » (article 209a(1) du CPP).

### 3.2.3. Autres facteurs identifiés grâce aux évaluations réalisées par le Groupe de travail sur la corruption

À l'occasion de ses évaluations par pays, le Groupe de travail a pu identifier d'autres facteurs importants. Le premier est la difficulté que représente la résolution d'affaires multijuridictionnelles complexes ; le second est le risque que des enquêtes longues et

<sup>113</sup> Loi n° 12846/2013, article 2 (« *Responsabilidade objetiva* »).

compliquées ne soient entravées par la nécessité de respecter des délais de prescription. L'association de ces deux facteurs a pu être mise en avant dans le Rapport de Phase 3 sur l'**Italie**. Le Groupe de travail a ainsi noté que les procureurs italiens indiquaient recourir principalement à la procédure de *patteggiamento* dans les affaires de corruption transnationale pour « éviter [...] l'abandon des poursuites en raison de l'expiration du délai de prescription » et afin de « choisir la solution économiquement la plus viable compte tenu de la complexité des enquêtes et des ressources limitées »<sup>114</sup>. Le Groupe de travail a par ailleurs précisé que les pays ne devraient pas prendre en considération les facteurs proscrits aux termes de l'article 5 de la Convention lorsqu'ils évaluent l'opportunité de recourir à une forme d'accord. Ces trois ensembles de facteurs sont analysés ci-dessous.

### *Complexité des affaires de corruption transnationale*

Par nature, les affaires de corruption transnationale, avec leur dimensions transfrontalières inhérentes, nécessitent typiquement des enquêtes longues, difficiles et mobilisant d'importantes ressources, requérant souvent une certaine entraide judiciaire. Comme la corruption transnationale est une infraction intentionnelle, la charge de la preuve très lourde doit être au-delà de tout doute raisonnable à l'égard de l'infraction commises dans ces affaires complexes. Le Groupe de travail a remarqué que, dans bon nombre de pays Parties à la Convention, il pouvait être difficile de rassembler suffisamment de preuves recevables pour atteindre ce seuil élevé. Dans certains cas, cela avait même pu entraver la répression des infractions devant les tribunaux. Dans son Rapport de Phase 4 sur la **Finlande**, par exemple, le Groupe de travail a souligné que la difficulté à satisfaire ce seuil élevé pouvait en partie expliquer pourquoi chacune des cinq affaires ayant abouti à des poursuites depuis 1999 s'étaient conclues par l'acquittement de toutes les parties pour la corruption transnationale<sup>115</sup>. Dans ses observations, Transparency International a également précisé que les accords hors procès « permettent aux procureurs de peser différents enjeux : la solidité des preuves, la probabilité d'une condamnation et les ressources nécessaires »<sup>116</sup>.

À cet égard, dans son Rapport de Phase 4 sur l'**Allemagne**, le Groupe de travail a souligné que le niveau élevé de l'action répressive exercée à l'encontre des personnes morales pour des infractions de corruption transnationale avait été atteint « grâce à l'approche pragmatique continue fondée sur l'utilisation d'infractions alternatives pour imposer des sanctions dans les affaires relevant du domaine de la corruption transnationale, de même qu'au recours à un éventail de procédures, notamment l'accord conditionnel avec des personnes physiques » (par exemple, les accords aux termes de l'*article 153a du CPP*)<sup>117</sup>. Au cours de l'évaluation de Phase 3, les procureurs et les juges allemands ont expliqué cette approche pragmatique à l'occasion des missions sur place par « la nécessité d'atteindre une solution rapidement, tant pour des raisons économiques (les frais de justice doivent être maintenus aussi bas que possible dans la réalisation d'une issue comparable) que pour le respect des droits de l'homme (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme qui établit que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable »)<sup>118</sup>.

<sup>114</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphe 96.

<sup>115</sup> Rapport de Phase 4 sur la Finlande.

<sup>116</sup> Transparency International, (2015) Policy Brief, « *Can Justice Be Achieved Through Settlements?* », [www.transparency.org/whatwedo/publication/can\\_justice\\_be\\_achieved\\_through\\_settlements](http://www.transparency.org/whatwedo/publication/can_justice_be_achieved_through_settlements).

<sup>117</sup> Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne.

<sup>118</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Allemagne.

### *Prescription*

L'impact des délais de prescription sur les décisions de recours à un accord hors procès est relativement complexe, aussi bien pour le ministère public que pour les prévenus. Un certain nombre de paramètres doivent être réunis pour permettre le bon déroulement d'un accord hors procès. Il ressort des différentes évaluations réalisées par le Groupe de travail que les procureurs peuvent avoir un intérêt à proposer la résolution rapide d'une affaire par le biais d'un accord hors procès afin, entre autres, de limiter les frais de procédure et éviter que l'affaire ne soit prescrite. Les défendeurs n'ont quant à eux généralement peu d'intérêt à accepter un tel accord s'ils n'encourent pas ou ne redoutent pas une condamnation devant les tribunaux. Cette crainte d'une action répressive n'existe pas dans les pays où les délais de prescription sont susceptibles d'expirer avant qu'une décision judiciaire ne soit rendue.

Dans son Rapport de Phase 3 sur l'**Italie**, le Groupe de travail note que « la procédure du *patteggiamento* semble avoir joué le rôle d'un filet de sécurité (même de façon restreinte) dans un système où la majorité des affaires seraient autrement prescrites »<sup>119</sup>. Le rapport précise toutefois que « les procureurs et les membres de la profession juridique qui ont participé à la visite sur place ont admis que dans la grande majorité des cas, la possibilité de réduire les sanctions est de peu de poids par rapport à l'impunité totale qu'implique l'expiration du délai de prescription »<sup>120</sup>. C'est la raison pour laquelle la procédure de *patteggiamento* pour le règlement d'affaires de corruption transnationale n'avait, à l'époque, été utilisée que dans un nombre limité d'affaires<sup>121</sup>.

### *Facteurs proscrits au titre de la Convention anti-corruption de l'OCDE*

Comme pour toutes les décisions d'action répressive, le Groupe de travail contrôle l'application du recours de chaque pays aux accords hors procès, et ce, afin de s'assurer qu'ils ne prennent pas en compte des facteurs proscrits par l'article 5 de la Convention, à savoir : « des considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause ». Les pays Parties à la Convention ne devraient en aucun cas être influencés par ces facteurs lors de l'évaluation du recours à un accord, ni ne devraient les prendre en considération pour déterminer la nature et la sévérité des sanctions (comme on le verra dans le chapitre 4.2).

Certains pays ont entériné le refus de prise en considération de ces facteurs dans leur cadre juridique. Cela est par exemple le cas du **Brésil**. Suite à l'entrée en vigueur de sa Loi sur la responsabilité des entreprises (Loi n° 12.846), le Brésil a promulgué un décret d'application ainsi que d'autres textes juridiques afin de renforcer la nouvelle loi. Ceux-ci précisent notamment l'interdiction d'une prise en compte des facteurs proscrits « dans l'enquête préalable à la conclusion d'un *accord de clémence* », au titre de l'article 5 de la Convention<sup>122</sup>. Au **Royaume-Uni**, le code de pratiques applicable aux *ASP*, élaboré par le SFO et le CPS, prévoit que les ministères publics cherchant à déterminer l'existence d'un « intérêt public » à conclure un *ASP* doivent respecter « l'engagement du Royaume-Uni à

<sup>119</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphe 96.

<sup>120</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphe 94.

<sup>121</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie.

<sup>122</sup> Rapport de suivi de la Phase 3 sur le Brésil et ordonnance n° 910 du 7 avril 2015, article 40.

se conformer à la Convention anti-corruption de l'OCDE [...] en particulier à l'article 5 »<sup>123</sup>.

#### **3.2.4. Existe-t-il un droit à recourir à un accord pour les auteurs d'une infraction présumés ?**

##### *Pouvoir discrétionnaire du ministère public ou autre autorité compétente pour la conclusion d'un accord*

Selon les pays, lorsque les conditions nécessaires pour conclure un accord sont remplies, le ministère public ou toute autre autorité compétente peut ou non disposer d'un pouvoir discrétionnaire sur le recours à un accord. Dans les cas où les procureurs sont obligés de proposer un accord lorsque certains critères sont remplis, un « droit à recourir à accord » est alors créé de facto pour les auteurs d'une infraction présumés. Ainsi, en **Autriche**, les procureurs ont une obligation légale de proposer des *peines alternatives* lorsque les critères correspondants sont respectés. Pour les affaires de corruption transnationale, il convient de recourir à des *peines alternatives* si : (i) les faits de l'espèce sont suffisamment clairs ; (ii) l'infraction n'a provoqué aucun décès ; (iii) l'infraction pénale n'entraîne que peu de perturbations ; (iv) des procédures pénales ne sont pas nécessaires pour éviter d'autres infractions ; et (v) l'infraction n'est pas passible d'une peine supérieure à trois ans d'emprisonnement<sup>124</sup>. Cela n'exclue pas une certaine marge de manœuvre dans l'appréciation de la majorité de ces critères. Dans les pays où les procureurs disposent d'un pouvoir discrétionnaire sur le recours aux accords hors procès, ils peuvent par principe choisir d'y recourir systématiquement lorsque les conditions légales sont remplies. Cela est notamment le cas en **Norvège** où, « lorsque l'autorité de poursuites estime qu'il convient d'infliger une amende et/ou de procéder à une confiscation dans une affaire, elle *peut* délivrer une ordonnance à cet effet (...) au lieu de procéder à la mise en examen ». En pratique, ØKOKRIM adresse presque systématiquement des avis de sanction aux personnes morales accusées de corruption transnationale, indépendamment de tout signalement spontané ou effort de coopération<sup>125</sup>. En **Italie**, par contre, aussi bien le défendeur que le ministère public peuvent faire une proposition de *patteggiamento*. Cette demande est alors soumise à l'approbation de la partie adverse. Un avis contraire du procureur doit être motivé. Si le juge en charge de l'affaire considère que le refus du procureur n'est pas justifié, il peut rendre une décision de validation du *patteggiamento*<sup>126</sup>.

<sup>123</sup> Code de pratiques applicables aux ASP (*DPA Code of Practice*), article 2.7 (interdisant expressément de prendre en compte « les considérations d'intérêt économique national, les effets possibles sur les relations avec un autre État ou l'identité des personnes physiques ou morales en cause »).

<sup>124</sup> Code de procédure pénale autrichien, article 198 (1) et (2) ; Code pénal autrichien, article 302, alinéa 1. Des peines alternatives ne peuvent être appliquées aux infractions passibles de peines supérieures à cinq ans d'emprisonnement (Code de procédure pénale autrichien, article 198 (2)). Toutefois, dans le cas des affaires de corruption et autres infractions connexes, ces mesures ne peuvent être appliquées lorsque les peines encourues sont supérieures à trois ans. Des peines alternatives ne peuvent et ne doivent être prévues que lorsque le produit des infractions est inférieur à 50 000 EUR. Si le montant dépasse ce seuil, la peine maximale d'emprisonnement est de cinq ans, ce qui interdit tout recours à d'éventuelles peines alternatives.

<sup>125</sup> Code de procédure pénale norvégien, article 255 ; Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphes 80 à 84.

<sup>126</sup> Code de procédure pénale italien, articles 446 et 448.

### *Récompenser les signalements spontanés et la coopération sans l'exonération des auteurs de l'infraction*

Des représentants de la société civile ont récemment et à plusieurs occasions exprimé le sentiment que l'accès aux procédures de résolution ne devrait pas être un droit, mais dépendre du comportement de l'auteur de l'infraction présumé. D'après eux, la justice peut ne pas être rendue de manière adaptée si les autorités répressives sont trop indulgentes et permettent l'accès à de tels dispositifs simplement pour des considérations d'économie de temps et de ressources dans le règlement de ces affaires. Transparency International et Corruption Watch ont ainsi recommandé que les procureurs permettent uniquement l'accès à des procédures de résolution lorsque les auteurs d'une infraction présumés ont procédé à un signalement spontané, reconnu leur culpabilité et coopéré avec les autorités répressives<sup>127</sup>. En mars 2016, ces deux organisations, soutenues par Global Witness et la Coalition de la CNUCC, ont appelé le Groupe de travail sur la corruption à adopter des normes internationales en matière d'accords, spécifiant notamment qu'il ne puisse y être fait recours que lorsqu'une entreprise est disposée à reconnaître ses fautes<sup>128</sup>.

Certains experts universitaires préconisent également cette approche, mais souvent avec un objectif différent : promouvoir un meilleur respect des mesures de conformité de l'entreprise et prévenir la délinquance en col blanc. Dans la mesure où les auteurs d'une infraction présumés disposent d'un accès plus facile aux informations à charge que les autorités, les universitaires considèrent qu'ils ont un rôle essentiel à jouer dans le processus de résolution. Les autorités répressives devraient donc mettre à profit l'accès aux instruments d'accord hors procès à la fois pour encourager la coopération des auteurs d'une infraction présumés dans les enquêtes, mais aussi inciter à des comportements exemplaires, notamment par le biais de l'élaboration et de la mise en œuvre de systèmes avancés de contrôle de la conformité. Ainsi, d'après le professeur Jennifer Arlen, « les gouvernements peuvent déterminer différents types de responsabilité des personnes morales pour garantir qu'elles ne profitent pas de comportements illicites, tout en les incitant à détecter ces infractions, à effectuer des signalements spontanés ou encore à coopérer avec les autorités. [...] Les entreprises qui s'engagent dans un effort réel de contrôle interne devraient en être récompensées par l'imputation d'une forme de responsabilité moins sévère, comme des amendes civiles ou une forme de transaction pénale de substitution (par exemple, un accord de suspension des poursuites [...]) »<sup>129</sup>. De la même manière, dans une lettre envoyée en 2016 au Groupe de travail sur la corruption, les quatre ONG mentionnées précédemment ont recommandé que les accords hors procès soient utilisés comme « moyens de pression pour favoriser une transparence totale des entreprises en cas d'infraction ».

Bien que la société civile estime généralement que faire dépendre l'accès aux accords hors procès à un comportement exemplaire des auteurs d'une infraction présumés soit une bonne pratique, elle s'inquiète également du risque d'une trop grande indulgence envers les

<sup>127</sup> Voir Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements deter overseas corruption?* », et Transparency International, (2015) Policy Brief, « *Can Justice Be Achieved Through Settlements?* ».

<sup>128</sup> Voir l'article consacré à ce sujet à l'adresse suivante : [www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html](http://www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html).

<sup>129</sup> Jennifer Arlen, *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops*, avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, p. 2.

auteurs d'une infraction qui effectueraient des signalements spontanés et coopéreraient avec les autorités de manière systématique. Abordant le sujet des « juridictions où le signalement spontané et la coopération peuvent être utilisés comme un moyen de défense en cas d'infraction de corruption transnationale », Corruption Watch a fait part de ses inquiétudes relatives aux « répercussions qu'une telle approche pourrait avoir sur la confiance de l'opinion public, et surtout sur la révélation d'affaires de corruption, dans la mesure où cette approche ne permet la divulgation que de peu d'informations (voire d'aucune) sur les fautes commises »<sup>130</sup>. Le Groupe de travail sur la corruption partage ce point de vue. Au cours de la Phase 2, le Groupe de travail a recommandé à la **République tchèque**, à la **République slovaque** et à la **Slovénie** de modifier leur législation respective afin que le « repentir réel » ne puisse plus être invoqué comme moyen de défense en cas d'infraction de corruption transnationale. Cette question a également été abordée avec la **Grèce** lors de l'évaluation de suivi et des recommandations du même ordre ont pu être adressées à l'**Espagne** et au **Portugal** au moment de la Phase 3. Le Groupe de travail a également appelé la **République slovaque** à veiller à ce que « l'octroi de l'immunité aux auteurs d'une infraction coopérants avec les autorités publiques ne fasse pas obstacle à l'application effective de l'infraction de corruption transnationale »<sup>131</sup>.

*Un monde des affaires de plus en plus favorable aux accords hors procès*

Bien que la plupart des systèmes ne créent pas de fait un droit à recourir à un accord pour les auteurs d'une infraction présumés, les entreprises et les associations d'entreprises de plusieurs pays se sont prononcées pour l'adoption des accords hors procès. En **France**, au cours de l'année précédant l'adoption de la loi portant création de la *CJIP*, le principal syndicat patronal s'est prononcé en faveur de la création d'une version française des *ASP*<sup>132</sup>. Au **Canada**, avant l'adoption de l'*accord de réparation*, une grande entreprise spécialisée dans l'ingénierie, accusée de faits de corruption d'agents étrangers en Libye, a été l'un des plus actifs défenseurs de la création d'un système d'*ASP* dans le pays. L'engagement du monde des affaires peut s'expliquer par cette impression que les accords semblent plus adaptés que la justice traditionnelle à la résolution d'infractions commises dans le cadre de transactions commerciales internationales. Le fait que certaines formes d'accords s'appuient sur une entente entre le ministère public et les auteurs d'une infraction présumés, se soldant souvent par des sanctions moins lourdes ou à des conséquences moins graves pour les entreprises que lors d'un procès pourrait expliquer l'implication à plus forte mesure et la volonté de changement. Par ailleurs, bien que le principe de double incrimination (*non bis in idem*) internationale ne soit pas reconnu dans la plupart des pays Parties à la Convention, la possibilité de résoudre une affaire avec les procureurs « à

<sup>130</sup> Contribution de Corruption Watch en réponse à la consultation préalable à l'Étude sur la résolution des affaires de corruption transnationale.

<sup>131</sup> Rapports de Phase 2 sur la République tchèque (paragraphe 244), la République slovaque (paragraphe 244) et la Grèce (paragraphe 134 à 136), et de Phase 3 sur l'Espagne (paragraphe 39) et le Portugal (paragraphe 41 et 42).

<sup>132</sup> Voir *Note d'information sur l'inflation des normes anti-corruption et les risques induits pour toute entreprise française ayant une activité à l'international*, MEDEF, mars 2015 ; [www.medef.com/uploads/media/node/0001/04/f32f888f19f1465961d35b51fbf31a7e1623256c.pdf](http://www.medef.com/uploads/media/node/0001/04/f32f888f19f1465961d35b51fbf31a7e1623256c.pdf), et *Corruption : État des lieux juridique et pratique d'une lutte mondiale*, table ronde publiée par Option Droit & Finance, [www.optionfinance.fr/droit-affaires/les-rencontres-dexperts/compliance/corruption-etat-des-lieux-juridique-et-pratique-dune-lutte-mondiale.html](http://www.optionfinance.fr/droit-affaires/les-rencontres-dexperts/compliance/corruption-etat-des-lieux-juridique-et-pratique-dune-lutte-mondiale.html).

domicile » est souvent perçue comme une solution plus simple et moins coûteuse par les entreprises potentiellement impliquées.

Plus ambitieuse encore, une entreprise a publiquement défendu le droit de recourir à un accord hors procès dans l'affaire qui la concernait. En octobre 2018, quelques mois après la promulgation des *accords de réparation* au **Canada**, le ministère public canadien a annoncé qu'il n'utiliserait pas cet instrument pour résoudre les poursuites de corruption transnationale engagées contre une entreprise accusée de faits de corruption d'agents étrangers en Libye. Le ministère public a fait valoir que cette affaire ne remplissait tout simplement pas les conditions définies par la loi. L'entreprise a alors publié une lettre ouverte revendiquant le droit à recourir à un accord, mettant principalement en avant des arguments économiques. L'entreprise prétendait qu'« une longue procédure judiciaire risquerait de gaspiller les ressources et l'argent des contribuables », alors que la conclusion d'un accord de réparation permettrait « d'augmenter les recettes commerciales et fiscales »<sup>133</sup>. Cet engagement croissant du monde des affaires en faveur des accords hors procès reflète ce que certains experts ont appelé un « changement de paradigme » dans la résolution des infractions économiques, dont la corruption transnationale<sup>134</sup>. Alors que les accords hors procès avaient à l'origine été conçus pour faciliter les actions répressives, les mêmes universitaires estiment que ces accords ont également contribué à rééquilibrer le rapport de force entre les autorités répressives et les entreprises poursuivies, en offrant à ces dernières un plus grand pouvoir de négociation que dans le cadre d'un procès classique.

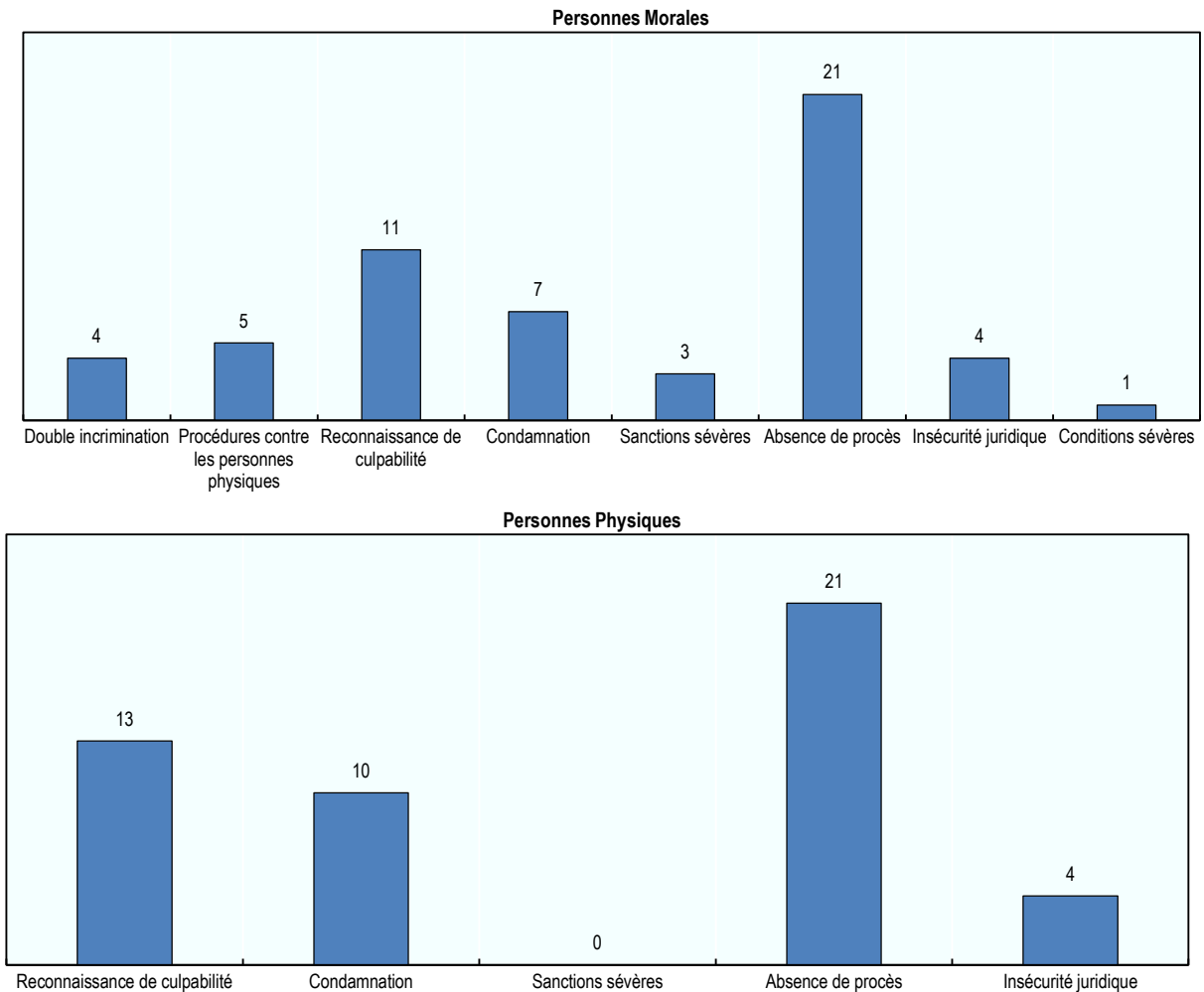
### 3.3. Incitations à la conclusion d'un accord pour les prévenus

Comme le montre le graphique 27, la conclusion d'un accord peut présenter des inconvénients significatifs pour les auteurs présumés d'une infraction, comme la renonciation à une procédure judiciaire complète, la mise en œuvre d'une enquête interne coûteuse (dans le cas des personnes morales), la reconnaissance des faits ou, dans certains cas, une reconnaissance de culpabilité. Pour constituer des alternatives viables à un procès en bonne et due forme, les accords doivent offrir des incitations qui l'emportent sur les inconvénients subis par les auteurs présumés d'une infraction, et ce, sans pour autant être une « solution de facilité » qui ne dissuaderait nullement les récidives. Bien que certaines incitations soient communes à toutes les mécanismes d'accords, d'autres varient ou sont plus spécifiques à des systèmes donnés. Cette section examine les incitations qui peuvent encourager les auteurs d'une infraction présumés, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales, à résoudre des allégations ou des poursuites de corruption transnationale sans passer par une procédure judiciaire complète.

<sup>133</sup> *Thank You for Considering Our Position*, lettre ouverte de SNC-Lavalin, 26 octobre 2018, [www.snclavalin.com/en/files/documents/publications/snc-lavalin-open-letter-october-26-2018\\_en.pdf](http://www.snclavalin.com/en/files/documents/publications/snc-lavalin-open-letter-october-26-2018_en.pdf).

<sup>134</sup> Garapon, A. et P. Servan-Schreiber, *Deals de justice, le marché américain de l'obéissance mondialisée*, 2013, PUF.



**Graphique 27. Éléments dissuasifs à la conclusion d'accords selon les pays (par accord)**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 33 et 34.

### 3.3.1. Pas d'incitation sans dissuasion

Quelle qu'elle soit, une incitation à conclure un accord ne peut être efficace que si l'alternative d'un procès et d'une condamnation est probable. Cette condition préalable essentielle a été abordée en 2018 à l'occasion du Forum mondial de l'OCDE sur l'intégrité et la lutte anti-corruption<sup>135</sup>. Lors d'une session consacrée aux accords hors procès dans les affaires de corruption transnationale<sup>136</sup>, les intervenants ont utilisé la métaphore « de la

<sup>135</sup> Forum mondial de l'OCDE sur l'intégrité et la lutte anti-corruption.

<sup>136</sup> Cette session, intitulée « *Settling Foreign Bribery Cases with Non-Trial Resolutions* », s'intégrait dans le processus de consultation réalisé pour la présente étude. M<sup>me</sup> Jennifer Arlen, professeur à la New York University School of Law, animait cette session. Sont notamment intervenus : M<sup>me</sup> Susan Hawley, directrice des politiques pour Corruption Watch ; M. Daniel Kahn, responsable de la section FCPA du ministère de la Justice américain ; M<sup>me</sup> Astrid Mignon Colombet, avocate et partenaire chez Soulez Larivière & associés ; et M. Robert Sikellis, conseiller principal en charge de la conformité pour Siemens. Le document peut être téléchargé depuis l'adresse suivante : [www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf](http://www.oecd.org/corruption/Panel-on-settling-foreign-bribery-cases-non-trial-resolutions.pdf).



carotte et du bâton » pour expliquer pourquoi les accords ne peuvent fonctionner efficacement que dans les pays qui ont réellement la capacité d'exercer des mesures répressives et d'imposer des sanctions fermes, et que cette capacité soit également connue du public. Autrement dit, pour que la carotte soit aussi appétissante, il faut que le bâton soit suffisamment menaçant. Ainsi, quelles que soient les incitations sous-jacentes à recourir à un accord hors procès, elles ne seront d'aucune efficacité si l'alternative la plus probable pour l'auteur d'une infraction présumé est d'échapper à toute forme de conséquence judiciaire.

Dans ses évaluations, le Groupe de travail sur la corruption a déjà eu l'occasion d'observer cette dynamique, soulignant que « le défendeur n'est guère incité à rechercher un accord, même s'il a effectivement commis des actes de corruption, dans un système généralement incapable de mener une affaire à sa conclusion »<sup>137</sup>. Le Groupe de travail a dans différents cas identifié un lien entre des mesures répressives peu sévères en matière de corruption transnationale et le recours limité aux mécanismes d'accords.

Dans le cas de l'**Italie** par exemple, le Groupe de travail a constaté que le délai de prescription reste « la raison principale » expliquant pourquoi « malgré l'importance des actions répressives engagées » par l'Italie « les résultats demeurent médiocres en termes de sanctions imposées aux auteurs d'une infraction ». Les délais de prescription portent préjudice au *patteggiamento* dans la résolution des affaires de corruption transnationale, malgré les très nombreux avantages qu'offre cette procédure pour les auteurs d'une infraction présumés, parmi lesquels la possibilité de réduire d'un tiers la sanction maximale encourue ou même d'obtenir une suspension de la peine sous certaines conditions<sup>138</sup>. Le délai de prescription a depuis été prolongé et le Groupe de travail évaluera l'impact de cette prolongation sur l'application de l'infraction de corruption transnationale en Italie à l'occasion de la Phase 4<sup>139</sup>.

Une même dynamique semble s'être engagée en **République tchèque**, où l'insuffisance budgétaire entrave l'application de la législation anti-corruption. À ce jour, aucune personne morale ou physique n'a été sanctionnée au titre d'une infraction de corruption transnationale<sup>140</sup>. Parallèlement à cela, l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction*, qui permet à l'auteur d'une infraction présumé de bénéficier d'un allègement de la sanction et d'éviter une longue procédure judiciaire<sup>141</sup>, n'a pourtant jamais été utilisé pour résoudre une affaire de corruption transnationale. Dans ses réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, la République tchèque indique que les accords de reconnaissance de culpabilité et de sanction séduisent peu car les auteurs présumés d'une infraction « espèrent être relaxés ». Il semblerait que le manque d'actions répressives (qui réduit presque à néant le risque de sanctions pour des faits de corruption transnationale)

<sup>137</sup> Rapport de Phase 2 sur l'Argentine, paragraphe 115. Par ailleurs, dans son rapport d'évaluation de Phase 4 sur la Finlande (page 4), le Groupe de travail précise que « dans un contexte où la probabilité de voir une condamnation être prononcée est extrêmement faible en raison de l'interprétation et de l'application de l'infraction de corruption transnationale par les tribunaux, [les examinateurs principaux] remarquent que les personnes physiques ne sont guère incitées à conclure une transaction pénale ».

<sup>138</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphes 13 et 94.

<sup>139</sup> Loi n° 103 du 23 juin 2017, « *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e all'ordinamento penitenziario* » (Modifications apportées au Code pénal, au Code de procédure pénale et au système pénitentiaire), Gazzetta Ufficiale, n° 154 du 4 juillet 2017, entrée en vigueur le 3 août 2017.

<sup>140</sup> Rapport de Phase 4 sur la République tchèque, paragraphes 27 et 75.

<sup>141</sup> Informations tirées des réponses au questionnaire de recueil de données.

limite grandement l'intérêt des avantages que pourrait tirer l'auteur d'une infraction présumé d'un *accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction*, ce qui, par conséquent, limite la pertinence de ce mécanisme de répression alternative.

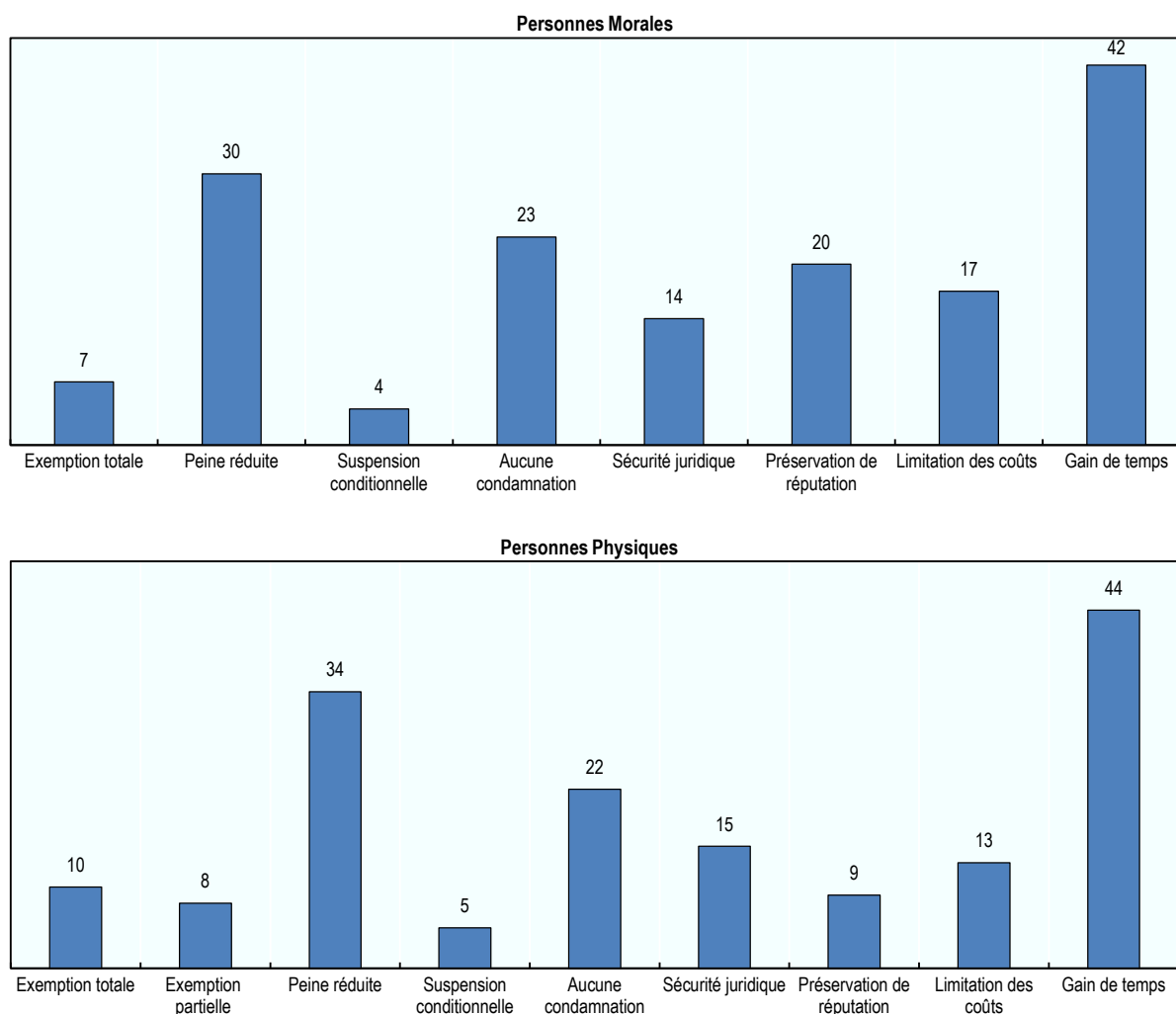
### 3.3.2. *Incitations liées au processus d'accord hors procès*

#### *Réduction de la durée des résolutions*

La rapidité des procédures est l'avantage qu'offre dans la plupart des cas la conclusion d'un accord hors procès. Les pays couverts par cette étude considèrent que cet avantage est commun à 81 % des mécanismes applicables aux personnes morales (42 sur 52) et 80 % des dispositifs accessibles aux personnes physiques (44 sur 55). Cela s'explique notamment par le fait que ces mécanismes réduisent quasiment toujours la durée des procédures. Alors que les résultats des procédures d'accord dépendent des caractéristiques propres à chaque mécanisme, leur nature rapide en est une spécificité du processus, quelle que soit la forme d'accord. Les réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE montrent que des procédures plus courtes sont un avantage pour les défenseurs qui concluent des accords de type *ASP* ou *AAP* (comme les *transactions* aux **Pays-Bas**), ou ont recours à des accords analogues aux transactions pénales (comme le *patteggiamento* en Italie ou la *CRPC* en **France**).

D'après les réponses apportées au questionnaire de recueil de données de l'OCDE par les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE, la rapidité ne prévaut pas nécessairement sur d'autres types d'incitations dans la décision du défendeur de recourir ou non à un accord. Par exemple, un *accord de type ASP* pourrait permettre une conclusion plus rapide qu'un procès, la motivation de l'auteur d'une infraction présumé à opter pour un tel accord pourrait principalement être la perspective d'échapper à une condamnation.

**Graphique 28. Incitations à conclure des accords selon les prévenus dans les pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 31 et 32.

Dans leurs réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, plusieurs pays mentionnent toutefois des incitations découlant directement de l'effet des procédures plus courtes des accords hors procès. Au sujet de son *ordonnance de sanction optionnelle*, le **Norvège** précise qu'il s'agit d'« une incitation d'ordre pratique est que l'affaire est résolue rapidement, et sans action judiciaire longue et coûteuse, sans couverture médiatique, caractéristiques de tels procès ».

#### *Limitation des coûts*

Des procédures plus courtes entraînent des coûts plus faibles pour les auteurs d'une infraction présumés. Dans ses réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, l'**Australie** indique que son mécanisme de transaction *pénale* permet au défendeur « d'éviter de longues procédures judiciaires et de condamnation, mais aussi d'économiser sur les frais associés ». Ces coûts correspondent généralement aux frais de justice et aux honoraires d'avocats. Étant donné que la conclusion judiciaire des affaires de corruption

transnationale peut durer plusieurs années dans certains pays Parties à la Convention, le coût de la représentation en justice peut atteindre des sommes conséquentes. Dans les réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, ces coûts réduits sont clairement identifiés comme une incitation dans le cas de 17 mécanismes applicables aux personnes morales et de 13 mécanismes applicables aux personnes physiques. Ces chiffres peuvent paraître faibles, mais il convient de noter que, comme expliqué ci-dessus, ces coûts réduits sont l'une des conséquences directes de la rapidité des procédures, qui reste l'avantage principal des accords.

Ces chiffres peuvent également tenir au fait que l'auteur d'une infraction présumé pourrait avoir à supporter des dépenses qu'il n'aurait pas eu à assumer dans le cadre d'une procédure purement judiciaire. En effet, même si les coûts sont réduits en raison de la courte durée des procédures, les auteurs d'une infraction sont parfois tenus d'accepter de coopérer avec les autorités et de procéder à des recherches poussées sur les infractions commises, ce qui peut s'avérer particulièrement coûteux<sup>142</sup>. En outre, les conditions imposées au défendeur par un ASP peuvent requérir la mise en place d'un solide système de contrôle de la conformité et la désignation d'un contrôleur, autant de mesures qui entraînent des dépenses importantes. Les experts ont tendance à inclure le coût de ces mesures dans le montant global des sanctions<sup>143</sup>. Cela peut néanmoins expliquer pourquoi la réduction des coûts est rarement mentionnée comme étant un facteur incitatif pour les défendeurs dans le questionnaire de recueil de données de l'OCDE.

#### *Atténuation de l'atteinte à la réputation*

Les accords hors procès ont l'avantage de limiter, en termes de durée et d'intensité, la publicité négative dont pourrait être victime un défendeur. En effet, en raison de la rapidité des procédures, les prévenus ne restent sous l'attention du public que pendant une durée limitée<sup>144</sup>. La publicité générée par un accord hors procès est également susceptible d'être moins importante que ne le serait l'attention portée par les médias en cas d'instruction judiciaire et de procès public. En limitant cette mauvaise publicité, les accords hors procès conclus pour des infractions de corruption transnationale peuvent atténuer ces atteintes à la réputation des auteurs d'une infraction présumés. Les pays couverts par la présente étude considèrent cet aspect comme constitutif d'une incitation pour les défendeurs dans 38 % des accords hors procès applicables aux personnes morales (20 sur 52) et 16 % des accords applicables aux personnes physiques (9 sur 55).

La différence importante, dans ce graphique, entre personnes physiques et personnes morales tient sûrement au fait que les atteintes à la réputation affectent bien plus les entreprises que les particuliers. Ces atteintes pourraient très bien se traduire par une baisse de la valeur boursière de l'entreprise, ainsi que par une perte de la confiance des investisseurs et de futures possibilités de développement commercial. Ces conséquences

<sup>142</sup> Voir Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12.

<sup>143</sup> Voir Jennifer Arlen et Reinier Kraakman, « *Controlling Corporate Misconduct: An Analysis of Corporate Liability Regimes* », octobre 1997, New York University Law Review, vol. 72, n° 4.

<sup>144</sup> Dans le rapport de Phase 3 sur la Norvège, le Groupe de travail sur la corruption a conclu que les « entreprises préfèrent parfois aboutir plus rapidement à la conclusion d'une affaire, afin de réduire les risques pour leur réputation inhérents à toute couverture médiatique prolongée » (paragraphe 64).

potentiellement importantes peuvent expliquer pourquoi les personnes morales sont plus enclines à renoncer à un procès et, dans certains cas, à plaider coupable, pourvu qu'elles évitent de résoudre l'affaire devant un tribunal. Dans ses réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, le **Chili** indique par exemple que sa *procédure accélérée* impose aux défendeurs de reconnaître leur culpabilité et de « renoncer à la possibilité d'une relaxe », mais qu'elle permet d'« éviter à l'entreprise la tenue d'un long procès et un éventuel préjudice à sa réputation ».

Par contre, si tant est que le risque d'atteinte à la réputation ait un effet suffisamment dissuasif en termes de criminalité des entreprises<sup>145</sup>, atténuer le préjudice à la réputation d'un défendeur peut logiquement réduire l'effet dissuasif de cette forme d'accord. En annonçant la conclusion d'un accord, voire en publiant les conditions qui l'accompagnent, les pays peuvent, au moins dans une certaine mesure, tenter de contourner cet effet. La publication des conditions prévues par les accords est analysée plus en détail dans le chapitre 5.2.

### 3.3.3. *Incitations liées aux résultats d'un accord hors procès*

Les incitations découlant des résultats d'un accord hors procès sont liées aux caractéristiques spécifiques de chaque mécanisme d'accord. Plusieurs pays ont conçu leurs mécanismes de sorte à ce que leurs résultats soient plus favorables pour les défendeurs que l'issue d'un procès. La partie suivante examine donc les incitations sous-jacentes aux résultats des accords hors procès.

#### *Dispense d'une condamnation et de ses conséquences*

Les pays couverts ici considèrent que la dispense de condamnation constitue une incitation dans 23 des 52 accords conclus avec des personnes morales (44 %) et dans 22 des 55 accords conclus avec des personnes physiques (40 %). Les accords concernés sont notamment les *AAP* et les *ASP* pour les affaires pénales aux **États-Unis**, les *ASP* au **Royaume-Uni**, le *rejet conditionnel* aux **Pays-Bas** et, depuis 2016, les *CJIP* en **France** pour les entreprises défenderesses.

Éviter une condamnation et ses conséquences indirectes présente des avantages évidents pour les auteurs d'une infraction présumés. D'après Transparency International Canada, « le fait d'engager des poursuites contre une entreprise peut avoir des répercussions importantes pour des tiers innocents, comme ses employés, ses clients, ses fournisseurs ou ses investisseurs. Ces effets potentiels involontaires incluent des pertes d'emploi, de droits à la retraite, de valeur actionnariale et de contrats de fournisseurs, autant de préjudices pour les entreprises et les marchés concernés. [...] Les accords qui ne s'appuient pas sur des condamnations, comme les *ASP*, ont la capacité de protéger les parties prenantes, internes et externes, contre au moins une partie de ces conséquences »<sup>146</sup>. L'une des manières par lesquelles les accords de type *ASP* limitent ces risques tient à ce qu'ils garantissent que le défendeur ne sera pas exclu des marchés publics. Ce type d'exclusion est généralement la

<sup>145</sup> Voir John Karpoff et John Lott, Jr., *The Reputational Penalty Firms Bear from Committing Criminal Fraud*, *Journal of Law & Economics*, vol. 36, page 757 (1993).

<sup>146</sup> Transparency International Canada (2017), « *Another Arrow in the Quiver – Consideration of a Deferred Prosecution Agreement Scheme in Canada* », p. 7, <http://www.transparencycanada.ca/wp-content/uploads/2017/07/DPA-Report-Final.pdf>.

conséquence d'une condamnation ; l'auteur d'une infraction qui échappe à une condamnation échappe également à cette exclusion<sup>147</sup>.

Pour les entreprises, éviter une exclusion des marchés publics peut constituer une forte incitation à conclure des accords, d'autant que ces mécanismes ne prévoient pas automatiquement ce type de conséquence<sup>148</sup>. Contrairement à une amende qui n'impacte que la trésorerie d'une entreprise à un instant donné et peut parfois être gérée de manière stratégique<sup>149</sup>, cette exclusion affecte directement son chiffre d'affaires et ses futures possibilités de développement commercial. Au **Royaume-Uni**, les *ASP* et les *règlements civils* ne sont pas concernés par cette exclusion obligatoire car ils n'entraînent pas de condamnation pour l'entreprise défenderesse. Lors de l'approbation de l'*ASP* demandée dans l'affaire **Rolls-Royce**, le tribunal a pris en compte cet aspect parmi les conséquences qu'une procédure judiciaire classique aurait en cas de rejet de cet *ASP* : « la radiation et l'exclusion auraient manifestement un impact considérable, et sans doute des effets préjudiciables, sur la situation financière de Rolls-Royce. De telles mesures pourraient créer des conditions des plus défavorables, c'est-à-dire se répercuter de façon très négative sur le prix des actions et, pire encore, sur la confiance des actionnaires, la stratégie future et, par conséquent, la viabilité de l'entreprise »<sup>150</sup>.

Une affaire particulièrement médiatisée, visant une grande entreprise canadienne spécialisée dans l'ingénierie, illustre parfaitement la manière dont la perspective d'une condamnation et de ses répercussions peuvent affecter l'activité d'une entreprise. Le **Canada** a ainsi engagé une procédure contre cette entreprise en 2015 sur la base d'allégations de versement de pots-de-vin dans le but de s'assurer des contrats publics en Libye. À l'époque, il n'existait aucun système de type *ASP* à la disposition des procureurs pour gérer les infractions à la Loi sur la corruption d'agents publics étrangers (LACPE), et une condamnation au titre de la LACPE entraînait automatiquement exclusion de 10 ans des marchés publics<sup>151</sup>. En 2018, alors que les procédures visant l'entreprise étaient toujours en cours, le **Canada** a annoncé le projet de création d'un mécanisme de type *ASP*

<sup>147</sup> En réponse au questionnaire de recueil de données, l'**Autriche** indique que les *arrêts des poursuites en retour de coopération avec le parquet* permettent aux défendeurs de conserver un casier judiciaire vierge et que cela s'avère « particulièrement important pour la participation aux procédures de passation de marchés publics internationaux ».

<sup>148</sup> Dans son rapport de Phase 3 sur les **Pays-Bas** (paragraphe 54), le Groupe de travail sur la corruption a déterminé que « l'UE ne prend pas en compte, dans le cadre de sa procédure d'exclusion, les règlements extrajudiciaires. Ce facteur peut très fortement inciter les entreprises à essayer de parvenir à un règlement extrajudiciaire pour les affaires de corruption (transnationale). »

<sup>149</sup> Un nombre croissants d'assureurs aux États-Unis proposent une couverture spécifique aux amendes de la FCPA. Un article consacré à ce phénomène peut être consulté à l'adresse suivante : [www.fcpcablog.com/blog/2017/8/2/oehninger-and-fehling-a-primer-on-insurance-coverage-for-fcp.html](http://www.fcpcablog.com/blog/2017/8/2/oehninger-and-fehling-a-primer-on-insurance-coverage-for-fcp.html).

<sup>150</sup> Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni, paragraphe 171, relatif à la décision de Sir Brian Leveson, 17 janvier 2017, Serious Fraud Office et Rolls-Royce Plc & Anor, paragraphes 52 à 57, [www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/](http://www.sfo.gov.uk/cases/rolls-royce-plc/).

<sup>151</sup> Le Régime d'intégrité du gouvernement du Canada a été révisé en 2015. Conformément à la Politique d'inadmissibilité et de suspension du Régime, entrée en vigueur le 4 avril 2016, la durée de suspension peut être réduite de cinq ans si l'auteur d'une infraction présumé coopère avec les autorités ou a remédié aux causes de l'infraction.

pour le règlement des affaires de corruption transnationale<sup>152</sup>. La perspective selon laquelle l'entreprise pourrait enfin mettre un terme aux poursuites dont elle faisait l'objet, sans pour autant se voir condamnée et exclue des marchés publics, a entraîné une forte appréciation du cours de ses actions<sup>153</sup>. En octobre 2018, quelques semaines après la promulgation de l'*accord de réparation* pour le règlement extrajudiciaire d'infractions à la LACPE, le ministère public canadien annonçait que ce dispositif ne serait pas utilisé dans l'affaire contentieuse puisque celle-ci ne remplissait pas les conditions définies dans le Code pénal. Dans la mesure où cette déclaration rétablissait la perspective d'une condamnation, le cours des actions de l'entreprise a chuté dans les heures qui ont suivi jusqu'à atteindre son niveau le plus bas depuis plusieurs années<sup>154</sup>.

Les avantages conséquents qui découlent d'une absence de condamnation peuvent expliquer pourquoi les entreprises sont prêtes à accepter certains des inconvénients inhérents aux processus d'accord hors procès. Dans les réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, le **Royaume-Uni** considère que ces inconvénients peuvent avoir un effet dissuasif pour les défendeurs et précise que « les conditions afférentes à un ASP peuvent être coûteuses et particulièrement contraignantes ». Aux **États-Unis**, les ASP et les AAP imposent généralement aux entreprises de mettre en place un programme de conformité efficace, et parfois même qu'elles fassent appel à un contrôleur afin de superviser la mise en œuvre dudit programme. Ces mécanismes d'accords « obligent les entreprises à augmenter matériellement leurs dépenses de mise en conformité avec la réglementation ». Certains imposent même « la nomination d'un responsable de la conformité, rattaché directement au conseil d'administration, la désignation de directeurs spécialisés indépendants, l'établissement d'un nouveau comité d'administrateurs ou de haut dirigeants, ou encore le non-cumul des titres de directeur général et de président du conseil d'administration »<sup>155</sup>.

La certitude d'échapper à une condamnation et à ses conséquences indirectes (en particulier l'exclusion des marchés publics) est aussi appréciée des entreprises qu'elle est préoccupante pour certains experts. De nombreux acteurs gouvernementaux ou institutionnels, dont l'Union européenne et les Nations unies, considèrent l'exclusion des marchés publics comme une stratégie efficace pour limiter le risque de corruption<sup>156</sup>. L'Office des Nations unies contre la drogue et le crime, par exemple, estime que « la suspension ou l'exclusion des marchés publics s'est révélée être un dispositif efficace

<sup>152</sup> Communiqué de presse, 27 mars 2018 – Gatineau, Québec – Services publics et Approvisionnement Canada. [www.canada.ca/fr/services-publics-approvisionnement/nouvelles/2018/03/le-canada-elargira-sa-trousse-doutils-afin-deliminer-les-actes-reprehensibles-des-entreprises.html](http://www.canada.ca/fr/services-publics-approvisionnement/nouvelles/2018/03/le-canada-elargira-sa-trousse-doutils-afin-deliminer-les-actes-reprehensibles-des-entreprises.html).

<sup>153</sup> Nicolas Van Praet, « *Corporate-Misconduct Laws Could Aid SNC-Lavalin* », The Globe and Mail, 23 février 2018, [www.theglobeandmail.com/report-on-business/snc-lavalin-shares-rise-as-ottawa-moves-ahead-on-deferred-prosecutions/article38085435/](http://www.theglobeandmail.com/report-on-business/snc-lavalin-shares-rise-as-ottawa-moves-ahead-on-deferred-prosecutions/article38085435/).

<sup>154</sup> « *SNC-Lavalin shares fall to lowest since 2016 on news foreign bribery case will go to court* », CBC News, 10 octobre 2018, [www.cbc.ca/news/business/snc-lavalin-1.4856869](http://www.cbc.ca/news/business/snc-lavalin-1.4856869).

<sup>155</sup> Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, p. 4.

<sup>156</sup> Emmanuelle Auriole et Tina Sørreide, « *An Economic Analysis of Debarment* », International Review of Law and Economics, vol. 50, juin 2017, [www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818817300066](http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0144818817300066).

dans la lutte contre la corruption »<sup>157</sup>. Toutefois, même si l'exclusion des marchés publics permet de lutter contre les pratiques de corruption dans les appels d'offres publics, différents experts ont souligné que protéger les entreprises des conséquences d'une condamnation (et notamment l'exclusion) sur leur réputation et leur activité, ne fait qu'affaiblir l'effet dissuasif d'une procédure judiciaire<sup>158</sup>. Forts de ce constat, des représentants de la société civile ont appelé à une utilisation prudente de la possibilité d'exonérer de la radiation une entreprise partie à un accord hors procès, et recommandent qu'un juge puisse examiner les considérations qui ont mené le ministère public à une telle décision<sup>159</sup>.

D'autres experts avancent qu'une augmentation des sanctions pécuniaires pourrait avoir un effet tout aussi dissuasif que l'exclusion des marchés publics<sup>160</sup>. Reprenant la métaphore de la carotte et du bâton, ils prétendent que pour être efficaces les régimes de responsabilité des personnes morales doivent s'appuyer sur la coopération des auteurs d'une infraction présumés, laquelle ne peut être garantie que par l'octroi de récompenses significatives, parmi lesquelles le report des poursuites<sup>161</sup>.

#### *Octroi d'une réduction des sanctions*

La réduction des sanctions pécuniaires est généralement perçue comme un avantage des accords hors procès pour les auteurs d'une infraction présumés. Les pays couverts par cette étude considèrent qu'il s'agit d'une incitation offerte par 58 % des mécanismes applicables aux personnes morales (30 sur 52) et par 62 % des dispositifs applicables aux personnes physiques (34 sur 55). La réduction des sanctions pécuniaires est une incitation courante des accords qui s'appuient sur la reconnaissance de culpabilité du défendeur. Cela est notamment le cas des mécanismes analogues aux transactions pénales en **Italie**, au **Royaume-Uni**, aux **États-Unis** ou encore en **Lettonie**. Dans le cas de l'**Australie**, l'auteur d'une infraction présumé a, au titre de la *transaction pénale*, la possibilité de demander au tribunal l'application d'une sanction plus clémentine s'il a d'emblée reconnu sa culpabilité<sup>162</sup>.

<sup>157</sup> UNODC (2013), « *Guidebook on Anti-Corruption in Public Procurement and the Management of Public Finances: Good Practices in Ensuring Compliance with Article 9 of the United Nations Convention against Corruption* », p. 25, [www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook\\_on\\_anti-corruption\\_in\\_public\\_procurement\\_and\\_the\\_management\\_of\\_public\\_finances.pdf](http://www.unodc.org/documents/corruption/Publications/2013/Guidebook_on_anti-corruption_in_public_procurement_and_the_management_of_public_finances.pdf).

<sup>158</sup> Corruption Watch avance que « l'une des principales raisons qui font que les ASP et les AAP entravent l'aspect réellement dissuasif de la loi est qu'ils protègent les entreprises d'une potentielle exclusion des marchés publics ». Voir Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – Do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements Deter Overseas Corruption?* », p. 14.

<sup>159</sup> Lettre de Transparency International UK à David Green, ancien directeur du *Serious Fraud Office*, 9 mars 2018, et contribution de Corruption Watch en réponse à la consultation préalable à l'étude sur le règlement des affaires de corruption transnationale.

<sup>160</sup> Matthew Stevenson, « *Is the "Too Big to Debar" Problem a Problem? And Is Partial Debarment a Solution?* », The Global Anticorruption Blog, 29 janvier 2015, [globalanticorruptionblog.com/2015/01/29/is-the-too-big-to-debar-problem-a-problem/](http://globalanticorruptionblog.com/2015/01/29/is-the-too-big-to-debar-problem-a-problem/).

<sup>161</sup> Contribution de Jennifer Arlen en réponse à la consultation publique de l'OCDE sur la responsabilité des personnes morales : Compilation des réponses, novembre 2016, [www.oecd.org/daf/anti-bribery/Online-consultation-compilation-contributions.pdf](http://www.oecd.org/daf/anti-bribery/Online-consultation-compilation-contributions.pdf).

<sup>162</sup> Réponses au questionnaire de recueil de données.



Dans la grande majorité des accords conclus avec des personnes morales (au moins 36 sur 52) et avec des personnes physiques (au moins 34 sur 55), les sanctions pécuniaires maximales pouvant être infligées par les procureurs sont limitées. Cette limitation peut s'expliquer par la volonté des États de réguler le montant des sanctions prévues dans le cadre de ces dispositifs. Seuls quelques accords (au moins 10) ne prévoient aucune limite pour les sanctions pécuniaires, parmi lesquels l'*ordonnance de sanction optionnelle* en **Norvège** et l'*ordonnance de consentement* en **Afrique du Sud**<sup>163</sup>.

Le graphique 29 montre que dans les accords conclus avec des personnes morales, le montant maximum des sanctions pécuniaires se base, pour un peu moins d'un tiers des accords (15 sur 52), sur le produit généré par les pratiques corruptives. Cela est notamment le cas en **Argentine**. Ainsi, au titre de l'*accord de coopération effective*, la sanction infligée est égale à la moitié de la sanction minimale prévue dans la Loi n° 27.401, laquelle sanction minimale s'élève entre deux à cinq fois le montant des gains mal acquis ou qui auraient pu être acquis. La deuxième base de calcul la plus répandue est le montant maximum des sanctions pécuniaires prévues par la loi. Pour 14 accords destinés aux personnes morales, le montant maximum des sanctions pécuniaires est défini par la loi. Pour 7 accords conçus à destination des personnes morales, ce montant maximum est basé sur leur chiffre d'affaires. D'autres mécanismes s'appuient, quant à eux, sur une combinaison de ces différentes approches. En **France** par exemple, dans le cas des *CJIP*, le montant de l'amende est à la fois calculé à partir du produit généré par les pratiques corruptives (« fixé de manière proportionnée aux avantages tirés de l'infraction constatée »), et ce, dans la limite de 30 % du chiffre d'affaires moyen annuel calculé sur les trois derniers chiffres d'affaires annuels connus à la date du constat de l'infraction<sup>164</sup>.

Dans le cas des accords conclus avec des personnes physiques, les montants minimum et maximum des sanctions pécuniaires pouvant être infligées sont plus généralement basés sur les montants définis par la loi pour les infractions concernées. Cela est par exemple de cas d'**Israël**. Dans le cadre d'une *transaction pénale*, l'auteur d'une infraction présumé et le procureur peuvent convenir du niveau de la sanction en fonction des montants minimum et maximum prévu par la loi pour l'infraction dont le défendeur a reconnu sa culpabilité<sup>165</sup>. Dans d'autres pays, le procureur ne peut déterminer d'amende qu'à hauteur d'un pourcentage de la sanction légale maximale. En **Finlande**, par exemple, la sanction résultant d'une *transaction pénale* doit correspondre au moins à l'amende légale minimale, et au plus aux deux tiers de l'amende légale maximale<sup>166</sup>.

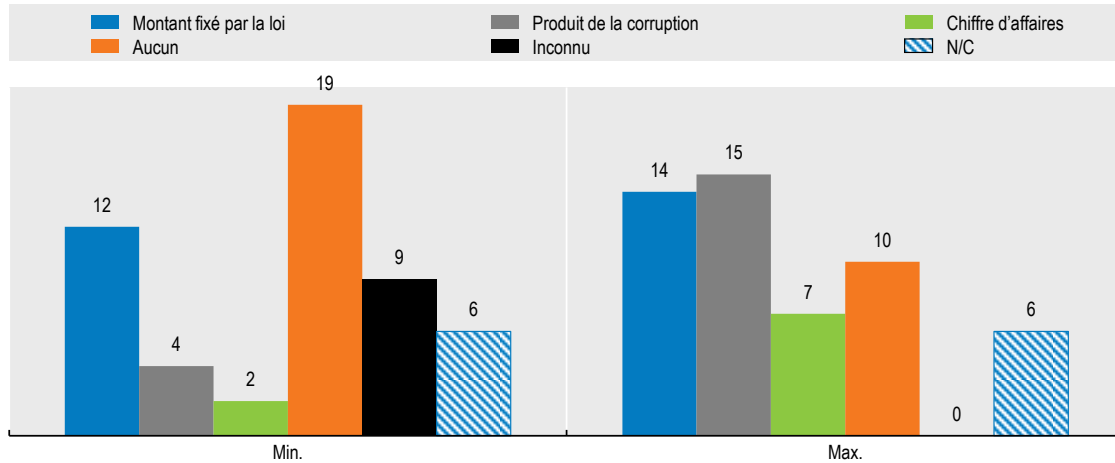
<sup>163</sup> Rapport de Phase 3 sur la Norvège, paragraphe 63.

<sup>164</sup> Article 41-1-2 du Code de procédure pénale français, créé 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, article 22.

<sup>165</sup> Réponses au questionnaire de recueil de données.

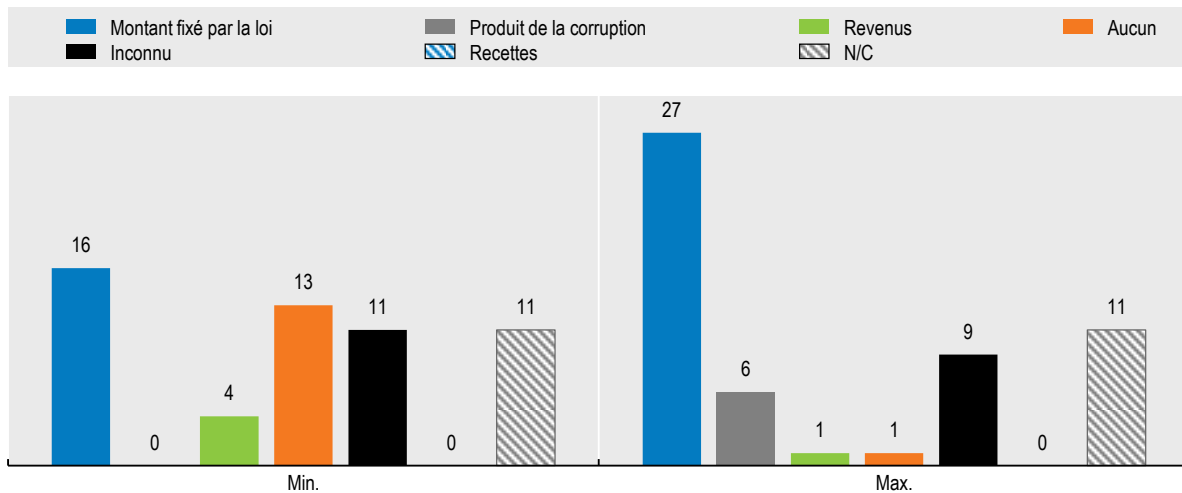
<sup>166</sup> Rapport de Phase 4 sur la Finlande, paragraphe 96.

**Graphique 29. Base de calcul des sanctions pécuniaires minimales et maximales pouvant être infligées dans le cadre d'accords conclus avec une personne morale (par accord)**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 36 et 37.

**Graphique 30. Base de calcul des sanctions pécuniaires minimales et maximales pouvant être infligées dans le cadre d'accords conclus avec une personne physique (par accord)**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 36 et 37.

Dans 17 des 52 accords (33 %) applicables aux personnes morales, la réduction applicable pour déterminer le montant des sanctions pécuniaires est limitée. Il en va de même pour seulement 5 des 55 accords (9 %) applicables aux personnes physiques. En **Italie**, par exemple, les sanctions pécuniaires maximales pouvant être infligées dans le cadre d'un *patteggiamento* sont limitées à un tiers du montant de l'amende légale maximale<sup>167</sup>. Contrairement au cas des *transazioni penali* en **Finlande**, les procureurs sont toutefois autorisés à infliger des sanctions pécuniaires qui s'élèvent en réalité au maximum légal.

<sup>167</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie, paragraphe 94.

La réduction des sanctions pécuniaires n'est pas systématique. Dans certaines formes d'accords, dont les *ASP*, les sanctions pécuniaires peuvent être égales, voire supérieures, à ce qu'elles auraient été dans le cadre d'une procédure judiciaire classique. Au **Royaume-Uni**, les Lignes directrices sur la détermination de la peine<sup>168</sup> prévoient que toute sanction pécuniaire infligée dans le cadre d'un *ASP* soit « globalement comparable à la sanction qu'aurait décidée un tribunal en cas de condamnation du défendeur pour l'infraction présumée à la suite d'une reconnaissance de culpabilité ». Le prévenu peut être disposé à accepter une sanction pécuniaire supérieure dans le cadre d'un accord sans condamnation, comme un *ASP*, dans la mesure où il n'a aucune obligation de reconnaître sa culpabilité et peut ainsi éviter une condamnation. Certaines entreprises sont ainsi parfois prêtes à négocier une amende plus sévère si cela leur permet d'éviter d'être officiellement condamnées. Bien qu'une sanction pécuniaire plus faible pourrait compenser une reconnaissance de culpabilité pour l'auteur d'une infraction présumé dans le cadre d'un accord qui exige cette reconnaissance (un *ASP* par exemple), la réelle compensation serait la possibilité d'échapper à une condamnation. D'après certains experts, bien que les réductions de sanctions pécuniaires soient plus favorables dans le cadre de transactions pénales que dans le cadre de dispositifs de type *ASP*, les sanctions non pécuniaires (comme l'obligation de recourir à un mandataire de contrôle) peuvent au final augmenter la charge financière totale supportée par l'entreprise. Ils soulignent toutefois que « dans la mesure où les *ASP* et les *AAP* protègent les entreprises des conséquences (indirectes et sur leur réputation) d'une condamnation pénale, l'impact financier global d'un *ASP* ou d'un *AAP* peut ne pas être aussi important que celui d'une transaction pénale »<sup>169</sup>.

Par ailleurs, certaines formes d'accord qui, contrairement à un *ASP*, n'entraînent pas de condamnation, ne sont pas nécessairement assorties de sanctions moins sévères. En **Norvège** par exemple, l'adoption d'une *ordonnance de sanction optionnelle* est constitutive d'une condamnation, même si aucune obligation n'est faite au défendeur de reconnaître sa culpabilité. Ce mécanisme ne garantit pas pour autant une amende réduite pour celui-ci. La sanction infligée pourrait en réalité très bien s'avérer supérieure à ce qu'elle aurait été dans le cadre d'un procès classique. La principale incitation pour les défendeurs à accepter une *ordonnance de sanction optionnelle* est la possibilité de limiter le préjudice à leur réputation. Le Groupe de travail a déterminé qu'en **Norvège**, « les entreprises sont généralement plus enclines à accepter une amende qu'à comparaître devant un tribunal, non pas parce qu'elles espèrent être sanctionnées moins sévèrement, mais en raison du risque de préjudice à leur réputation que représente une potentielle couverture médiatique de l'affaire. C'est cette même incitation qui motive les entreprises poursuivies à signaler toute suspicion ou découverte de faits de corruption transnationale, même si les avantages d'un signalement spontané restent incertains à cette étape du processus »<sup>170</sup>.

De la même manière, les peines d'emprisonnement peuvent être moins sévères en cas de conclusion d'un accord hors procès. Dans le cadre de 7 des 55 mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques, une peine d'emprisonnement peut être réduite dans la limite d'une certaine durée, généralement calculée en pourcentage de la peine maximale.

<sup>168</sup> UK Sentencing Council, *Definitive Guidelines for Fraud, Bribery et Money Laundering*, octobre 2014, [www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud\\_bribery\\_and\\_money\\_laundering\\_offences\\_-\\_Definitive\\_guideline.pdf](http://www.sentencingcouncil.org.uk/wp-content/uploads/Fraud_bribery_and_money_laundering_offences_-_Definitive_guideline.pdf)

<sup>169</sup> Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – Do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements Deter Overseas Corruption?* », p. 9.

<sup>170</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphes 24, 83 et 135.

Cela est notamment le cas en **Finlande**, où une peine d'emprisonnement peut être réduite au tiers de la peine maximale. Dans d'autres pays, le défendeur peut être incarcéré, mais uniquement pour une durée inférieure à un seuil défini. En **France** par exemple, dans le cadre d'une *CRPC*, la durée d'une peine d'emprisonnement ne saurait être supérieure à un an, ou la moitié de la peine normalement appliquée à l'issue d'une procédure judiciaire classique<sup>171</sup>.

Enfin, dans certains pays, les accords ne permettent pas aux procureurs d'infliger de peines d'emprisonnement. Ainsi, en **Norvège**, il n'est pas possible de prononcer de peine d'emprisonnement dans le cadre d'une *ordonnance de sanction optionnelle*. Le Code de procédure pénale norvégien prévoit que « lorsque l'autorité de poursuites estime qu'il convient d'infliger une amende et/ou de procéder à une confiscation dans une affaire, elle peut délivrer une ordonnance à cet effet (...) au lieu de procéder à la mise en examen ». Autrement dit, si un procureur souhaite qu'une peine d'emprisonnement soit prononcée à l'encontre d'un individu, il n'a d'autre choix que de saisir la justice.

#### *Conditionnement des résultats positifs au comportement du défendeur*

Plusieurs pays signataires de la Convention ont conçu leur(s) mécanisme(s) d'accord hors procès de sorte à encourager un comportement exemplaire des prévenus. Certains d'entre eux conditionnent ainsi l'accès à un tel dispositif au comportement des défendeurs. Les principaux mécanismes ayant adopté cette approche sont les *ASP* au **Royaume-Uni**, et les *ASP* et *AAP* aux **États-Unis** pour les affaires pénales.

Au **Royaume-Uni**, l'accès d'une entreprise à un *ASP* dépend en grande partie du fait qu'elle ait ou non procédé à un signalement spontané<sup>172</sup>. Même si l'affaire *Rolls-Royce* a démontré que le signalement spontané n'était pas une condition préalable aux *ASP*, l'accent mis par le SFO sur ce facteur a contribué à l'augmentation du taux d'application du droit<sup>173</sup>. Le Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni note qu'« une grande partie des affaires de corruption transnationale classées, mais aussi des enquêtes en cours, ont vu le jour suite à des signalements spontanés d'entreprises ». Ce Rapport constate également que les *ASP*, conjointement avec d'autres formes d'accord, avaient incité les entreprises à opérer ces signalements<sup>174</sup>.

De la même manière, aux **États-Unis**, l'accès aux *AAP* ou aux *ASP* n'est pas systématique et dépend, parmi d'autres facteurs, du comportement exemplaire du défendeur. Les critères qui devraient être pris en compte par les autorités chargées des poursuites pénales dans le cadre d'un *AAP* ou d'un *ASP* sont répertoriés dans le manuel juridique du ministère de la Justice américain<sup>175</sup>. Les procédures et conditions observées par la SEC pour les poursuites civiles sont quant à elles énoncées dans le manuel d'application du droit<sup>176</sup>. Les experts soulignent que même si les procureurs sont libres de donner la préférence à certains facteurs

<sup>171</sup> Code de procédure pénale français, article 495-8.

<sup>172</sup> Serious Fraud Office, *Guidance on Corporate Self-Reporting* (2012), [www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/corporate-self-reporting/](http://www.sfo.gov.uk/publications/guidance-policy-and-protocols/corporate-self-reporting/).

<sup>173</sup> OCDE (2017), *La détection de la corruption transnationale*, p. 15.

<sup>174</sup> Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni, paragraphe 21.

<sup>175</sup> Ministère de la Justice américain, *Justice Manual*, [www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual](http://www.justice.gov/usam/united-states-attorneys-manual).

<sup>176</sup> United States Securities and Exchange Commission, *Enforcement Manual*, [www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf](http://www.sec.gov/divisions/enforce/enforcementmanual.pdf).

plutôt qu'à d'autres, les signalements spontanés revêtent une importance toute particulière<sup>177</sup>. Les *AAP* et les *ASP* peuvent également être utilisés pour encourager le respect du droit, dans la mesure où les conditions de ces accords imposent généralement aux auteurs d'une infraction présumés d'élaborer et de mettre en œuvre un système de contrôle de la conformité.

Au **Brésil**, l'accès à un *accord de coopération* pour les personnes physiques est uniquement possible si les prévenus ont coopéré de manière volontaire et active à l'enquête<sup>178</sup>. De la même manière, dans le cas des personnes morales, l'accès aux *accords de clémence* n'est possible qu'à condition que les auteurs d'une infraction présumés « collaborent de manière effective à l'enquête et aux procédures, et que cette collaboration permette l'identification des personnes impliquées dans les fautes commises et l'acquisition rapide d'informations et de documents attestant des infractions au droit »<sup>179</sup>. En acceptant de conclure de tels accords et en remplissant les conditions requises, les personnes morales ont la possibilité de réduire jusqu'à deux tiers le montant des amendes applicables et d'être exonéré de certaines sanctions.

#### 3.3.4. Sensibilisation aux incitations par le biais d'un cadre précis et de recommandations claires

Dans ses évaluations, le Groupe de travail a régulièrement recommandé qu'un cadre clair soit élaboré afin de renforcer la cohérence et la transparence de l'application des accords. L'objectif est à la fois d'assurer une certaine cohérence dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire accordé aux procureurs (et/ou aux autres autorités compétentes), mais aussi d'améliorer la prévisibilité et la transparence de son application<sup>180</sup>. Il convient de noter que les recommandations ne doivent pas nécessairement provenir de documents émanant des pouvoirs publics, mais peuvent être tirées d'autres sources, y compris de la jurisprudence. Ces éléments peuvent par ailleurs être inscrits dans la loi ou accompagner des instruments juridiques d'application (l'accessibilité et la publicité des accords hors procès sont examinées dans le chapitre 5.2).

Pour les auteurs d'une infraction présumés, un cadre précis et des lignes directrices claires permettent une meilleure prévisibilité des procédures et de la manière dont leur comportement influera de manière positive, comme négative, sur leurs résultats (principe de sécurité juridique). La prévisibilité des résultats d'un accord peut constituer une incitation pour les défendeurs à signaler spontanément des infractions et à coopérer avec les autorités. Pour les entreprises mises en cause, cette prévisibilité accrue offre une meilleure visibilité quant au mode de résolution des procédures. Le Groupe de travail accorde une importance particulière à la transparence des processus et aux recommandations à la disposition des prévenus quant aux attentes qu'ils doivent avoir, en tant que personnes morales, suite à la conclusion d'un accord hors procès. Dans son évaluation de Phase 4 sur l'Allemagne, le Groupe de travail recommande à cet État « de

<sup>177</sup> Jennifer Arlen, « *Corporate Criminal Enforcement in the United States: Using Negotiated Settlements to Turn Potential Corporate Criminals Into Corporate Cops* », avril 2017, New York University School of Law, Public Law & Legal Theory Research Paper Series, document de travail n° 17-12, p. 6.

<sup>178</sup> Loi contre le crime organisé (loi n° 12.850 de 2013) et Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphe 100.

<sup>179</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphe 103, se rapportant à l'article 16.I de la Loi sur la responsabilité des entreprises.

<sup>180</sup> Par exemple : Rapport de Phase 3 sur l'Australie, recommandation n° 9, et Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, recommandation 3.a.

préciser, par tout moyen approprié, notamment en se référant à l'ensemble des affaires de corruption transnationale conclues, les critères en fonction desquels les procureurs peuvent s'abstenir de poursuivre, notamment le degré de coopération attendu des défendeurs tout au long de l'enquête, afin d'assurer l'uniformité de l'exercice du pouvoir d'appréciation des procureurs dans les différents *Länder* et d'améliorer la prévisibilité et la transparence en ce qui concerne l'application de l'article 153a du CPP ». Pour les personnes physiques, la prévisibilité peut être un facteur déterminant dans la perspective éventuelle de voir réduite leur peine d'emprisonnement, voire d'échapper tout simplement à une telle sanction. Des recommandations claires peuvent être déterminantes dans la décision d'un défendeur de procéder ou non au signalement spontané d'infractions, de coopérer avec les autorités ou encore de conclure un accord, et ce, car elles apportent des réponses à deux questions essentielles : quel est l'intérêt de conclure un accord ? et quelle est la marche à suivre ?

Les recommandations sur l'intérêt des accords permettent d'en souligner les avantages par rapport à une procédure judiciaire classique auprès des parties intéressées. Dans certains cas, ces avantages sont relativement évidents. Comme on l'a vu, lorsque les accords permettent aux auteurs d'une infraction présumés d'éviter une condamnation, leur valeur par rapport à un procès est inhérente à la procédure. Toutefois, lorsque des accords entraînent également, voire uniquement, une sanction pécuniaire réduite, les auteurs d'une infraction présumés devraient pouvoir connaître la nature et le montant de la réduction dont ils peuvent bénéficier. Dans son évaluation de Phase 4 sur la **Norvège**, le Groupe de travail a constaté que le manque de recommandations suffisantes sur le fonctionnement des *ordonnances de sanction optionnelle* pourrait dissuader les auteurs d'une infraction d'effectuer des signalements spontanés et de coopérer avec les autorités de manière systématique. Le Groupe de travail a ainsi décidé d'assurer le suivi des efforts réalisés par l'État pour améliorer la prévisibilité des *ordonnances de sanction optionnelle* et des signalements spontanés. En **Norvège**, les personnes morales accusées de corruption aggravée ont tendance à accepter les *ordonnances de sanction optionnelle*, bien qu'elles soient motivées par le besoin d'une résolution rapide de leur affaire et la nécessité d'éviter tout préjudice à leur réputation<sup>181</sup>.

Des recommandations sur la marche à suivre pour conclure un accord hors procès s'avèrent essentielles lorsque l'accès à ce type d'accord est conditionné par le comportement du défendeur, ce qui est souvent le cas avec les *ASP*. Comme on l'a vu dans le chapitre 3.2, les signalements spontanés et la coopération avec les autorités répressives sont généralement des facteurs déterminants dans la décision des procureurs de proposer ou non des *ASP*. À l'inverse, dans le cas d'accords assimilables à des *transactions pénales*, ces facteurs tendent à être perçus comme des circonstances atténuantes. Les exemples des **États-Unis** et du **Royaume-Uni** illustrent bien comment des recommandations sur le comportement des auteurs d'une infraction présumés (notamment par le biais de signalements spontanés) peuvent augmenter les chances d'accès à un *ASP*. Dans les deux cas, les signalements spontanés ont également pour effet de réduire les sanctions pécuniaires infligées par le biais des *ASP*, sous réserve que certaines conditions soient remplies.

Au **Royaume-Uni**, la rapidité et la portée des signalements spontanés sont des facteurs décisifs pour déterminer l'ampleur des avantages qui seront octroyés à l'auteur d'une

<sup>181</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphes 24 et 84 à 85, et section de suivi 6.a, page 68.

infraction présumé. Les lignes directrices<sup>182</sup> applicables aux ASP prévoient ainsi que si une importance particulière est accordée au signalement spontané d'une entreprise, il convient alors de prendre en compte « l'exhaustivité des informations fournies » (2.9.1) et « la diligence » avec laquelle ce signalement spontané a été fait (2.9.2). Aux **États-Unis**, les signalements spontanés et la coopération avec les autorités font partie des dix facteurs pris en compte par le ministère de la Justice pour déterminer si la conclusion d'un ASP peut être proposée au prévenu. D'après le guide de mise en œuvre de la FCPA, publié en 2012, « bien que les comportements à l'origine de toute enquête de la FCPA constituent une base minimale et fondamentale dans le choix des mesures à prendre (le cas échéant), le ministère de la Justice et la SEC accordent une importance majeure aux signalements spontanés, ainsi qu'à la coopération avec les autorités et aux mesures correctrices engagées, pour décider de la forme de résolution la plus adéquate pour les affaires relevant de la FCPA »<sup>183</sup>. Le guide précise par la suite les attentes du ministère de la Justice et de la SEC concernant ces différents facteurs.

Dans le cadre de son Programme pilote de 2016, le ministère de la Justice américain a en outre vivement encouragé les entreprises à effectuer des signalements spontanés. Ce programme, entériné en novembre 2017 par le ministère de la Justice et désormais appelé Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises, prévoit qu'une entreprise qui signale elle-même toute infraction à la FCPA, coopère pleinement et remédie à la situation de manière appropriée et en temps opportun puisse bénéficier d'une renonciation aux poursuites ou d'une réduction de l'amende à concurrence de 50 % de la limite inférieure de la fourchette définie dans les Lignes directrices de la Commission en charge des condamnations<sup>184</sup>. Dans le cadre de son Étude sur la détection de la corruption transnationale, le Groupe de travail a constaté que « le Programme pilote sur les signalements spontanés relatif à la FCPA, élaboré par le ministère de la Justice des États-Unis, contient les orientations les plus structurées qui soient en matière de signalement spontané »<sup>185</sup>.

---

<sup>182</sup> Serious Fraud Office et Crown Prosecution Service, *Deferred Prosecution Agreements Code of Practice, Crime and Courts Act 2013*, [www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/dpa\\_cop.pdf](http://www.cps.gov.uk/sites/default/files/documents/publications/dpa_cop.pdf).

<sup>183</sup> Guide de mise en œuvre de la FCPA, *A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission*, [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf), p. 54.

<sup>184</sup> OCDE (2017), *La Détection de la corruption transnationale*, p. 19.

<sup>185</sup> OCDE (2017), *La Détection de la corruption transnationale*, p. 22.

**Encadré 11. Bonnes pratiques applicables aux recommandations sur les attentes que doivent avoir les entreprises souhaitant conclure un accord hors procès – Exemple de la Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises**

La Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises propose des informations détaillées sur ce à quoi les entreprises seront confrontées, notamment en termes de :

1. Traitement préférentiel en cas de signalement spontané, pleine coopération et remédiation à la situation de manière appropriée et en temps opportun dans les affaires relevant de la FCPA :

« Si la conclusion d'un règlement pénal est justifiée pour une entreprise qui a procédé à un signalement spontané, pleinement coopéré et remédié à la situation de manière appropriée et en temps opportun, la Section des fraudes :

- a. accordera (ou fera une recommandation en ce sens à un tribunal compétent) une réduction de l'amende à hauteur de 50 % de la limite inférieure de la fourchette définie dans les Lignes directrices de la Commission en charge des condamnations, sauf si l'auteur de l'infraction est un récidiviste ; et
- b. n'exigera normalement pas la nomination d'un contrôleur si l'entreprise a, au moment du règlement, mis en œuvre un programme de conformité efficace. »

2. Traitement préférentiel limité en cas de pleine coopération et de remédiation à la situation de manière appropriée et en temps opportun dans les affaires relevant de la FCPA, mais sans signalement spontané :

« Si une entreprise n'a pas procédé au signalement spontané d'une infraction auprès du ministère de la Justice conformément aux prescriptions des normes définies ci-dessus, mais a par la suite coopéré pleinement et remédié à la situation de manière appropriée et en temps opportun conformément aux prescriptions de ces mêmes normes, l'entreprise bénéficiera (ou le ministère de la Justice en fera la recommandation au tribunal compétent) d'une réduction à hauteur de 25 % de la limite inférieure de la fourchette définie dans les Lignes directrices de la Commission en charge des condamnations. »

*Source : Politique de mise en application de la FCPA destinée aux entreprises, Justice Manual USAM 9-47.120, [www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy](http://www.justice.gov/criminal-fraud/corporate-enforcement-policy).*



## Chapitre 4. Conditions et obligations s'imposant aux deux parties

Ce chapitre traite des principales conditions et obligations prévues dans les mécanismes d'accords qui existent dans divers pays, en examinant leurs implications à la fois du point de vue des personnes et entités sanctionnées et des autorités concernées. Tandis que le chapitre 3.2 cherchait à décrire dans quelles situations et pour quelles raisons un accord hors procès peut constituer un moyen positif de résoudre des allégations de corruption, le présent chapitre porte plus spécifiquement sur le contenu et les conséquences d'un tel accord.

### 4.1. Conditions essentielles prévues dans les accords

Les conditions essentielles des accords hors procès varient selon le type de mécanisme de résolution existant dans les États Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE. Certaines conditions appartiennent spécifiquement à l'un des cinq types d'accords décrits dans le chapitre 2, tandis que d'autres sont communes à plusieurs. Les graphiques 31 et 32 montrent la fréquence avec laquelle les quinze conditions les plus courantes apparaissent dans un accord hors procès avec une personne morale ou physique. Ils permettent ainsi d'identifier les points communs entre les différents types d'accords hors procès, en donnant une image plus claire de cet outil multiforme. Il pourrait également contribuer à la détermination d'un certain nombre de bonnes pratiques.

On ne s'étonnera pas de constater que, parmi ces conditions, une sanction pécuniaire figure dans la quasi-totalité des accords hors procès pris en compte dans cette Étude (87 % des accords applicables aux personnes morales et 80 % des accords applicables aux personnes physiques). Vient ensuite logiquement la confiscation, bien que ce type de mesure ne soit pas inclus avec la même fréquence (85 % des accords applicables aux personnes morales et 75 % des accords applicables aux personnes physiques). Parmi les accords applicables aux personnes morales pris en compte dans cette Étude, sept seulement ne prévoient pas la possibilité d'imposer une sanction pécuniaire (*l'exemption de peine* en **Argentine**, *l'ordonnance de confiscation* en **Allemagne**, *la suspension conditionnelle des poursuites* au **Mexique**, *le classement conditionnel des poursuites* aux **Pays-Bas**, *l'ordonnance de recouvrement* au **Royaume-Uni** ainsi que le *règlement civil* en Écosse, et la *renonciation aux poursuites sous condition de restitution* en matière pénale aux **États-Unis**). Cependant, ils prévoient la possibilité d'imposer des mesures de confiscation. Un nombre moins important d'accords applicables aux personnes physiques prévoient une sanction pécuniaire mais 60 % prévoient une peine d'emprisonnement.

Le dédommagement des victimes vient en troisième place par la fréquence, puisqu'il figure dans 69 % des accords applicables aux personnes morales et dans 76 % de ceux applicables aux personnes physiques. Toutefois, bien qu'il soit effectivement présent (et très probablement appliqué dans des proportions similaires aux infractions nationales), la pratique montre que cela n'intervient qu'occasionnellement dans la résolution des actes de corruption transnationale. Dans ces affaires complexes, les victimes de la corruption, concurrents mis à part, sont souvent difficiles à identifier, ou bien constituent en fait

l'ensemble de la population d'un pays, et le dédommagement présente des difficultés particulières qui tiennent à l'évaluation quantitative du préjudice subi ou au risque d'un nouveau détournement d'argent par les voies de la corruption. Cela explique sans doute pourquoi le dédommagement d'ONG étrangères et le dédommagement d'organismes officiels d'aide au développement figurent peu fréquemment dans les accords applicables aux personnes morales (respectivement 8 % et 84 %). Il en va de même pour les accords applicables aux personnes physiques (respectivement 2 % et 0 %). Le recours aux mesures de dédommagement en pratique est examiné dans le chapitre 4.6.4. La reconnaissance des faits, qui est généralement inscrite dans l'énoncé officiel des faits, fait partie des conditions les plus fréquentes des accords parmi les États Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE. Le pourcentage de accords dans lesquels la reconnaissance des faits peut être exigée est légèrement plus élevé pour les personnes physiques que pour les personnes morales (69 % contre 62 % des mécanismes d'accords correspondants). Cette reconnaissance prend différentes formes selon les accords. Au **Royaume-Uni**, un accord de suspension des poursuites repose obligatoirement sur une déclaration des faits, qui est ensuite publiée sur le site du Bureau des fraudes graves (SFO)<sup>186</sup>. Un accord de suspension des poursuites (ASP) ou un accord d'abandon des poursuites (AAP) négocié avec la Commission boursière des **États-Unis** (SEC) inclut la reconnaissance des faits dans le texte même de l'accord ou en annexe<sup>187</sup>. Selon l'étendue de la marge discrétionnaire dont elles disposent pour évaluer les risques de corruption, les autorités chargées de l'attribution des marchés publics pourront tenir compte de la reconnaissance des faits par une entreprise dans un accord hors procès avant de décider de la disqualifier ou non, ou même de l'exclure ou non d'un appel d'offres. Les accords prévoyant la reconnaissance des faits constituent également un puissant facteur d'incitation pour le prévenu à se conformer aux conditions de l'accord. Sinon, la reconnaissance des faits induira presque certainement une condamnation dans un procès ultérieur. Toutefois, dans certains systèmes juridiques, les déclarations et documents obtenus dans le cadre de la négociation d'un accord hors procès ne peuvent être utilisés devant un tribunal.

Parmi les accords applicables aux personnes morales qui exigent la reconnaissance des faits, un tiers environ prévoient soit l'interdiction de toute déclaration publique contredisant les faits reconnus (25 % de tous les mécanismes d'accords), soit l'interdiction de contester les faits dans une procédure ultérieure (23 % de tous les mécanismes d'accords). Au **Royaume-Uni**, par exemple, une clause de l'ASP stipule que l'acceptation de l'accord pourra être considérée comme une reconnaissance des faits en cas de poursuites ultérieures d'une personne morale<sup>188</sup>. Un nombre nettement moins important d'accords applicables aux personnes physiques contiennent des interdictions comparables, même lorsqu'ils exigent la reconnaissance des faits (15 % de tous les mécanismes d'accords). Cela est le cas, par exemple, de la *transaction pénale* en **Israël** (qui peut inclure l'interdiction de toute déclaration publique contredisant les faits reconnus) et de l'*accord de coopération* du **Brésil** (qui prévoit l'interdiction de contester les faits dans une procédure de résolution ultérieure).

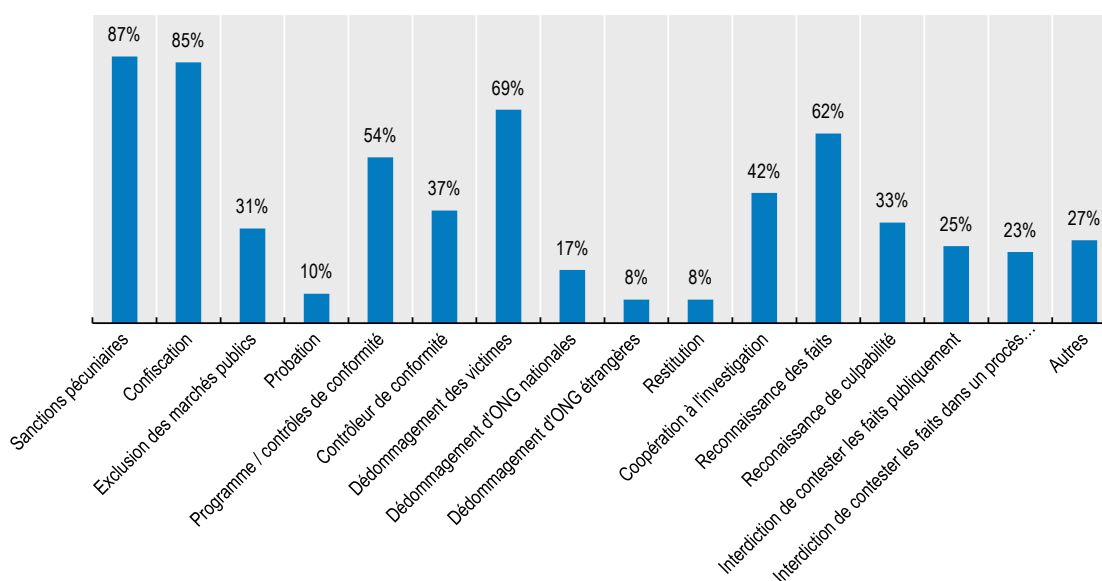
<sup>186</sup> Voir, par exemple, l'[énoncé des faits](#) dans l'affaire *SFO v. Rolls-Royce PLC* (janvier 2017), [www.sfo.gov.uk/download/deferred-prosecution-agreement-statement-facts-sfo-v-rolls-royce-plc/](http://www.sfo.gov.uk/download/deferred-prosecution-agreement-statement-facts-sfo-v-rolls-royce-plc/). L'ASP correspondant incluait en outre une clause stipulant que l'entreprise Rolls-Royce « reconnaît que, pour autant qu'elle puisse en juger, l'énoncé des faits est exact et véridique ».

<sup>187</sup> Voir, par exemple, l'[énoncé des faits](#) joint en annexe à l'AAP concernant Ralph Lauren Corp (2013), [www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-npa.pdf](http://www.sec.gov/news/press/2013/2013-65-npa.pdf).

<sup>188</sup> Au titre de l'article 10 du *Criminal Justice Act* de 1967.

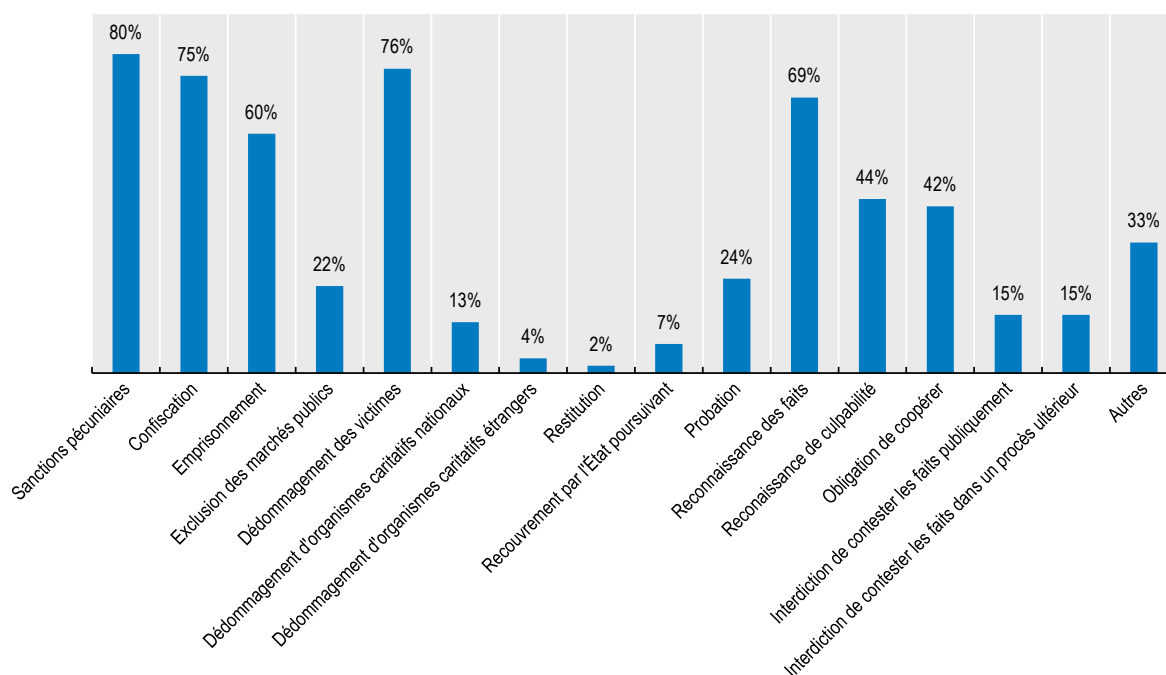
Un aveu de culpabilité est exigé dans un nombre plus faible mais néanmoins assez significatif d'accords applicables aux personnes morales (33 % des types de mécanismes). Cela tient sans doute au fait que l'inclusion d'un tel aveu dans un accord peut avoir de graves conséquences pour une personne morale, notamment l'exclusion automatique des marchés publics (ce point est abordé plus en détail dans le chapitre 4.6.1). Le pourcentage d'accords dans lesquels l'aveu de culpabilité est exigé est légèrement plus élevé dans le cas des personnes physiques (44 % des accords existants) que dans celui des personnes morales. La raison en est qu'un grand nombre de pays disposent d'accords applicables aux personnes physiques qui sont assimilables à une transaction pénale, laquelle implique par nature une reconnaissance de culpabilité (voir le chapitre 2). Un petit nombre de pays, notamment l'**Australie**, ont des accords applicables aux personnes morales qui se rapprochent d'une transaction pénale. Dans le cas des **États-Unis**, tous les accords décrits dans cette étude sauf un (7 sur 8) n'exigent pas un aveu de culpabilité mais ils requièrent généralement la reconnaissance des faits<sup>189</sup>.

**Graphique 31. Conditions figurant dans les accords applicables aux personnes morales, par fréquence**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 38 à 40.

<sup>189</sup> La reconnaissance des faits n'est pas requise en cas de renonciation aux poursuites sous condition de restitution des actifs. L'aveu de culpabilité est exigé dans une transaction pénale.

**Graphique 32. Conditions figurant dans les accords applicables aux personnes physiques, par fréquence**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 41 et 42.

Bien que l'on associe fréquemment les accords hors procès avec l'obligation d'introduire et/ou d'améliorer des programmes de conformité, ce type d'obligation ne peut en fait être inclus que dans environ la moitié des accords hors procès applicables aux personnes morales (54 %). Et même lorsqu'un programme de conformité fait partie des conditions d'un accord, il n'implique pas nécessairement la désignation d'un contrôleur de conformité, cette condition ne pouvant figurer que dans 37 % des accords applicables aux personnes morales.

De même, la coopération à l'enquête ne peut faire partie des conditions d'un accord avec une personne physique ou morale que dans 42 % seulement des accords existants. Bien que figurant dans la plupart des accords du type *ASP* et *AAP*, elle ne constitue pas nécessairement une condition des transactions pénales. Il est possible cependant que la coopération à l'enquête soit prise en compte avant que soit offerte ou non la possibilité de négocier un accord et que, par conséquent, elle ne soit pas toujours incluse dans les conditions même de l'accord.

## 4.2. Sanctions prévues dans les accords

L'article 3 de la Convention sur la lutte contre la corruption exige des Parties qu'elles veillent à ce que la corruption d'un agent public étranger soit passible de « sanctions pénales efficaces, proportionnées et dissuasives ». Elle oblige également les Parties à prendre les mesures nécessaires pour assurer que « l'instrument et les produits de la corruption » ou des avoirs d'une valeur équivalente à celle de ces produits puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation. Grâce au processus de suivi par les pairs, le Groupe de travail examine de près l'exécution de ces dispositions et la mise en œuvre par

les Parties de leurs obligations au titre de l'article 3 dans le règlement des affaires de corruption transnationale. L'analyse ci-dessous dégage certaines tendances et enseignements généraux de la comparaison des différents mécanismes d'accords et de leur application dans les affaires de corruption transnationale.

#### **4.2.1. Quelle entité est habilitée à imposer des sanctions ?**

Bien que le ministère public conserve un rôle prééminent et parfois même exclusif dans la définition des sanctions, d'autres autorités participent plus fortement à la définition des sanctions (rôle non exclusif de le ministère public) qu'à l'établissement de l'accord final. L'autorité externe la plus fréquemment impliquée à cet égard est le tribunal. Cela est vrai aussi bien pour les personnes morales que pour les personnes physiques.

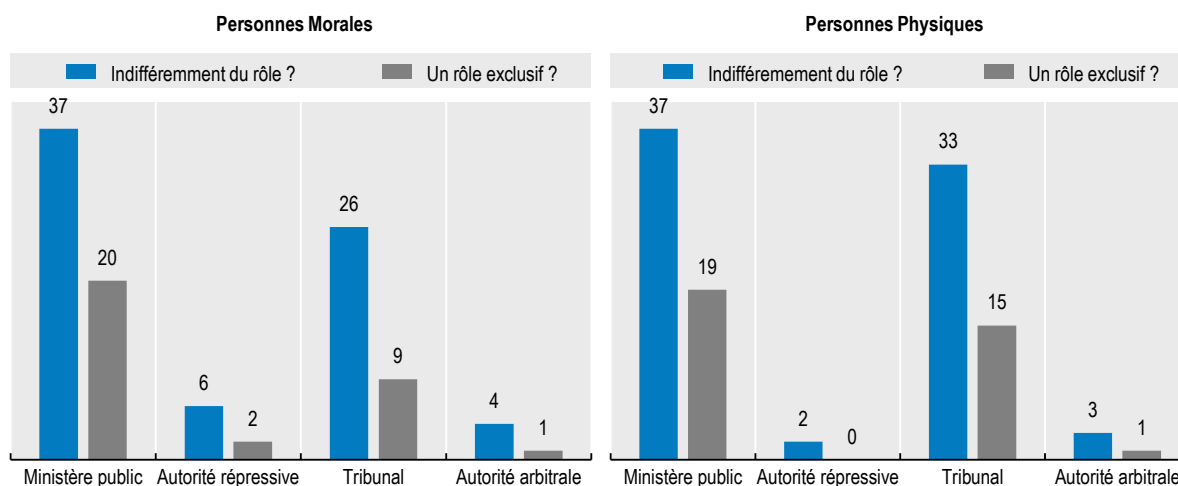
S'agissant des personnes morales, le ministère public joue au moins un certain rôle de définition des sanctions dans une forte majorité d'accords : 37 des 52 mécanismes pris en compte (71 %). Dans 20 accords (38 %), cette autorité est exclusivement chargée de définir les sanctions. En contraste, les tribunaux, jouent un rôle non exclusif à cet égard dans 26 accords (50 %) et un rôle exclusif dans seulement 8 accords (15 %). Les organismes administratifs participent à l'établissement des sanctions dans 10 accords (19 %) mais de façon exclusive dans 3 seulement (6 %).

S'agissant des personnes physiques, le ministère public joue un rôle limité mais néanmoins fréquent de définition des sanctions dans 37 des 55 accords pris en compte (67 %). Dans 19 accords (35 %), cette autorité est exclusivement chargée de définir les sanctions. Contrairement à ce que l'on a vu pour les personnes morales, les tribunaux jouent au moins un certain rôle dans 33 accords, soit plus de la moitié (60 %). Ils jouent en outre un rôle exclusif dans 14 accords (25 %). Les organismes administratifs ne participent à l'établissement des sanctions que dans 5 accords (9 %) et de façon exclusive dans seulement 1 accord (2 %)<sup>190</sup>. Cette différence s'explique par le nombre plus élevé d'accords applicables aux personnes morales dans le cadre d'une procédure non pénale.

---

<sup>190</sup> La Commission boursière des États-Unis (SEC) a le choix d'initier des poursuites administratives ou civiles pour faire appliquer la Loi sur la corruption dans les transactions à l'étranger (FCPA). Dans le premier cas, aucun tribunal n'est saisi.

Graphique 33. Rôle joué par différentes autorités dans la détermination de la sanction



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 18 et 19.

#### 4.2.2. Facteurs pris en compte aux fins de la réduction des sanctions dans les accords

##### *Circonstances atténuantes applicables aux personnes morales*

Différentes circonstances atténuantes peuvent être prises en compte dans les États Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE où existent un ou plusieurs accords applicables aux personnes morales. Parmi les 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales examinés dans cette Étude, la coopération de la personne morale est la circonstance atténuante la plus courante. Ce facteur est pris en compte dans 38 mécanismes d'accords (73 %). Plus de la moitié des accords prennent en compte le signalement spontané d'informations par une entreprise (32 mécanismes d'accords, ou 62 %) et la reconnaissance des faits (32 mécanismes d'accords, ou 62 %). L'aveu de culpabilité constitue un facteur déterminant dans 24 accords (46 %). La renonciation au secret professionnel (qui peut faciliter une enquête) est également un facteur atténuant dans 9 mécanismes (19 %).

La communication d'informations sur autrui constitue une circonstance atténuante dans 33 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales (63%), par exemple l'*accord de coopération effective* de l'**Argentine**. D'autres mesures dont peuvent bénéficier les auteurs d'infraction qui coopèrent – et qui prévoient l'immunité complète ou l'absence de sanction au titre des *bénéfices de la collaboration* comme en **Colombie** – ne sont pas abordées dans cette Étude.

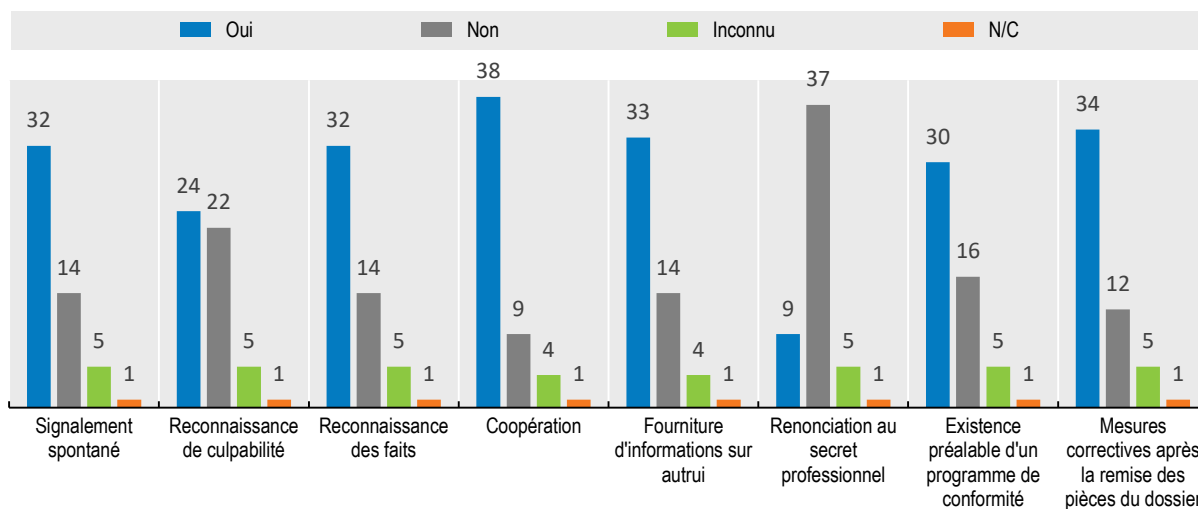
L'existence d'un programme de conformité de l'entreprise au moment de l'infraction constitue également une circonstance atténuante dans plus de la moitié des mécanismes d'accords (30 sur 52, soit 58 %). L'introduction par une entreprise de mesures correctives immédiatement après la détection des actes répréhensibles peut aussi permettre d'atténuer la sanction dans 34 mécanismes d'accords (65 %). C'est le cas par exemple dans l'*accord de clémence* du **Brésil**.

Dans plusieurs de ses évaluations nationales, le Groupe de travail s'est cependant efforcé d'assurer que la simple existence d'un programme de conformité ne puisse, à elle seule, fournir à une personne morale un moyen de défense complet. En **Espagne** et au **Chili**, par exemple, l'existence d'un programme de conformité, dûment appliqué, peut exonérer une

entreprise de toute responsabilité<sup>191</sup>. Il en va de même en **Italie** bien que la législation pertinente inclut de nombreuses dispositions précisant la manière dont une entreprise doit démontrer avoir mis en place un modèle de programme de conformité effectivement appliqué. De plus, une entreprise ne peut être exonérée de responsabilité que si « la personne physique qui a commis l'infraction l'a fait en se soustrayant frauduleusement aux exigences imposées par le modèle »<sup>192</sup>. Au **Brésil**, en revanche, si l'existence d'un programme de conformité est expressément décrite comme une « circonstance atténuante », elle ne peut constituer un « moyen de défense en vue d'échapper à toute responsabilité »<sup>193</sup>.

Certaines circonstances atténuantes peuvent être collectivement prises en compte par le tribunal ou le ministère public pour déterminer la sanction à imposer. Aux **États-Unis**, la directive sur l'application aux entreprises de la Loi sur la corruption dans les transactions à l'étranger (FCPA), émise par le ministère de la Justice en novembre 2017 (après avoir été appliquée d'abord dans le cadre d'un programme pilote en avril 2016), exige la prise en compte simultanée des circonstances atténuantes que sont le signalement spontané, la pleine coopération et la mise en place en temps opportun de mesures correctives adéquates (et aussi, le cas échéant, des circonstances aggravantes) pour décider ou non le rejet des poursuites. S'il apparaît qu'une procédure pénale demeure justifiée, ces circonstances seront également prises en compte pour examiner la possibilité de réduire le montant de l'amende imposable, comme le montre le diagramme reproduit dans le graphique 34.

**Graphique 34. Facteurs pouvant influencer sur la détermination de la sanction dans le cas des personnes morales**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 45.

<sup>191</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Espagne, par. 52, et Rapport de Phase 3 sur le Chili, par. 151 et 152.

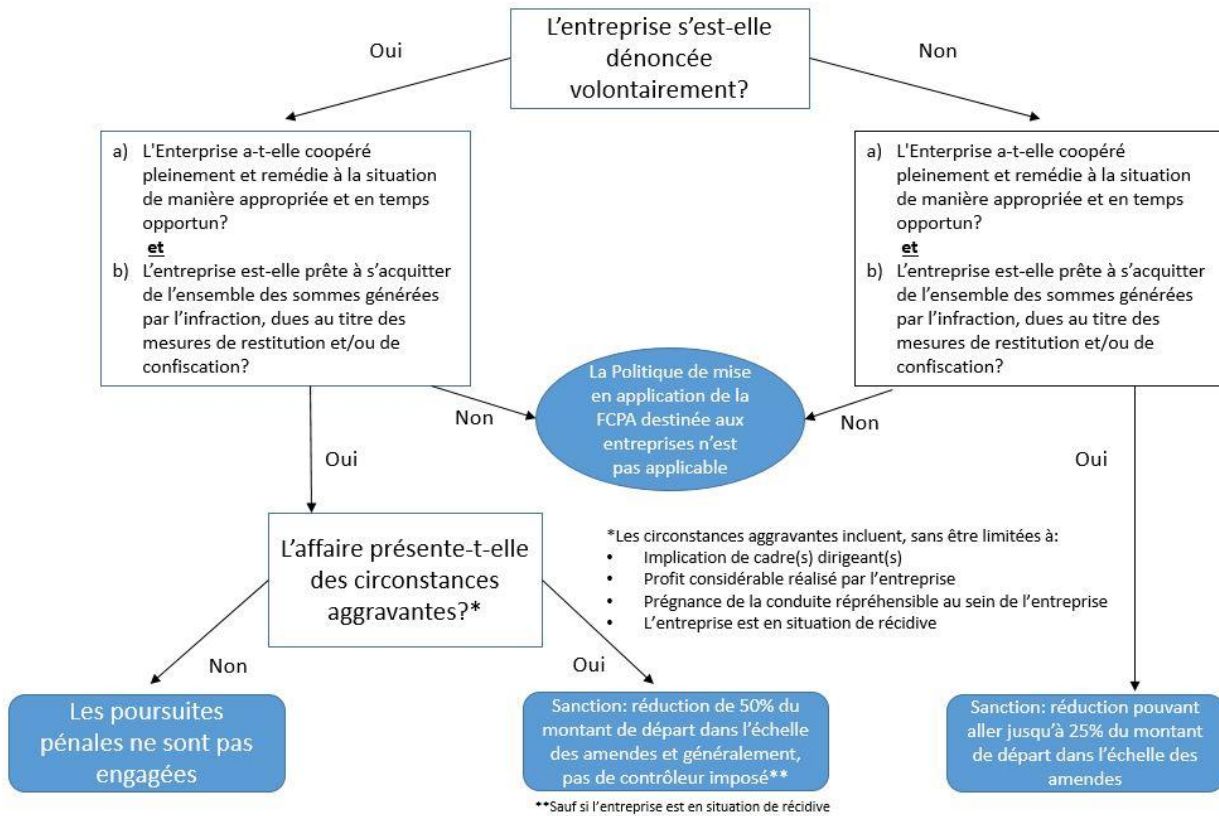
<sup>192</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Italie (2011), par. 34 à 37.

<sup>193</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil (2014), par. 58.



**Graphique 35. Directive sur l'application aux entreprises de la Loi américaine sur la transnationale (FCPA), diffusée par le ministère américain de la Justice en novembre 2017**

Cette directive s'applique aux décisions de renonciation aux poursuites sous condition de restitution, aux accords d'abandon des poursuites et aux accords de suspension des poursuites



Source : FCPA Corporate Enforcement Policy, Justice Manual 9-47.120, Département de la Justice des États-Unis (traduction non officielle).



**Encadré 12. Bonnes pratiques d'évaluation des mesures de conformité et de prise en compte de ces mesures lors de la détermination de la sanction dans un accord hors procès**

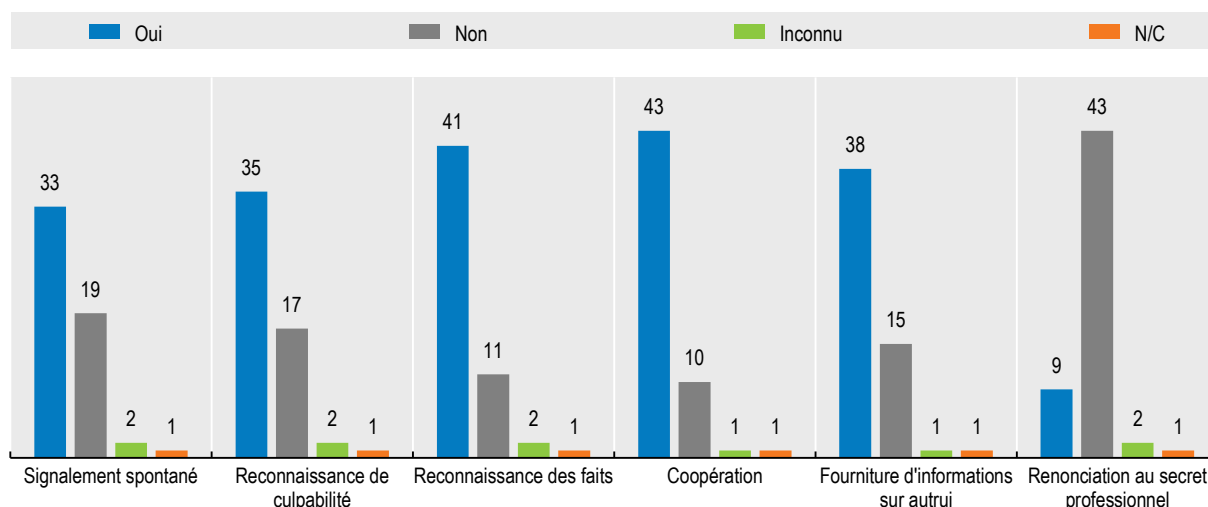
1. L'existence et l'application de programmes de conformité efficaces au sein d'une entreprise au moment de l'infraction peuvent être considérées comme des circonstances atténuantes aux fins de la détermination du niveau des sanctions lors de l'établissement d'un accord hors procès avec le procureur ou une autre autorité responsable.
2. Elles ne devraient pas cependant constituer un moyen de défense complet en vue d'échapper à toute responsabilité.
3. La validation d'un programme de conformité par un organisme gouvernemental avant la détection de l'infraction ne devrait pas non plus permettre d'invoquer l'existence de ce programme comme un moyen de défense complet.
4. L'évaluation de l'efficacité d'un programme de conformité devrait viser à déterminer si : i) ce programme est adéquat pour prévenir la commission d'infractions comme celles qui ont eu lieu ; ii) ce programme est appliqué avec succès ; iii) ce programme fait l'objet d'une surveillance appropriée.
5. Des Lignes directrices suffisamment détaillées devraient être fournies sur les critères d'évaluation de l'efficacité d'un programme de conformité afin de permettre à la fois aux entreprises d'anticiper ce qu'elles doivent attendre de contrôles internes adéquats et de la conformité, et aux procureurs et autres autorités compétentes de prendre en compte de manière cohérente cette circonstance atténuante.

*Source* : Groupe de travail sur la corruption, Rapports de Phase 3, notamment sur l'Italie, le Brésil et le Chili.

*Circonstances atténuantes applicables aux personnes physiques*

Les principales circonstances atténuantes applicables aux personnes physiques sont similaires à celles pour les personnes morales. La coopération avec les autorités répressives est, comme pour les personnes morales, considérée comme un facteur atténuant dans la plupart des mécanismes d'accords. Cela est vrai dans 43 des 55 mécanismes d'accords (78 %), ce qui est essentiellement comparable aux personnes morales (73 %). La reconnaissance des faits est prise en compte comme circonstance atténuante dans 41 mécanismes d'accords (55 %) et l'aveu de culpabilité dans 35 mécanismes d'accords (64 %). Ces chiffres sont plus élevés que pour les personnes morales car ils reflètent la plus grande fréquence des mécanismes de négociation de la peine dans le cas des personnes physiques. Le signalement spontané ou déclaration volontaire est pris en compte dans 33 mécanismes (60 %). Enfin, la renonciation au secret professionnel est considérée comme une circonstance atténuante dans 9 mécanismes d'accords (16 %), soit une proportion similaire, bien que légèrement plus faible, que pour les personnes morales.

La fourniture d'informations sur autrui peut, comme pour les personnes morales, constituer une circonstance atténuante dans 38 des 55 mécanismes d'accords (69 %). Ce pourcentage est notamment similaire à celui des accords qui admettent cette circonstance atténuante pour les personnes morales (63 %), ce qui laisse à penser que les accords applicables aux personnes physiques et aux personnes morales poursuivent des objectifs similaires à cet égard.

**Graphique 36. Facteurs pouvant influencer sur la détermination de la sanction dans le cas des personnes physiques**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 46.

#### 4.2.3. Possibilités de réduction des sanctions dans le cadre des accords

Un aspect essentiel de tous les mécanismes d'accords hors procès est qu'ils offrent la possibilité d'obtenir une sanction réduite ou d'éviter toute sanction. Il s'agit évidemment d'un élément majeur pouvant inciter les prévenus à s'engager dans une procédure d'accord pour éviter un procès. Certains mécanismes d'accord ne prévoient pas l'imposition de sanctions punitives mais permettent qu'une confiscation ait lieu. Un exemple en est pour les personnes morales la *renonciation aux poursuites sous condition de restitution* en matière pénale aux **États-Unis** et, pour les personnes physiques, la *possibilité d'exemption de responsabilité pénale* en **Hongrie**.

Dans les accords prévoyant l'imposition d'une sanction, les modalités de réduction de la sanction varient énormément. Dans certains pays, il existe une peine maximale imposable dans le cadre d'un accord. Cela restreint l'application de ces mécanismes d'accords aux affaires qui ne dépassent pas ce seuil, mais la loi ne prévoit pas expressément une réduction de la sanction dans le cadre de cet accord par rapport à celle qui serait imposée à l'issue d'un procès. La procédure de *transaction* aux **Pays-Bas**, la *procédure accélérée* au **Chili** (qui peut aboutir à une peine plus élevée que celle requise par le ministère public) et les *mesures alternatives* en **Autriche** en sont des exemples.

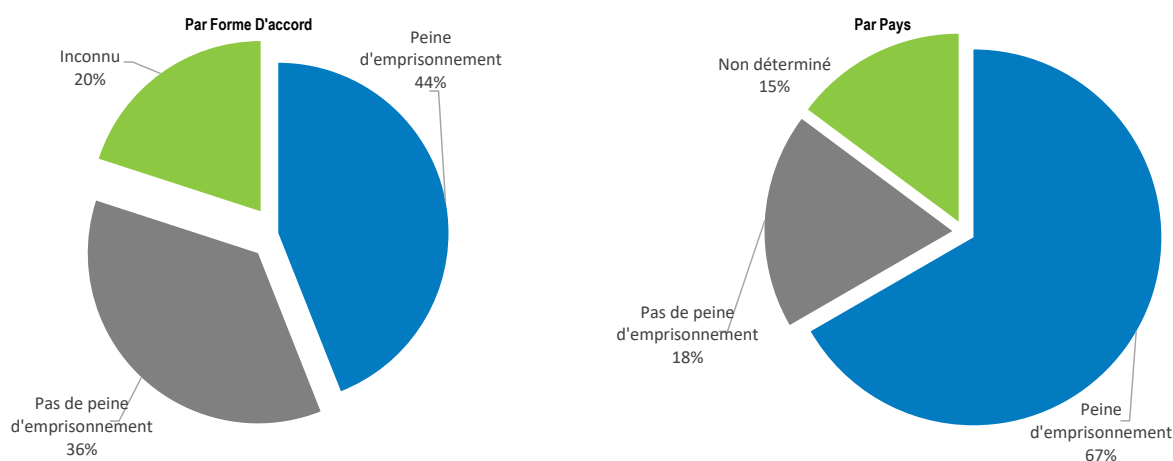
Dans d'autres pays, la législation ou des lignes directrices prévoient un certain degré de réduction de la sanction qui serait imposée à l'issue d'un procès. Ce degré de réduction peut être explicitement défini dans la loi : jusqu'à un tiers par exemple dans le cas du *patteggiamento* en **Italie**<sup>194</sup>. Il peut aussi être dicté par les lignes directrices sur la détermination de la peine, par exemple au **Royaume-Uni** où une *reconnaissance de culpabilité* à la première occasion raisonnable doit entraîner une réduction de 33 % de la sanction qui serait imposée en cas de procès (le tribunal est tenu de réduire la peine d'un tiers, sauf dans l'éventualité très restreinte où l'auteur de l'infraction, bien que plaidant

<sup>194</sup> Articles 444 à 448 du Code de procédure pénale italien ; voir Rapport de Phase 3 sur l'Italie.

coupable, contesterait les faits présentés par le ministère public)<sup>195</sup>. Aux **États-Unis**, la directive du ministère de la Justice sur l'application du FCPA aux entreprises prévoit qu'une réduction de 50 % du montant le plus bas de l'amende imposable en vertu des Lignes directrices sur la détermination de la peine (USSG) peut être accordée à une entreprise en cas de signalement spontané, de pleine coopération et d'application en temps opportun de mesures correctives adéquates au regard des normes du FCPA, sauf en cas de récidivisme pénal<sup>196</sup>.

Cela est vrai également de l'ASP au **Royaume-Uni** et de l'*ordonnance de pénalité optionnelle* en **Norvège**. La législation de la **Norvège** et du **Royaume-Uni** ne plafonne pas le montant de l'amende imposable et, par conséquent, une sanction pécuniaire d'un montant élevé peut être imposée y compris dans le cadre d'un accord.

### Graphique 37. Possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement dans le cadre d'un accord



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 36.

Un certain nombre de mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques excluent totalement la possibilité d'une peine d'emprisonnement, ce qui constitue pour le défendeur une puissante incitation à opter pour une procédure d'accord. Tel est le cas, par exemple, de l'*ordonnance pénale du ministère public* en **Lettonie** et des arrangements prévus aux termes de l'*article 153a du Code de procédure pénale* en **Allemagne**. Comme le montre le graphique ci-dessus, la possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement subsiste néanmoins dans la moitié des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques. Plus d'un quart (36 %) des mécanismes d'accords ne permettent pas l'imposition d'une peine d'emprisonnement (on ignore ce qu'il en est dans 20 % des mécanismes). D'un point de vue national, 67 % des pays disposent d'un mécanisme d'accord prévoyant la possibilité d'imposer une peine d'emprisonnement.

<sup>195</sup> UK Sentencing Council, *Definitive Guidelines for Fraud, Bribery and Money Laundering*, octobre 2014, applicable aux affaires traitées après le 1<sup>er</sup> juin 2017. Dans la procédure dite d'« audition Newton », un juge entend généralement les dépositions des témoins afin de déterminer sur quels faits litigieux devra s'appuyer la peine.

<sup>196</sup> FCPA Corporate Enforcement Policy, USAM 9-47.120 (novembre 2017).

#### 4.2.4. *Sanctions imposées en pratique dans le cadre d'accords*

##### *Diversité des cadres légaux et des pratiques*

Le niveau des sanctions imposées en pratique dans le cadre d'accords hors procès varie énormément. Cela tient pour une part à la grande diversité des peines que les Parties à la Convention peuvent imposer à une personne physique ou morale en cas de corruption transnationale avant toute possibilité de réduction de la peine dans le cadre d'un accord hors procès. La plupart des Parties ont plafonné le montant de l'amende imposable aux personnes morales, soit sous la forme d'une somme fixe, soit en tant que multiple d'une variable particulière (autrement dit, l'amende maximum correspond à un certain nombre d'« unités d'amende » dont la valeur se situe entre un seuil minimal et un seuil maximal prescrits). Dans d'autres Parties, le montant maximum de l'amende dépend des variables propres à l'affaire en cause, comme le montant du pot-de-vin, l'avantage obtenu, le préjudice causé par l'arrangement illicite et le chiffre d'affaires ou les revenus annuels d'une entreprise pendant une période donnée. Parmi les Parties où le montant maximum de l'amende ne dépend pas des variables propres à une affaire, l'amende potentiellement la plus élevée est celle que prévoit la législation de la République tchèque, dont le montant maximum est de 1.46 milliards CZK (environ 56.3 millions EUR)<sup>197</sup>. En revanche, dans plusieurs Parties, le montant maximum de l'amende est inférieur à 1 million EUR<sup>198</sup>. Dans une troisième catégorie de pays, le montant de l'amende imposable n'est pas plafonné. Par exemple, il n'existe pas en **Norvège** d'amende maximum pour la corruption aggravée, qui englobe la corruption transnationale<sup>199</sup>.

La situation varie aussi énormément entre pays s'agissant des amendes et/ou des peines d'emprisonnement imposables aux personnes physiques. Parmi les Parties à la Convention, les auteurs d'une infraction peuvent être passibles d'une peine de détention à perpétuité (**Afrique du Sud**) ou d'une peine d'emprisonnement d'une durée spécifiée, par exemple de deux à huit ans (**Costa Rica**)<sup>200</sup>. Les approches des Parties varient également quant à la possibilité de surseoir à la peine d'emprisonnement ou d'imposer une amende en sus ou à la place de celle-ci. Enfin, aussi bien pour les personnes morales que pour les personnes physiques, chaque Partie s'est dotée de règles propres sur l'imposition ou non de plusieurs sanctions en cas d'infractions multiples par le même auteur, et lorsque cela est le cas d'évaluer si ces sanctions doivent être exécutées concurremment ou de façon consécutive.

Pour illustrer la gamme des sanctions imposables dans le cadre d'accords hors procès dans les Parties à la Convention, la sanction pécuniaire la plus grave imposée dans une affaire de corruption transnationale avant la date butoir de cette Étude a été enregistrée dans les affaires conjointes **Odebrecht et Braskem** : en décembre 2016, les deux entreprises ont accepté, dans le cadre d'un accord coordonné, de verser en tout au moins 3.23 milliards USD au **Brésil**, aux **États-Unis**, et à la **Suisse**. Auparavant en 2008, l'**affaire Siemens**, première procédure d'un accord coordonné entre deux Parties à la Convention (**Allemagne et États-Unis**), détenait le record des sanctions les plus lourdes imposées dans

<sup>197</sup> OCDE (2016), *The liability of legal persons for foreign bribery : A stocktaking report*, p. 130 (ce document indique que, dans dix pays, l'amende maximum est inférieure à 1 million EUR) ; voir aussi Rapport de Phase 4 sur la Finlande, par. 117 (où il est réitéré que le montant maximum de l'amende en Finlande – 850 000 EUR – est insuffisant).

<sup>198</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

<sup>199</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, par. 95.

<sup>200</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Afrique du Sud, par. 34 ; et Rapport de Phase 1 sur le Costa Rica, par. 33.

une affaire de corruption transnationale, à savoir des sanctions pécuniaires d'un montant global d'environ 450 millions USD et des mesures combinées de restitution des profits s'élevant à environ 1.15 milliard USD. La sanction la plus faible imposée à une entreprise dans une affaire de corruption transnationale est une amende de 1 CHF dans l'*affaire Banknotes* résolue en mars 2017 au moyen de la *procédure simplifiée* de la Suisse.

*Sanctions imposées en pratique à des personnes morales dans le cadre d'un accord hors procès*

D'après la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale conclues, 23 pays ont conclu 890 accords aboutissant à des sanctions et/ou des mesures de confiscation dans des affaires de corruption transnationale. Parmi eux, 15 pays ont conclu 299 accords aboutissant à l'imposition de sanctions à l'encontre de personnes morales. En tout, 12 pays<sup>201</sup> ont conclu 272 accords hors procès (91 %) aboutissant à l'imposition de sanctions à l'encontre de personnes morales en relation avec des pratiques de corruption transnationale. Parmi ces accords, 268 impliquaient des mécanismes de résolution analysés dans cette Étude<sup>202</sup>. Dans 7 pays<sup>203</sup>, 27 personnes morales ont été sanctionnées suite à une condamnation judiciaire.

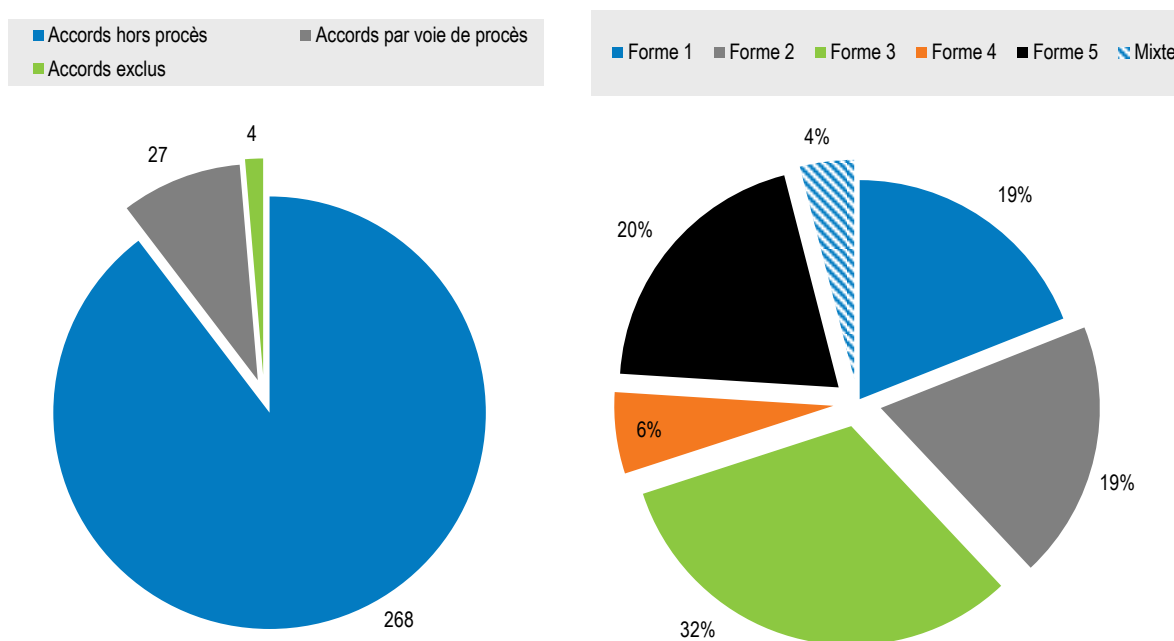
---

<sup>201</sup> États-Unis (207), Allemagne (17), Suisse (11), Royaume-Uni (11), Israël (2), Pays-Bas (7), Italie (6), Norvège (4), Canada (3), Brésil (1), Chili (1) et France (1).

<sup>202</sup> Quatre accords n'ont pas été pris en compte dans l'étude, soit parce qu'ils ne prévoient pas l'imposition de sanctions adéquates (amende et/ou confiscation) à des personnes morales, soit parce que la Partie à la Convention n'a pas fourni d'informations sur le mécanisme de règlement dans le questionnaire d'enquête.

<sup>203</sup> Allemagne (12), Corée (8), Belgique (2), France (2), Italie (1), Japon (1) et Royaume-Uni (1).

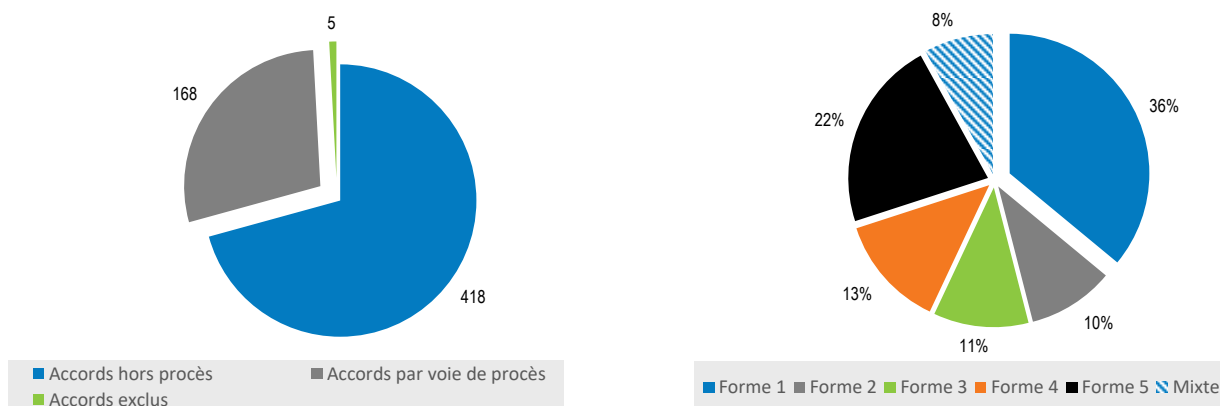
**Graphique 38. Vue d'ensemble des mécanismes de résolution en matière de corruption transnationale applicables aux personnes morales analysés par le Groupe de travail**



Source : Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale conclues.

Collectivement, les entités sanctionnées ont versé des sommes dont le montant agrégé s'élève à environ 14.9 milliards USD. Ce montant inclut à la fois les sanctions pécuniaires, les confiscations et, le cas échéant, le total des dédommagements et les frais de poursuites. Les accords hors procès représentent environ 95 % de cette somme ; les accords de type ASP (qui correspondent à la forme 2, telle que décrite dans le chapitre 2) et les accords de type civil/administratif (forme 3) représentent respectivement près de 37 % et de 29 % du total. Dans cette somme, la part des amendes et autres sanctions pécuniaires est d'environ 8.1 milliards USD, plus de 99 % des amendes résultant d'accords hors procès. Sur le total des amendes imposées à des personnes morales, 52 % résultent d'accords de type ASP (forme 2) ; les catégories d'accords « mixtes », comme l'accord de clémence du Brésil, ne représentent qu'un quart des amendes imposées (25 %) et les accords assimilables à des transactions pénales (forme 5) environ 17 %.

**Graphique 39. Vue d'ensemble des accords hors procès prévoyant des sanctions pour des personnes physiques analysés par le Groupe de travail**



Source: Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale conclues.

La base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues contient 591 accords de 21 pays dans lesquelles une personne physique a été sanctionnée pour corruption transnationale<sup>204</sup>. Le degré de transparence variable des affaires conclues dans les Parties à la Convention ne permet pas l'analyse complète des sanctions imposées à des personnes physiques, mais au moins 423 personnes physiques (72 %) ont été sanctionnées dans le cadre d'un accord hors procès, comme le montre le graphique 39<sup>205</sup>. 168 autres personnes physiques (28 %) ont été sanctionnées à l'issue d'un procès ayant abouti à une condamnation. Les formes d'accords hors procès ayant servi à imposer des sanctions pécuniaires à des personnes physiques varient énormément, les plus courants étant ceux qui permettent de résoudre des allégations avant une inculpation sans établissement de responsabilité (forme 1). Ce modèle d'accord, y compris les AAP, a été appliqué 151 fois (26 % de l'ensemble des accords concernant des personnes physiques). Le deuxième modèle d'accord le plus fréquent est celui des transactions pénales (forme 5), qui a été appliqué 93 fois (15.7 % de l'ensemble des accords concernant des personnes physiques). Les autres catégories d'accords hors procès utilisées avec des personnes physiques s'apparentent au *patteggiamento*, qui prévoit l'imposition d'une sanction sans exiger un aveu de culpabilité (forme 4), à une forme de responsabilité civile ou administrative (forme 3) ou à un accord de type ASP (forme 2). Ces trois mécanismes d'accords représentent respectivement 9.5 %, 7.6 % et 7.1 % des accords concernant des personnes physiques.

### Sanctions pécuniaires

Des amendes ont été imposées à des personnes physiques dans 412 des 591 accords (70 %). Le montant des amendes les plus faibles se situe autour de quelques centaines de

<sup>204</sup> Les cinq pays ayant effectivement sanctionné le plus grand nombre de personnes physiques pour corruption transnationale dans le cadre de résolutions judiciaires ou d'accords hors procès sont l'**Allemagne** (317), les **États-Unis** (131), la **Hongrie** (26), la **Corée** (22) et le **Royaume-Uni** (16).

<sup>205</sup> Parmi les 423 accords impliquant des sanctions pour des personnes physiques, 418 étaient l'application de mécanismes de règlement pris en compte dans l'étude, alors que 5 étaient l'application de mécanismes de règlement non pris en compte dans l'étude, soit parce qu'ils ne remplissent pas les critères requis, soit parce que le pays membre du Groupe de travail n'a pas répondu au questionnaire de recueil de données.

dollars US constants de 2018. L'amende la plus lourde imposée à une personne physique, environ 3.7 millions de dollars US constants de 2018, est celle décidée en Allemagne dans l'*affaire Willi Betz* en 2008. Globalement, les personnes physiques ont été obligées de payer près de 293 millions USD aux pays poursuivants sous forme de sanctions pécuniaires, de mesures de confiscation et aussi, le cas échéant, de dédommagements ou de prise en charge des frais de poursuite. Plus de 90 % des sanctions pécuniaires imposées dans les affaires connues impliquant des personnes physiques l'ont été dans le cadre d'un accord hors procès. Plus spécifiquement, 85 % des sanctions pécuniaires résultent de transactions pénales ou d'autres procédures de résolution prévoyant une condamnation sur la base d'une reconnaissance de culpabilité (forme 5).

### Peines d'emprisonnement

Au moins 215 personnes physiques (36 %) ont reçu une peine d'emprisonnement. Dans 122 accords (57 %), il s'agissait d'une peine d'emprisonnement ferme. Dans les 43 % restantes, il s'agissait d'une peine d'emprisonnement avec sursis ou convertie en mise à l'épreuve. La durée moyenne des peines d'emprisonnement fermes imposées à des personnes physiques condamnées pour corruption transnationale est d'environ 14 mois. La durée moyenne des peines d'emprisonnement entièrement ou partiellement avec sursis est légèrement supérieure à 21 mois.

Dans l'ensemble des pays membres du Groupe de travail, la durée moyenne des peines d'emprisonnement imposées suite à une condamnation à l'issue d'un procès est légèrement inférieure à celle des peines d'emprisonnement imposées dans le cadre d'un accord hors procès. Cependant, dans les pays où des peines d'emprisonnement sont imposées à la fois à l'issue d'un procès ou dans le cadre d'un accord hors procès, les personnes physiques condamnées dans un procès reçoivent généralement une peine plus longue que celles condamnées dans une procédure hors procès. Au Royaume-Uni et aux États-Unis, par exemple, la durée moyenne des peines d'emprisonnement imposées à l'issue d'un procès est en gros plus longue de 287 % et de 363 % que celle des peines imposées dans le cadre d'un accord hors procès. La peine d'emprisonnement la plus longue enregistrée dans une affaire (15 ans) faisait suite à une condamnation au cours d'un procès. Dans les cas où l'on sait qu'une peine d'emprisonnement ferme a effectivement été imposée, la durée moyenne de la peine est légèrement supérieure à un an, que cette peine ait été délivrée après condamnation au cours d'un procès ou dans le cadre d'un accord hors procès.

## 4.3. Confiscation

### 4.3.1. Possibilité d'imposer des mesures de confiscation dans le cadre des accords hors procès

Les mesures de confiscation sont une composante importante d'un régime de sanction efficace de la corruption transnationale. Comme l'ont montré des travaux antérieurs de l'OCDE, un régime de confiscation efficace est souvent le moyen crucial d'assurer que des délits financiers comme la corruption transnationale ne constituent pas un investissement économique rentable, y compris lorsque l'auteur présumé de l'infraction se fait prendre<sup>206</sup>.

<sup>206</sup> OCDE (2016), « Is foreign bribery an attractive investment in some countries ? », *OECD Business and Finance Outlook 2016*, Éditions OCDE, Paris.



La plupart des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques et morales permettent d'imposer des mesures de confiscation en sus de la sanction financière. La présente Étude n'a pas pour but d'analyser les différents systèmes de confiscation existant dans les Parties à la Convention, qui prévoient chacun toute une gamme d'options<sup>207</sup>. Elle se limite à examiner les mesures de confiscation existantes et leur application dans le cadre des accords hors procès retenus.

#### *Personnes morales*

Trente-sept des 52 des mécanismes d'accords (71 %) permettent d'imposer à la fois une sanction financière et une mesure de confiscation dans une même procédure à l'encontre d'une personne morale. Parmi eux, la grande majorité distinguent clairement la mesure de confiscation de la sanction financière. Tel est le cas des ASP au **Royaume-Uni** où, dans sa décision écrite, le tribunal précise clairement le montant de la sanction financière et celui de la restitution exigée, qui doit normalement correspondre au montant des profits bruts résultant des actes répréhensibles poursuivis. Par exemple, dans l'*affaire Standard Bank*, des sanctions financières d'un montant total de 25.2 millions USD ont été imposées. Le montant de l'amende était de 16.8 millions USD et celui des mesures de confiscation de 8.4 millions USD. En **Norvège**, confiscation et amende sont aussi clairement distinguées. L'*affaire Yara International* a donné lieu à une amende de 270 millions NOK (27 millions EUR) et à la confiscation de 25 millions NOK (2.5 millions EUR).

Dans les pays étudiés, cinq mécanismes d'accords (10 %) applicables aux personnes morales ne prévoient pas l'imposition de mesures de confiscation, notamment ceux d'**Autriche** et du **Chili**. Une procédure de confiscation distincte du processus d'accord peut cependant être ouverte sous certaines conditions dans certaines juridictions. En **Autriche**, par exemple, les *mesures alternatives* ne permettent pas la confiscation car celle-ci est décrite comme une sanction à l'article 19a du Code pénal et exige par conséquent l'établissement préalable de la culpabilité. Par contre, en **Australie**, les procédures de confiscation sont des procédures civiles et ne peuvent donc être réglées au moyen d'une *transaction pénale* (qui constitue une procédure pénale et implique une condamnation). Néanmoins, en vertu de la Loi sur les produits du crime de 2002, une procédure de confiscation distincte peut être engagée au civil à la suite d'une condamnation, que celle-ci résulte d'un procès ou d'une transaction pénale.

Sept accords (13 %) permettent uniquement l'imposition de mesures de confiscation, sans aucune sanction pécuniaire. La *renonciation aux poursuites sous condition de restitution* des **États-Unis** est le mécanisme le plus fréquemment utilisé en matière pénale. Elle implique la décision de ne pas engager de poursuites pénales mais prévoit la confiscation des profits tirés d'un système de corruption.

Un accord applicable aux personnes morales, l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction* de la **République tchèque**, permet uniquement soit une sanction pécuniaire, soit une mesure de confiscation. Le droit pénal tchèque, en effet, interdit d'imposer simultanément une amende pécuniaire et une mesure de confiscation<sup>208</sup>.

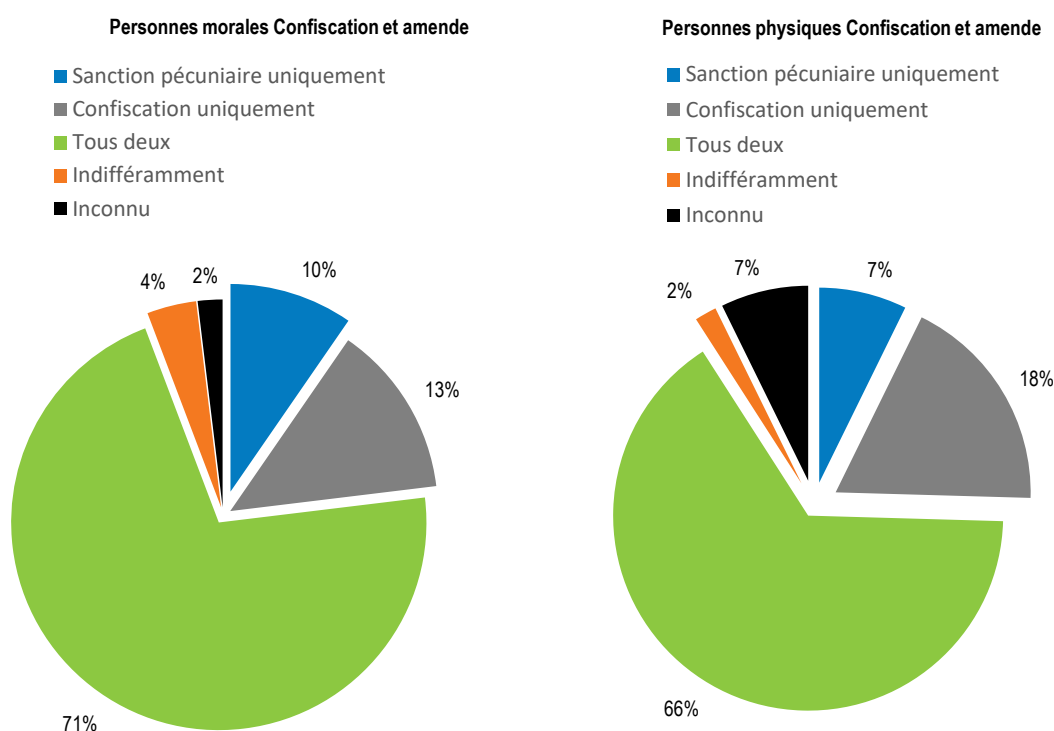
<sup>207</sup> On trouvera les informations pertinentes dans les rapports de suivi par pays consacrés à la mise en œuvre de la Convention anti-corruption de l'OCDE.

<sup>208</sup> Réponse de la République tchèque au questionnaire (Q25) ; voir également CLLE section 15, par. 3.

### Personnes physiques

Deux tiers des mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques autorisent l'imposition conjointe d'une amende et d'une mesure de confiscation (66 %). En revanche, 7 % de ces accords prévoient uniquement une sanction financière. Un pourcentage plus important (18 %) peuvent être utilisés pour imposer une mesure de confiscation. C'est le cas par exemple au **Costa Rica** qui dispose de trois types d'accord applicables aux personnes physiques mais ne prévoit pas l'imposition d'amendes pénales aux personnes physiques et ne pourrait imposer des mesures de confiscation qu'avec ces mécanismes<sup>209</sup>. Le Costa Rica ne dispose d'aucun mécanisme d'accord applicable aux personnes morales. Un autre exemple de mécanisme d'accord autorisant uniquement la confiscation est la *possibilité d'exemption de responsabilité pénale* en **Hongrie** qui s'accompagne obligatoirement d'une mesure de restitution. Enfin, comme indiqué précédemment, l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction* de la **République tchèque** permet au tribunal d'imposer uniquement soit une sanction pécuniaire, soit une mesure de confiscation.

**Graphique 40. Possibilité d'imposer des sanctions pécuniaires et des mesures de confiscation dans le cadre des accords**



Source: Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 47 et 48.

#### 4.3.2. Mesures de confiscation imposées en pratique

Quant aux personnes morales un grand nombre des accords conclus dans des affaires de corruption transnationale majeures prévoient la confiscation d'importantes sommes

<sup>209</sup> Rapport de Phase 1 sur le Costa Rica, par. 34.

d'argent. Cependant, ces sommes n'étant pas toujours distinguées du montant de l'amende, il est difficile de disposer de données détaillant la part respective des amendes et des mesures de confiscation entre pays et accords. D'après la base de données de l'OCDE sur les affaires de corruption transnationale ayant abouti à des sanctions, au moins 10 Parties ont conclu 128 accords dont on sait qu'ils incluaient une mesure de confiscation. Au vu des accords pour lesquels on connaît les montants confisqués, il apparaît que ces États poursuivants ont imposé collectivement la confiscation d'au moins 7 milliards USD. Les montants confisqués dans le cadre d'accords hors procès s'élèvent à 6.3 milliards USD (en dollars US constants 2018), soit près de 90 % du total. Les accords hors procès reposant sur la reconnaissance de la responsabilité civile ou non pénale de personnes morales représentent près de 60 % des sommes confisquées connues, tandis que les accords de type *ASP* (forme 2) comptent pour près d'un cinquième (18.7 %) du total des confiscations.

S'agissant des personnes physiques, la base de données de l'OCDE indique que 7 Parties ont imposé des mesures de confiscation dans le cadre d'au moins 59 procédures de résolution. Les sommes confisquées atteignent en tout au moins 235 millions USD (en dollars US constants 2018). Les accords hors procès comptent pour plus de 96 % de l'ensemble des confiscations, tandis que les accords assimilables à une transaction pénale (forme 5) comptent pour 94 % des mesures de confiscation. De même que pour les personnes morales, la part des mesures de confiscations associées aux accords hors procès est plus élevée que la fréquence du recours à ce type d'accord dans les affaires de corruption transnationale (78 % de l'ensemble des accords).

#### 4.3.3. Modalités concrètes d'imposition des mesures de confiscation

Cette section porte sur la confiscation des profits de la corruption obtenus par des personnes morales. Il est bien moins fréquent que des personnes physiques reçoivent les produits de la corruption et, en l'absence d'enrichissement personnel, il est rare que des mesures de confiscation soient envisagées à leur égard.

On observe en pratique cinq types de scénarios parmi les accords conclus récemment avec des personnes morales dans les Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE qui sont résumés à l'annexe II, à savoir : (i) l'imposition conjointe d'une amende et de mesures de confiscation distinctes ; (ii) l'imposition de mesures de confiscation séparément dans une procédure civile connexe ; (iii) l'imposition uniquement d'une sanction pécuniaire, sans aucune mesure de confiscation distincte ; (iv) l'imposition uniquement de mesures de confiscation ; et (v) l'imposition de mesures de confiscation par au moins l'une des autorités impliquées dans une affaire multijuridictionnelles<sup>210</sup>.

##### *Imposition conjointe d'une amende et de mesures de confiscation distinctes*

Les accords conclus dans plusieurs affaires prévoyaient à la fois l'imposition d'une amende et la confiscation de sommes clairement distinguées du montant de l'amende. Dans l'*affaire Agusta Westland en Italie* en 2014, l'entreprise Agusta Westland Ltd a négocié un *patteggiamento* prévoyant à la fois une amende pénale de 300 000 EUR et la confiscation de 7.5 millions EUR. Aux **Pays-Bas**, dans l'*affaire SBM Offshore*, l'entreprise s'est vue imposer la confiscation de 200 millions USD en sus d'une amende pénale de 40 millions USD dans le cadre de la *transaction* avec le Bureau du procureur en 2014. De même, dans l'*affaire VimpelCom*, la *transaction* conclue en 2016 prévoyait le

<sup>210</sup> Les exemples d'affaires mentionnés dans les sous-sections qui suivent s'appuient sur des informations tirées des résumés recueillis à l'annexe B. Les sources de ces résumés sont citées à l'annexe B.

paiement d'une amende de 100 millions USD et la confiscation de 167.5 millions USD. Au **Royaume-Uni**, l'ASP conclu dans l'*affaire Standard Bank* en 2015 était soumis au versement d'une amende pénale de 16.8 millions USD et à la confiscation effective de 8.4 millions USD<sup>211</sup> En **Israël**, dans l'*affaire Nikuv* en 2016, l'entreprise a dû se soumettre à la fois à une amende pénale de 550 000 USD et à une mesure de confiscation pénale de 550 000 USD dans le cadre d'une *transaction pénale*.

*Imposition d'une amende au pénal et de mesures de confiscation dans une procédure civile connexe*

Ce deuxième cas de figure est souvent utilisé aux **États-Unis** où l'amende imposée par le ministère de la Justice s'accompagne souvent d'une obligation de restitution des profits imposée par la SEC dans une procédure civile connexe<sup>212</sup>. Tel est par exemple le cas de l'action engagée dans l'*affaire Biomet* en 2012, qui a abouti à l'imposition d'une amende pénale de 17.3 millions USD – sans aucune mesure de confiscation pénale – dans le cadre de l'ASP conclu avec le ministère de la Justice. L'entreprise, cependant, a aussi été contrainte par la SEC dans une procédure civile à verser 4.4 millions USD de restitution et 1.1 million USD d'intérêts avant jugement. Dans un accord pénal, la restitution imposée par la SEC dans le cadre d'une procédure civile connexe peut être portée expressément au crédit de l'entreprise, comme le montre le deuxième ASP négocié entre Biomet et le ministère de la Justice en 2017. Dans l'*affaire Och-Ziff* également, l'entreprise a conclu en 2016 deux accords parallèles avec le ministère de la Justice et la SEC : aux termes de l'ASP négocié avec le ministère de la Justice, Och-Ziff a accepté de payer des amendes pénales s'élevant à 213 millions USD, tandis que, dans la procédure engagée au civil par la SEC, la firme s'est vue contrainte de restituer 173 millions USD. De même, dans l'*affaire Telia*, l'accord conclu avec Telia Company AB en 2017 incluait l'imposition par le ministère de la Justice de pénalités pécuniaires d'un montant total de 548.6 millions USD et la restitution de 457 millions USD sous l'effet de l'action engagée au civil par la SEC. Ces sanctions faisaient partie d'un accord multijuridictionnel, dont la Suède et les Pays-Bas.

*Imposition d'une amende sans aucune mesure de confiscation distincte*

Une troisième possibilité consiste à résoudre les affaires de corruption transnationale en imposant une amende sans confisquer les produits de la corruption transnationale. En **Italie**, dans l'*affaire Agusta Westland*, aucune mesure de confiscation n'a été imposée dans le cadre du *patteggiamento* conclu avec Agusta Westland SPA. L'entreprise s'est vue imposer seulement une amende de 80 000 EUR<sup>213</sup>. De même aux **Pays-Bas**, dans l'*affaire Ballast Nedam* en 2012, la *transaction* conclue entre les procureurs et l'entreprise ne prévoyait aucune mesure de confiscation en sus de l'amende pénale de 5 millions EUR. Plus récemment, dans l'*affaire Société Générale* (2018) en **France** et aux **États-Unis**, la *CJIP* et l'ASP conclus entre Société Générale SA et les autorités compétentes ne contiennent aucune mesure de confiscation distincte en sus des amendes d'un montant total de 585 millions USD imposées à l'entreprise. Toutefois, la Société Générale avait accepté de résoudre la procédure civile engagée au **Royaume-Uni** par l'autorité libyenne d'investissement (LIA) en relation avec des allégations de corruption avant la résolution

<sup>211</sup> Le versement d'une somme supplémentaire de 7 millions USD a aussi été imposé pour dédommager le gouvernement tanzanien.

<sup>212</sup> [Rapport de Phase 3 sur les États-Unis](#), par. 148 à 152.

<sup>213</sup> En revanche, une autre entreprise du même groupe, Agusta Westland Ltd, s'est vue imposer à la fois une amende pénale et des mesures de confiscation dans le cadre du même *patteggiamento*.

de la procédure pénale initiée par les autorités françaises et américaines. En 2017, la Société Générale a accepté de verser 963 millions EUR de dédommagements à la LIA.

#### *Imposition de mesures de confiscation uniquement*

Certains mécanismes d'accords permettent uniquement d'imposer des mesures de confiscation, bien que d'autres accords existent dans les Parties concernées lorsque l'imposition d'une amende est également justifiée. Aux **États-Unis**, le ministère de la Justice publie sur son site internet les décisions de *rejet des poursuites* (sur la base d'un certain nombre de critères spécifiques examinés dans le chapitre 2.1) dans des affaires pénales relevant du FCPA. À la date butoir de l'Étude (30 juin 2018), cinq décisions de renonciation aux poursuites sous condition de restitution avaient été rendues publiques. Parmi les quatre affaires pour lesquelles le montant de la restitution était spécifié dans l'accord, ce montant était supérieur à 1 million USD dans deux affaires et supérieur à 10 millions USD dans une autre<sup>214</sup>. Une forme comparable d'accord hors procès est appliquée en **Suisse** pour recouvrer les fonds dans les affaires fortement médiatisées. Ce mécanisme de *réparation*<sup>215</sup> n'est pas pris compte dans l'Étude parce que les paiements compensatoires prévus dans cette procédure ne peuvent être assimilés à une sanction et ne s'accompagnent pas normalement de mesures de confiscation. Néanmoins, une réclamation équivalente peut être introduite pour recouvrer le montant des gains illicites<sup>216</sup>. Sept procédures en lien avec l'*affaire Alstom* et deux procédures en lien avec l'*affaire Siemens* ont été classées par le Ministère public de la Confédération (MPC) au titre de la procédure de *réparation*<sup>217</sup>. Récemment, la Suisse a indiqué clairement qu'elle renonçait à faire usage du mécanisme de *réparation* dans les affaires de corruption transnationale<sup>218</sup>. En novembre 2018, le procureur général suisse a déclaré qu'une réparation doit être dans l'intérêt public et que l'application de cette procédure, par conséquent, n'est pas justifiée dans les affaires de criminalité économique d'une certaine importance<sup>219</sup>.

#### *Imposition de mesures de confiscation dans les affaires relevant de plusieurs juridictions*

Dans les affaires multijuridictionnelles, l'accord conclu dans au moins un des pays concernés vient souvent s'ajouter aux mesures de confiscation imposées dans un autre pays, et cela est pris en compte par chaque pays dans la détermination du niveau de ses sanctions. Une autorité nationale peut, dans ce cas, n'imposer qu'une amende, des mesures de confiscation étant prévues dans l'accord conclu par l'entreprise avec l'autorité d'une autre juridiction. Ce scénario s'est appliqué dans l'*affaire Odebrecht* qui a donné lieu à un accord global entre Odebrecht SA, le **Brésil**, les **États-Unis**, et la **Suisse**. Dans le cadre de sa *transaction pénale* avec le ministère de la Justice américain, Odebrecht s'est vue imposer

<sup>214</sup> HMT LLC (2.79 millions USD), CDM Smith Inc. (4 millions USD) et Linde North America Inc. (11.2 millions USD). Dans l'affaire NCH Corporation, le montant à restituer était de 355 000 USD. Dans quatre autres affaires, ce montant n'a pas été rendu public mais l'ordonnance de rejet des poursuites indique que tous les profits devront être restitués.

<sup>215</sup> Le mécanisme de réparation est régi par l'article 53 du Code pénal suisse.

<sup>216</sup> La créance compensatrice d'un montant équivalent est régie par l'article 71 du Code pénal suisse.

<sup>217</sup> Rapport de Phase 4 sur la Suisse, par. 18.

<sup>218</sup> Rapport de Phase 4 sur la Suisse, par. 84, et réponses au questionnaire de recueil de données.

<sup>219</sup> Voir GIR, « Swiss Attorney General calls for DPAs », Waithera Junghae, 21 novembre 2018.

une amende pénale de 93 millions USD, sans aucune mesure séparée de confiscation pénale ou de restitution civile. Au **Brésil**, en revanche, 97.5 % de la sanction civil imposée correspondait au montant des dédommagements. En **Suisse**, l'*ordonnance pénale* s'est traduite par une mesure de confiscation de 116 millions USD imposée conjointement à Odebrecht SA et à sa filiale Constructora Noberto Odebrecht. De même, dans l'*affaire Rolls-Royce*, l'ASP conclu aux **États-Unis** ne prévoyait aucune mesure de confiscation parmi les sanctions pénales, mais la confiscation de 335.3 millions USD a été imposée dans l'ASP conclu au **Royaume-Uni**.

#### 4.3.4. Part des montants confisqués dans le total des sommes versées suite à un accord hors procès

L'effet dissuasif des sanctions pécuniaires, y compris l'exonération totale ou partielle d'amendes, est remis en cause par la société civile<sup>220</sup>. Transparency International note également que le recours progressifs à des procédures d'accords vise à limiter les dommages pour les entreprises fautives<sup>221</sup>. Cela est notamment le cas lorsque les montants confisqués peuvent être imputés sur l'impôt. Dans certains pays, par exemple, une confiscation peut être déduite de la base de calcul de l'impôt sur le revenu, ce qui n'est pas le cas d'une amende réglementaire. Parmi les Parties à la Convention, on observe des écarts importants entre le niveau des amendes dissuasives et celui des mesures de confiscation.

Dans certaines affaires multijuridictionnelles récentes, le montant confisqué excède fortement le montant de l'amende. Dans l'*affaire Odebrecht*, par exemple, l'amende civile imposée au Brésil équivaut à 2.5 % seulement des 2.4 millions USD qui représentent la part brésilienne des sanctions financières globales. De même, les montants confisqués à Odebrecht SA et à sa filiale Constructora Noberto Odebrecht en vertu de l'*ordonnance pénale* émise en **Suisse** atteignent 116 millions USD, alors qu'aucune amende n'a été imposée à Odebrecht SA et qu'une amende de 4.5 millions CHF (environ 4.7 millions USD) a été imposée à sa filiale. Dans l'*affaire SBM Offshore*, le montant confisqué aux **Pays-Bas** dans le cadre de l'accord conclu avec les autorités était aussi nettement supérieur (200 millions USD) à celui de l'amende pénale (40 millions USD).

Dans d'autres affaires, le montant confisqué aux termes d'un accord est relativement rapproché du montant de l'amende. L'accord conclu avec les autorités israéliennes dans l'*affaire Nikuv* prévoit, par exemple, une mesure de confiscation et une amende pénale d'un montant équivalent : 2.25 millions NIS (environ 550 000 USD). Dans l'*affaire Rolls-Royce*, l'ASP conclu avec le **Royaume-Uni** inclut une amende pénale d'un montant relativement rapproché de celui des sommes à restituer, à savoir respectivement 239 millions GBP (environ 310.6 millions USD) et 258 millions GBP (335.3 millions USD).

A contrario le montant de l'amende dépasse néanmoins parfois celui des sommes confisquées. Dans l'*affaire Och-Ziff*, en vertu de l'ASP conclu avec les autorités **américaines**, l'entreprise a accepté de payer une amende pénale de 213 millions USD, alors que le montant de la restitution imposée suite à l'action civile engagée par la SEC était de 173.1 millions USD. L'accord global conclu dans l'*affaire Telia* prévoit une amende globale de 548.6 millions USD, imposée par les autorités américaines et

<sup>220</sup> Voir, par exemple, Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements deter overseas corruption?* ».

<sup>221</sup> *Exporting corruption - Progress Report 2018 : Assessing enforcement of the OECD Anti-Bribery Convention*, [files.transparency.org/content/download/2318/14294/file/2018\\_Report\\_ExportingCorruption\\_English.pdf](https://files.transparency.org/content/download/2318/14294/file/2018_Report_ExportingCorruption_English.pdf)

néerlandaises en tant que sanction financière, et une mesure de confiscation de 457 millions USD. L'ASP conclu au **Royaume-Uni** dans l'*affaire Standard Bank* comprend une amende de 16.8 millions USD et une mesure de confiscation de 8.4 millions USD. En **Norvège** où la loi ne plafonne pas le montant de l'amende imposable, les amendes imposées à des entreprises dans le cadre d'accords sont nettement plus élevées que le montant des confiscations. Par exemple, dans l'*affaire Yara International* en 2014, l'entreprise a accepté une *ordonnance de pénalité optionnelle* de 270 millions NOK (environ 27 millions EUR) en relation avec deux mécanismes de corruption transnationale et un mécanisme de corruption commerciale, alors que le montant de la mesure de confiscation imposée pour ce dernier mécanisme s'élevait à 25 millions NOK (environ 2.5 millions EUR).

#### 4.3.5. Montants confisqués et produits de la corruption

Un autre aspect de l'examen par les pairs du Groupe de travail concernant les mesures de confiscation vise à déterminer dans quelle mesure les montants confisqués correspondent aux profits tirés du versement de pots-de-vin et comment sont calculés ces montants<sup>222</sup>. L'identification et la quantification des profits de la corruption active ont fait l'objet d'une analyse conjointe de l'OCDE et de l'Initiative StAR (« Stolen Assets Recovery », recouvrement d'avoirs volés), un partenariat entre la Banque mondiale et l'Office des Nations Unies contre la drogue et le crime (UNODC), afin d'appuyer les efforts déployés par les pays pour confisquer les produits de la corruption active ainsi qu'il est prescrit aux Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE et la Convention des Nations Unies contre la corruption (CNUCC)<sup>223</sup>. Les différents éléments à prendre en compte et les méthodes de calcul sont décrits brièvement dans l'encadré 13. Les questions en jeu excèdent de beaucoup les particularités des accords hors procès, car l'établissement d'un système efficace de confiscation des produits transnationaux de la corruption est quelque chose d'extrêmement complexe qui requiert une expertise et une infrastructure juridique appropriée.

---

<sup>222</sup> L'article 3(3) de la Convention exige des Parties qu'elles prennent « les mesures nécessaires pour assurer que l'instrument et les produits de la corruption (...) puissent faire l'objet d'une saisie et d'une confiscation ou que des sanctions pécuniaires d'un effet comparable soient prévues ».

<sup>223</sup> OCDE/Banque mondiale (2012), *Identification et quantification des profits de la corruption*, édition révisée, février 2012, Éditions OCDE, [dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en](https://dx.doi.org/10.1787/9789264174801-en)



### **Encadré 13. Le rapport OCDE/STAR sur « l'identification et la quantification des profits de la corruption »**

#### **Principaux aspects pertinents aux fins du calcul des produits de la corruption**

Ce rapport vise à fournir aux professionnels, aux parlementaires et aux responsables de l'action publique des informations pratiques sur les problèmes techniques soulevés par l'identification et la quantification des produits de la corruption active. Il contient des exemples illustrant la manière dont des produits ont pu être repérés et quantifiés dans différentes juridictions; la plupart des exemples utilisés proviennent d'affaires qui se sont réellement produites.

Le chapitre 2 examine les différents types de produits de la corruption active, à savoir :

- a. les produits de contrats obtenus en versant un pot-de-vin ;
- b. les autorisations d'exercice, permis ou licences d'exploitation ;
- c. les dépenses économisées ou pertes évitées ;
- d. l'accélération des délais ; et
- e. les produits retirés dans des affaires impliquant des contrôles internes insuffisants et peu rigoureux ou des livres de comptes et documents comptables incomplets.

Chaque type de produit peut être identifié et quantifié à l'aide de différentes méthodes selon le cadre légal existant, par exemple aux fins de la confiscation/restitution, de la réparation du préjudice ou de la restitution.

S'agissant des contrats, les méthodes analysées sont les suivantes :

1. Identification et quantification des produits aux fins de la confiscation et de la restitution
  - a. méthode dite des « recettes brutes »
  - b. méthode dite des « produits nets » (ou encore des « recettes nettes » ou « bénéfices nets »)
  - c. méthode dite du « bénéfice additionnel » : que ce serait-il passé si le pot-de-vin n'avait pas été versé ?
2. Identification et quantification pour les demandes de réparation du préjudice
3. Quantification pour les demandes de restitution contractuelle

Les méthodes de quantification sont illustrées par des exemples concrets.

Le rapport examine aussi les ajustements et autres facteurs à prendre en compte dans le calcul des produits, notamment la période à considérer, le taux d'intérêt applicable, les commissions versées aux intermédiaires, les coûts administratifs, les avantages indirects, les recettes ou bénéfices générés par une partie de la transaction, et le montant du pot-de-vin versé.

*Source* : OCDE/Banque mondiale (2012), *Identification et quantification des profits de la corruption*, édition révisée, février 2012.



En règle générale, c'est la pratique dans les Parties qui distinguent clairement les sanctions pénales/administratives des mesures de confiscation dans leurs mécanismes d'accords. Par exemple, dans son évaluation du **Royaume-Uni**, le Groupe de travail note que, dans les 5 affaires pénales ayant mis en cause des personnes morales depuis la Phase 3, « le profit brut tiré du comportement répréhensible a été évalué et confisqué et des mesures punitives ou correctives ont été appliquées »<sup>224</sup>.

Certaines Parties prennent aussi en compte la valeur des profits tirés de la corruption pour déterminer le niveau de l'amende. Aux **États-Unis**, par exemple, le montant maximum de l'une des amendes pénales prévues pour sanctionner les personnes morales dépend des gains bruts imputables à la corruption, puisqu'il correspond au double des gains bruts ou au double des pertes brutes, le montant le plus élevé étant retenu. En pratique, le montant des amendes pénales imposées à des personnes morales en cas de violation des dispositions anti-corruption du FCPA excède fréquemment le seuil légal maximum de 2 millions USD prévu pour sanctionner les infractions au FCPA. Les profits tirés de la corruption sont en effet pris en compte dans le calcul du montant approprié de l'amende.

Cependant, le montant des produits de la corruption transnationale n'est pas toujours indiqué dans les accords. En l'absence d'informations sur ces produits, il est donc difficile de déterminer avec certitude si les sommes confisquées couvrent toujours entièrement le montant des produits résultant de la corruption transnationale. Et, lorsque le montant des gains mal acquis est explicitement mentionné, on constate que les pratiques ne sont pas uniformes entre les Parties et que les mesures de confiscation imposées ne couvrent pas toujours pleinement les profits tirés de la commission d'une infraction.

---

<sup>224</sup> [Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni \(2017\)](#), par. 165.

#### **Encadré 14. Bonnes pratiques d'évaluation des produits de la corruption et de confiscation des montants correspondants**

Évaluer les produits de la corruption d'un agent public étranger en appliquant une méthode adaptée au cadre légal de règlement hors procès et confisquer le montant correspondant en sus des mesures punitives ou correctives : une telle méthode de calcul des produits figure dans le rapport OCDE/StAR sur « Identification et quantification des profits de la corruption », résumée dans l'encadré 13.

Dans les affaires multijuridictionnelles où une résolution globale est possible, déterminer le lieu où les mesures de confiscation ou de restitution doivent prendre effet afin d'éviter la duplication de ces mesures, qui ne seraient pas équitables. Si des mesures de confiscation ne peuvent être imposées que dans une seule juridiction, veiller à ce que les autorités compétentes coopèrent à un stade précoce pour déterminer : i) dans quelle juridiction ; et ii) les incidences potentielles de ce choix sur le calcul des sanctions pécuniaires dans les autres juridictions. En effet, selon les règles applicables dans chaque système, les produits de la corruption pourront être pris en compte pour calculer le montant de l'amende ou de la sanction pécuniaire appropriée.

Assurer la transparence afin de renforcer la confiance dans le mécanisme d'accord : indiquer le montant des produits de la corruption transnationale dans les accords et faire en sorte que les montants confisqués couvrent effectivement les profits résultant de la corruption transnationale, ou expliquer clairement pourquoi une autre option a été retenue, notamment en cas de dédommagements. La transparence des mesures de confiscation doit être envisagée conjointement avec les bonnes pratiques de publication d'information sur les accords hors procès décrites dans l'encadré 19.

#### **4.4. Les sanctions imposées dans le cadre d'accords hors procès sont-elles efficaces, proportionnées et dissuasives ?**

##### **4.4.1. Possibilité de comparer les règlements qui résultent ou non d'un procès**

Comme indiqué précédemment, l'article 3 de la Convention anti-corruption exige des Parties d'assurer l'imposition de sanctions « efficaces, proportionnées et dissuasives » à l'encontre des personnes impliquées dans des actes de corruption transnationale. Cependant, on reproche parfois aux accords hors procès leur clémence présumée en comparaison avec les condamnations obtenues à l'issue d'un procès. Certains auteurs considèrent même que les accords hors procès donnent l'impression que « les entreprises se servent de leurs moyens financiers pour échapper à la justice »<sup>225</sup>.

Toutefois, si certains accords hors procès permettent à des entreprises d'échapper aux conséquences les plus graves d'une condamnation pour corruption transnationale (par exemple l'exclusion des marchés publics, abordé dans le chapitre 4.6.1), généralement en échange de leur coopération et sous diverses autres conditions, le fait est que les plus fortes sanctions pénales ont été imposées par le biais d'accords hors procès. De par leur nombre et leurs dimensions, les affaires résolues au moyen d'un accord hors procès, en particulier les affaires impliquant des personnes morales, se prêtent mal à une comparaison avec les affaires qui donnent lieu à un procès. La sanction la plus lourde imposée à une personne

<sup>225</sup> Corruption Watch (2016), « *Out of Court, Out of Mind – do Deferred Prosecution Agreements and Corporate Settlements deter overseas corruption?* ».

morale au terme d'un procès complet portant sur une affaire de corruption transnationale – l'*affaire Saipem* jugée en 2016 en **Italie**, qui était liée à l'*affaire TSKJ Nigeria* – s'est élevée à 25.1 millions EUR. L'amende a été fixée à 600 000 EUR et un montant de 24.5 millions EUR a été confisqué<sup>226</sup>. L'amende la plus élevée imposée à une personne morale au terme d'un procès complet, qui concernait l'*affaire Smith and Ouzman* au **Royaume-Uni** en 2016, s'est élevée à 1.3 million GBP (1.43 million EUR), auxquels s'ajoutaient des mesures de confiscation aboutissant à une sanction financière totale de 2.2 millions GBP (2.42 millions EUR)<sup>227</sup>.

Il n'est possible que dans certains cas d'affirmer que la sanction imposée dans le cadre d'un accord hors procès aurait été nettement plus élevée si elle avait été imposée au terme d'un procès. Dans certains pays, en effet, la réduction de la sanction imposable en cas d'accord hors procès est calculée sur la base du montant de la sanction qui aurait pu être imposée à l'issue d'un procès. Tel est le cas, par exemple, au **Brésil** (où une réduction maximum de 66 % peut être accordée), en **Estonie** (33 % maximum) et en **Italie** (33 % maximum également). Bien que cela assure un certain degré de transparence, le pourcentage exact de la réduction octroyée dans une affaire particulière n'est pas toujours rendu public. Au **Royaume-Uni**, la décision du tribunal approuvant un *ASP* doit décrire en détail les modalités suivies pour calculer le montant de l'amende réduite. Dans l'*affaire Standard Bank*, la sanction applicable a été réduite d'un tiers dans l'accord. Le tribunal, considérant que la sanction applicable au terme d'un procès aurait été de 25.2 millions USD, a décidé de ramener celle-ci à 16.8 millions USD, l'affaire ayant pu être résolue au moyen d'un *ASP*<sup>228</sup>. Il convient de noter, cependant, qu'un procès peut mettre en lumière des éléments factuels pouvant avoir des incidences sur le niveau de la sanction. Il est donc impossible d'affirmer avec certitude quelle sanction aurait été imposée au terme d'un procès.

L'un des avantages que présente un accord multijuridictionnel sur un procès est qu'il permet aux différentes autorités de résoudre l'affaire en même temps, en donnant ainsi à la fois aux autorités de poursuites et à l'entreprise un certain degré de certitude sur le résultat et, en particulier, sur le montant combiné des sanctions financières. Une coordination aussi étroite n'est pas possible dans les affaires qui passent en procès. On peut citer à cet égard les exemples de l'*affaire Odebrecht/Braskem* (décembre 2016), de l'*affaire Rolls-Royce* (janvier 2017) et de l'*affaire Vimpelcom* (février 2016). Les aspects relatifs aux accords multijuridictionnel sont examinés plus en détail dans les chapitres 1.4 et 6.2.

#### **4.4.2. Un accord hors procès permet à plusieurs pays ou territoires d'imposer des sanctions dissuasives et proportionnées**

Les grands accords multijuridictionnels sont ceux qui ont permis à ce jour l'imposition conjointe des sanctions financières les plus élevées. Le tableau 2 montre que huit des dix plus importantes affaires de corruption transnationale ont impliqué la négociation coordonnée ou successive d'accords hors procès avec au moins deux Parties à la Convention. En outre, l'accord obtenu entre plusieurs juridictions dans l'*affaire Odebrecht* a abouti aux sanctions financières les plus lourdes imposées à une seule entreprise. Aux

<sup>226</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues. Voir également « Italy court upholds Saipem fine and seizure order in Nigeria case », *Reuters*, 19 février 2015.

<sup>227</sup> Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues. Voir également : UK SFO, [Case information](#), Smith and Ouzman Ltd.

<sup>228</sup> Voir paragraphes 43 à 58 de la décision préliminaire du tribunal.

termes de l'accord conclu dans chaque pays, le **Brésil** a reçu 80 % du montant total de l'amende (2.8 milliards USD), tandis que les **États-Unis** et la **Suisse** ont reçu chacun 10 %.

**Tableau 2. Les dix actions les plus importantes engagées contre la corruption d'agents publics étrangers dans les Parties à la Convention**

Entreprise	Pays	Total des sanctions	Année d'imposition
Odebrecht/Brascom	Brésil, États-Unis, Suisse,	3.5 milliards USD	2016
Siemens	Allemagne, États-Unis	1.6 milliard USD	2008
Telia Company AB	États-Unis, Pays-Bas, Suède	965 millions USD	2017
VimpelCom	États-Unis, Pays-Bas	835 millions USD	2016
Rolls-Royce	Brésil, États-Unis, Royaume-Uni	800 millions USD	2017
Alstom	États-Unis	772 millions USD	2014
Société Générale	États-Unis, France	585 millions USD	2018
KBR/Halliburton	États-Unis	579 millions USD	2009
Teva Pharmaceutical	États-Unis, Israël	541 millions USD	2016, 2018
Keppel Offshore & Marine Ltd	Brésil, États-Unis, Singapour	422 millions USD	2017

*Note* : Ce tableau énumère les dix plus importantes actions répressives engagées par les Parties à la Convention à l'encontre d'entités juridiques dans des affaires de corruption transnationale jusqu'en juin 2018. Ces procédures ont abouti à l'imposition de sanctions pour violation de la législation anti-corruption (et d'autres infractions connexes) à au moins une entreprise défenderesse dans au moins une juridiction. Les *affaires Siemens* et *Alstom*, par exemple, sont incluses parce que leurs filiales ont été accusées de violation des dispositions anti-corruption du FCPA dans des procédures coordonnées. En revanche, lorsqu'une procédure visant une entreprise (et ses filiales) a été résolue uniquement sur la base d'une accusation de faux en écriture comptable ou autres, elle n'est pas incluse.

Le total des sanctions dans chaque affaire englobe, le cas échéant, l'ensemble des sanctions pénales et non pénales (y compris les mesures de confiscation) imposées à l'issue des actions répressives engagées parallèlement ou successivement contre des entités apparentées (par exemple les filiales d'une entreprise) en relation avec un système particulier de corruption. Les sanctions pécuniaires imposées dans les procédures connexes engagées à l'encontre de personnes physiques ne sont pas prises en compte.

#### 4.4.3. Efficacité et caractère dissuasif des sanctions en pratique

Pour déterminer si les différents modes de résolution des affaires de corruption transnationale ont un impact sur le niveau des sanctions pécuniaires qui sont imposées, trois échantillons d'accords ont été sélectionnés parmi les affaires de corruption transnationale ayant abouti à des sanctions entre l'entrée en vigueur de la Convention en février 1999 et la date butoir de l'Étude, le 30 juin 2018.

Ces accords, tirés de la base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale conclues, ont été retenus parce qu'ils comprenaient des informations sur le montant des sanctions pécuniaires (définies comme incluant les amendes et les mesures de confiscation, ainsi que les obligations de dédommagement ou de remboursement des frais de poursuite), ainsi que sur l'une des variables suivantes : le montant des pots-de-vin, le montant des produits bruts illicites obtenus en conséquence et le montant des profits nets correspondants. Un accord peut être inclus dans plus d'un échantillon s'il répond aux critères pertinents :

- **Échantillon n° 1 (Montant des pots-de-vin)** : le premier échantillon comprenait 501 accords comprenant des informations à la fois sur le montant des pots-de-vin et sur celui des sanctions pécuniaires. 232 de ces accords concernaient des personnes morales et 269 des personnes physiques. Pour éviter le double comptage des pots-de-vin dans les affaires impliquant plusieurs participants, le montant total des pots-de-vin a été réparti également entre les participants<sup>229</sup>.
- **Échantillon n° 2 (Produits bruts de la corruption)** : le deuxième échantillon comprenait 233 accords dans lesquels le montant des produits bruts illicites obtenus grâce à la corruption était connu (par exemple, la valeur du contrat obtenu au moyen d'un pot-de-vin), en sus du montant des sanctions pécuniaires. 116 de ces accords concernaient des personnes morales et 117 des personnes physiques. La même méthode que précédemment a été appliquée pour répartir les produits bruts de la corruption entre les participants.
- **Échantillon n° 3 (Produits nets de la corruption)** : le troisième échantillon comprenait 181 accords – dont 115 concernant des personnes morales et 66 des personnes physiques – incluant à la fois des informations sur les produits nets de la corruption et sur le montant des sanctions pécuniaires.

<sup>229</sup> Lorsque des personnes morales et des personnes physiques ont été sanctionnées dans la même affaire, le montant total des pots-de-vin a été réparti également entre toutes les personnes morales impliquées, puis de nouveau entre toutes les personnes physiques impliquées. Les statistiques concernant les personnes morales ne peuvent donc être comparées directement aux données concernant les personnes physiques, et inversement.

On notera, à titre préliminaire, qu'il existe d'importants écarts entre les États Parties poursuivants tant du point de vue du nombre des actions répressives engagées à l'encontre de personnes physiques ou morales que de la fréquence du recours à un procès ou à un accord hors procès pour chacun des types d'auteur présumé de l'infraction. En outre, le degré de transparence des Parties au sujet des affaires de corruption transnationale résolues est également variable. Alors que certaines d'entre elles publient des communiqués de presse ou même le contenu de l'accord correspondant, d'autres s'en abstiennent tout à fait. Ces différences de pratique ont évidemment des incidences sur le niveau d'information existant au sujet de tel ou tel accord, et cela a pesé indirectement sur la composition des échantillons. Ceux-ci n'étant pas nécessairement représentatifs de la gamme complète des affaires de corruption transnationale conclues, l'analyse qui suit se contente d'indiquer provisoirement s'il existe des différences entre les groupes d'accords par procès et hors procès de chacun des échantillons. Le tableau 3 montre le rapport entre le total des sanctions pécuniaires et la variable pertinente de chaque échantillon, sur la base d'une moyenne pondérée, afin de tenir compte des différences d'intensité de l'action répressive dans chaque pays. Les valeurs de plus de 100 % indiquent que le total des sanctions pécuniaires excède le montant de la variable dans un échantillon.

**Tableau 3. Ratio du total des sanctions pécuniaires par rapport aux variables des affaires de corruption dans trois échantillons d'accords**

Pot-de-vin	Ratio moyen pondéré pour chaque échantillon ( <i>taille de l'échantillon</i> )			
	Ensemble de l'échantillon	Procès	Hors procès	Accords hors procès non pris en compte
Personnes morales	157 % (232)	133 % (18)	163 % (211)	39 % (3)
Personnes physiques	26 % (269)	15 % (113)	38 % (154)	0 % (2)
Toutes personnes	87 % (501)	31 % (131)	110 % (365)	24 % (5)
<b>Produits bruts</b>				
Personnes morales	15 % (116)	21 % (9)	14 % (106)	9 % (1)
Personnes physiques	0 % (117)	0 % (32)	0 % (84)	0 % (1)
Toutes personnes	7 % (233)	4 % (41)	8 % (190)	4 % (2)
<b>Produits nets</b>				
Personnes morales	57 % (115)	336 % (3)	45 % (110)	49 % (2)
Personnes physiques	2 % (66)	6 % (12)	3 % (54)	S/O (0)
Toutes personnes	40 % (181)	81 % (15)	33 % (164)	49 % (2)

*Note* : Total des sanctions pécuniaires par rapport aux variables des affaires de corruption (moyenne pondérée). Les valeurs de plus de 100 % indiquent que le taux des sanctions dans l'échantillon est supérieur à la variable.

*Source* : Base de données de l'OCDE des affaires de corruption transnationale résolues.

### *Personnes morales*

L'analyse montre que, pour toutes les méthodes d'accords, le total des sanctions pécuniaires est supérieur aux pots-de-vin, puisqu'il représente en gros 157 % de leur montant, contre 15 % des produits bruts et 57 % des profits tirés de la corruption (voir tableau 3). Dans l'échantillon des pots-de-vin, le ratio des sanctions pécuniaires obtenu dans le cas des accords hors procès pris en compte dans l'Étude est supérieur à celui observé pour les procédures avec procès (163 % contre 133 %) ; dans les deux autres échantillons, cependant, la situation se renverse (14 % contre 21 % dans l'échantillon des produits bruts et 45 % contre 336 % dans l'échantillon des profits). La forte différence entre les procédures avec procès et les accords hors procès dans l'échantillon des profits tient sans doute à la taille réduite de l'échantillon : des informations sur les profits de la corruption n'étaient disponibles que pour 3 seulement des 27 procédures impliquant la condamnation d'une personne morale au terme d'un procès. En comparaison, le ratio des sanctions pécuniaires pour les accords hors procès pris en compte dans l'Étude est supérieur à celui obtenu pour les accords hors procès non pris en compte dans tous les échantillons, à l'exception du troisième établi sur la base des profits de la corruption. En général, cela suggère que les accords hors procès, au moins pour les personnes morales, peuvent varier considérablement des procès, mais rien n'indique que les procès ou les accords hors procès conduisent nécessairement à des sanctions plus élevées.

### *Personnes physiques*

L'analyse des sanctions pécuniaires et des mesures de confiscation imposées à des personnes physiques n'est pas aussi simple que pour les personnes morales, et ceci pour plusieurs raisons. Tout d'abord, les personnes physiques, contrairement aux personnes morales, peuvent aussi se voir imposer une peine d'emprisonnement. Même lorsque cette peine s'accompagne d'une amende, il est possible que le montant de la sanction pécuniaire soit influencé par la peine d'emprisonnement. D'autre part, les personnes physiques ne peuvent faire l'objet de sanctions pécuniaires ou de mesures de confiscation importantes, soit parce que leurs ressources sont limitées, soit parce qu'elles n'ont pas personnellement tiré profit d'actes de corruption effectués pour le compte de leur employeur. Comme le montre le tableau 3, le ratio des sanctions pécuniaires imposées à des personnes physiques pour chaque variable est nettement inférieur à celui correspondant aux personnes morales du même échantillon. Et, si l'on compare les différentes méthodes de résolution des affaires, il apparaît que les sanctions pécuniaires représentent un pourcentage plus élevé de la variable de référence aussi bien dans l'échantillon des pots-de-vin que dans celui des produits bruts, mais non dans l'échantillon des produits nets. Les différences entre procédures avec procès et accords hors procès ne sont pas aussi marquées que dans les cas des personnes morales, ce qui reflète peut-être la part plus grande des accords concernant des personnes physiques dans ces deux sous-ensembles. Dans l'échantillon des pots-de-vin, le ratio du sous-ensemble des accords hors procès pris en compte dans l'Étude est plus élevé que celui du sous-ensemble des accords hors procès non pris en compte (38 % contre 0 %). Ce ratio est en revanche identique ou bien impossible à comparer dans les deux autres échantillons établis sur la base des produits bruts et des profits nets.

Étant donné la disparité des résultats obtenus pour chaque échantillon, il n'est pas possible de conclure que les sanctions pécuniaires ou d'autres mesures financières imposées dans le cadre des accords hors procès sont intrinsèquement moins dissuasives que celles qui résultent d'un procès. D'un côté, en effet, la base de données de l'OCDE sur les affaires de corruption transnationale indique que le niveau moyen des sanctions pécuniaires dans les accords hors procès est supérieur à celui des sanctions pécuniaires imposées au terme d'un

procès dans toutes les Parties qui ont sanctionné des personnes morales et des personnes physiques au moyen des deux types de résolutions<sup>230</sup>. D'un autre côté, il est impossible de savoir à quelles sanctions auraient abouti les affaires ayant effectivement été résolues au moyen d'un accord hors procès si elles avaient fait l'objet d'un procès (en supposant qu'elles aient abouti à une condamnation), compte tenu des diverses circonstances atténuantes et aggravantes qui auraient pu être prise en compte. Enfin, on peut difficilement affirmer qu'une entreprise, même s'il s'agit d'une grande entreprise internationale, ne sera pas affectée par des sanctions de la taille et de l'amplitude de celles qui ont été imposées dans nombre d'affaires résolues au moyen d'un accord. De grandes entreprises multinationales comme Rolls-Royce et Odebrecht, par exemple, ont dû étaler sur plusieurs années le paiement des sommes à verser aux autorités du **Royaume-Uni** et du **Brésil** afin d'assurer la continuité de leurs activités.

Sur le fond, en outre, la question de l'efficacité, de la proportionnalité et du caractère dissuasif des sanctions doit être envisagée holistiquement – et non uniquement sur la base d'accords individuels – en prenant en compte l'ensemble des efforts engagés pour combattre et sanctionner les pratiques de corruption transnationale. En effet, en l'absence de solides incitations financières au signalement spontané qui ont été mises en place dans nombre de juridictions où un accord hors procès est possible, il est probable que certaines affaires de corruption transnationale n'auraient pas été détectées, et encore moins poursuivies<sup>231</sup>. Le coût financier de la poursuite des affaires devant les tribunaux, en particulier les affaires de grande ampleur, n'est pas non plus un facteur négligeable<sup>232</sup>. D'une manière générale, l'équilibre approprié doit être trouvé afin de garantir que les affaires de corruption transnationale soient effectivement détectées et poursuivies en créant des incitations au signalement spontané et à la coopération, tout en veillant à ce que les sanctions imposées à des individus et à des entreprises conservent un effet global et spécifique de dissuasion satisfaisant.

#### 4.5. Autres conditions associées aux mécanismes d'accords

##### 4.5.1. Exclusion des marchés publics

Un accord relevant de la corruption transnationale prévoit dans certains cas l'exclusion de l'entreprise fautive des marchés publics au moyen d'une mesure de suspension ou d'interdiction. Même lorsqu'elle ne figure pas explicitement dans un accord, l'exclusion est parfois un effet secondaire de cet accord. D'une manière ou d'une autre, l'exclusion semble être une conséquence possible d'au moins 31 % (16 sur 52) des accords applicables aux personnes morales et 22 % (12 sur 55) des accords applicables aux personnes physiques. Comme elle requiert fréquemment une condamnation préalable, elle constitue généralement un effet secondaire des accords qui aboutissent à une condamnation. En **Norvège**, l'*ordonnance de pénalité optionnelle* équivaut à une condamnation<sup>233</sup> ; elle

<sup>230</sup> Pour les personnes morales, ces Parties sont l'**Allemagne**, la **France**, l'**Italie** et le **Royaume-Uni**. Pour les personnes physiques, ces Parties sont l'**Allemagne**, les **États-Unis**, la **France**, la **Norvège**, le **Royaume-Uni** et la **Suède**.

<sup>231</sup> [La détection de la corruption transnationale \(OCDE, 2017\)](#) indique que 23 % des actes de corruption d'agents publics étrangers ont été détectés par le biais de signalements spontanés.

<sup>232</sup> Voir, par exemple, *UK SFO v. Rolls-Royce* (janvier 2017), par. 58.

<sup>233</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, par. 83.



entraîne donc obligatoirement l'exclusion des marchés publics<sup>234</sup>. Inversement, avec les accords permettant l'abandon ou la suspension des poursuites, le contrevenant évite une condamnation et, dans bien des cas, l'exclusion des marchés publics. Tel est le cas de la *CJIP* en **France** et du *classement conditionnel des poursuites* aux **Pays-Bas**.

Cette règle, cependant, n'est pas absolue et les entreprises fautives ayant échappé à une condamnation peuvent faire dans certains cas l'objet d'une mesure de suspension ou d'exclusion des marchés publics. Aux **États-Unis**, le *guide d'application du FCPA* indique que la décision d'exclusion « n'est pas prise par les procureurs du ministère de la Justice ou le personnel de la SEC, mais par les autorités d'exclusion indépendantes de chaque administration publique ». En outre, « bien qu'une reconnaissance de culpabilité, un *ASP* ou un *AAP* n'entraîne pas obligatoirement l'exclusion des marchés publics fédéraux, la commission d'un délit fédéral et les faits reconnus dans le cadre de la procédure d'un accord sont des éléments à prendre en compte par les autorités d'exclusion indépendantes. De plus, une inculpation peut suffire à entraîner la suspension du droit d'entreprendre des affaires avec le gouvernement fédéral »<sup>235</sup>.

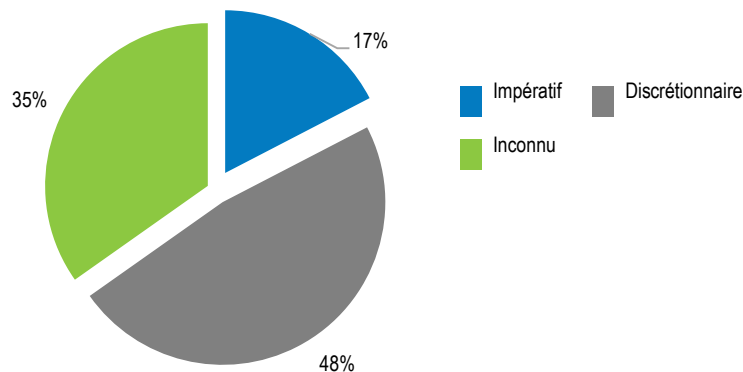
Comme le montre le graphique 41, parmi les 16 accords applicables aux personnes morales pouvant donner lieu à une exclusion des marchés publics, cette mesure présente un caractère impératif dans 17 % de ces accords mais discrétionnaire seulement dans 48 % d'entre eux. Cela montre que, d'une manière générale, l'exclusion automatique est assez rare. Elle s'impose par exemple au **Royaume-Uni** dans le cas des défendeurs condamnés pour corruption aux termes des articles 1 et 6 de la Loi sur la corruption suite à une transaction pénale<sup>236</sup>.

<sup>234</sup> Le Rapport de Phase 4 sur la Norvège (par. 177) indique que la *Directive de l'UE sur la passation des marchés publics* (Directive 2014/14/UE) a été transposée dans le droit interne en 2017 : « Le droit norvégien prévoit depuis l'exclusion obligatoire des opérateurs économiques de toute participation à des marchés publics si l'autorité adjudicatrice a établi que le soumissionnaire a fait l'objet d'une condamnation pour corruption en vertu d'une décision judiciaire définitive ou d'un avis de sanction ».

<sup>235</sup> FCPA Guide, A Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, p. 70.

<sup>236</sup> Le Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni indique (par. 207) : « Une autorité britannique chargée de la passation de marchés publics doit exclure de façon permanente un "opérateur économique" des marchés publics si l'autorité sait que l'opérateur économique en question (ou ses administrateurs ou représentants) ont été condamnés à des infractions liées à des faits de corruption, une fraude ou une opération de blanchiment de capitaux (*Regulation 23 of the Public Contracts Regulations* [Règlement 23 de la réglementation des marchés publics, 2006] et *Regulation 26 of the Utilities Contracts Regulations* [Règlement 26 de la réglementation des marchés adjugés aux sociétés de services aux collectivités, 2006]). (...) L'exclusion automatique s'applique aux entreprises condamnées pour corruption aux termes des articles 1 et 6 de la Loi sur la corruption, mais pas à celles qui concluent des règlements amiables avec le SFO ».

**Graphique 41. L'exclusion des marchés publics est elle un élément impératif ou discrétionnaire des accords applicables aux personnes morales ?**



Source : Réponses du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 40 et 42.

La durée de la période d'exclusion varie selon les mécanismes. Elle est au maximum de 2 ans dans la *procédure accélérée* du **Chili** et au maximum de 15 ans dans la *conformidad española*. Elle peut également varier fortement dans un même mécanisme. Dans l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction* de la **République tchèque**, par exemple, la période d'exclusion peut durer de 1 à 20 ans.

Enfin, dans certains pays, la personne frappée d'exclusion a la possibilité de contester cette mesure. En **Norvège**, par exemple, l'exclusion impérative peut être annulée par l'autorité adjudicatrice si la personne exclue prend des dispositions adéquates pour se « réhabiliter », notamment en introduisant des mesures correctives au sein de l'entreprise et en coopérant avec les autorités<sup>237</sup>. Aux **États-Unis**, « lorsqu'un motif d'exclusion existe, le contractant doit démontrer de façon convaincante à l'autorité d'exclusion sa fiabilité actuelle et la non-nécessité d'une exclusion »<sup>238</sup>. L'effet dissuasif de l'exclusion des marchés publics est examiné davantage dans le chapitre 4.6.1.

#### 4.5.2. Mise en place et contrôle d'un programme d'éthique et de conformité

L'existence de contrôles internes et l'application effective d'un programme d'éthique et de conformité dans une entreprise sont généralement considérées comme des facteurs de réduction des risques de corruption transnationale. Un certain nombre d'accords permettent aux procureurs ou aux tribunaux d'imposer certaines conditions telles que la mise en place d'un nouveau programme de conformité ou le renforcement d'un programme existant. Parmi les 52 accords pris en compte dans l'étude, 28 (54 %) prévoient l'insertion de cette condition et 21 (40 %) envisagent la désignation d'un contrôleur de conformité. Les modalités de désignation sont examinées plus en détail dans le chapitre 4.7.

L'inclusion de ce type de programme parmi les conditions d'un accord pénal date de 1991 aux **États-Unis**, lorsque le US Sentencing Council a publié un manuel au sujet des Lignes

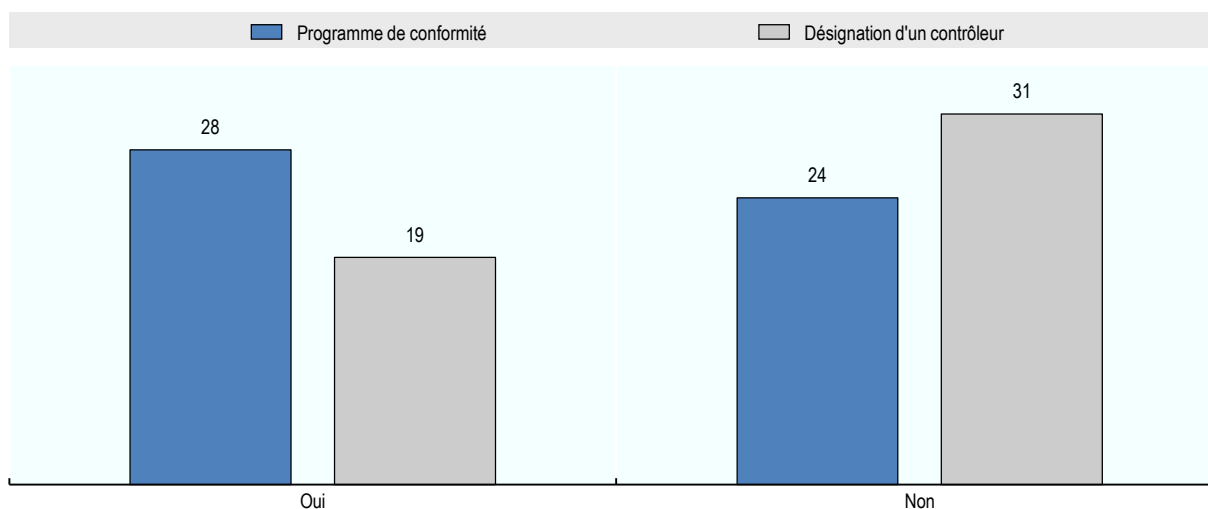
<sup>237</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège (par. 177).

<sup>238</sup> FCPA Guide, A resource guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act by the Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, p. 70.

directrices sur la détermination de la peine, actualisé une dernière fois en 2012<sup>239</sup>. Lors d'une intervention devant le Groupe de travail en 2014, Leslie Caldwell, alors Procureur général adjoint, a expliqué que la possibilité d'imposer un tel programme constitue un avantage clé des procédures de d'accord, car les procureurs peuvent ainsi « imposer des réformes, des contrôles de conformité et divers types de changements comportementaux qu'un tribunal ne serait jamais en mesure d'imposer suite à une condamnation dans un procès ». D'autres juridictions, comme **Israël**, imposent également des programmes de conformité dans leurs accords. Au **Royaume-Uni**, un ASP peut exiger la mise en œuvre ou l'amélioration d'un programme de conformité dans une entreprise<sup>240</sup>. Un tribunal ne dispose pas de ce pouvoir lors de la détermination de la peine après condamnation dans un procès ou en cas de reconnaissance de culpabilité. Dans l'*affaire Rolls-Royce*, nonobstant les mesures « réellement significatives » prises par l'entreprise, en particulier le recrutement d'un personnel de contrôle expérimenté et la nomination d'un spécialiste de la conformité indépendant quatre ans avant l'ASP (qui était toujours en fonction au moment de l'ASP), le tribunal a exigé que Rolls-Royce « poursuive le réexamen de ses politiques et procédures internes de lutte contre la corruption »<sup>241</sup>. Dans l'*affaire Nikuv* en **Israël**, outre les sanctions financières, Nikuv a dû revoir ses mesures de conformité internes afin de prévenir de nouvelles affaires de corruption dans le futur.

En pratique, sur les 14 affaires examinées dans cette Étude, seule l'*affaire Agusta Westland (Italie)* ne comporte aucune condition concernant l'amélioration du programme de conformité de l'entreprise, celle-ci ayant pu montrer qu'elle avait adopté et mis en œuvre des dispositions organisationnelles adéquates avant la conclusion du *patteggiamento*.

**Graphique 42. Mesures de conformité prévues dans les accords**



Source: Réponses du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 40 et 42.

<sup>239</sup> [www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2012-federal-sentencing-guidelines-manual](http://www.ussc.gov/guidelines/guidelines-archive/2012-federal-sentencing-guidelines-manual)

<sup>240</sup> *Crime and Courts Act 2013*, chapitre 17, paragraphe 5(3)(e).

<sup>241</sup> *UK SFO v. Rolls-Royce PLC*, paragraphe 130 du jugement, [www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf](http://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2017/01/sfo-v-rolls-royce.pdf).

### 4.5.3. *Prise en charge des frais d'enquête et de poursuite*

L'obligation de prendre en charge le coût de l'enquête et des poursuites est une condition qui figure beaucoup moins fréquemment dans les accords. Toutefois, à ce jour, la prise en charge de certains coûts a été imposée au moins au **Royaume-Uni**. Dans ce pays, cette mesure peut être imposée après la condamnation du défendeur au cours d'un procès ou suite à une reconnaissance de culpabilité<sup>242</sup>. Le tribunal peut ordonner au défendeur de payer les coûts qu'il estime « justes et raisonnables ». Et, lorsque le défendeur en a les moyens, le tribunal doit ordonner les dépens<sup>243</sup>. La Crown Court dispose également de ce pouvoir lors de l'imposition d'un *ASP*<sup>244</sup>.

On notera que les coûts imposés dans le cadre d'un *ASP* sont en pratique bien plus élevés que les dépens ordonnés après condamnation au terme d'un procès. Dans l'*affaire Rolls-Royce* et l'*affaire Standard Bank*, l'ensemble des coûts d'enquête et de poursuites du SFO ont été imputés aux entreprises, à savoir 13 millions GBP (14.4 millions EUR) pour *Rolls-Royce* et 330 000 GBP (365 000 EUR) pour *Standard Bank*. Dans l'*affaire Smith and Ouzman* qui a donné lieu à un procès, la contribution exigée de l'entreprise s'est élevée à seulement 25 000 GBP (27 750 EUR), mais des dépens d'un montant de 75 000 GBP (83 000 EUR) ont été ordonnés à chacun des défendeurs condamnés.

### 4.5.4. *Dédommagement des victimes*

Le dédommagement des victimes dans le cadre des accords hors procès est considéré comme une bonne pratique par la société civile. Dans une lettre adressée en 2016 au Groupe de travail, Corruption Watch, Global Witness, Transparency International et la Coalition pour la CNUCC déclaraient que « le dédommagement des victimes pour l'ensemble du préjudice subi à cause de la corruption doit constituer un élément à part entière de toute procédure de résolution »<sup>245</sup>.

Comme on l'a vu dans le chapitre 4.1 sur les conditions essentielles d'un accord, dans une affaire de corruption transnationale, les concurrents mis à part, il est souvent difficile de déterminer qui sont les victimes et, bien qu'il ne s'agisse pas d'un crime sans victimes, leur identification dépend étroitement des faits dans chaque cas. La complexité s'étend aussi à la forme que doit prendre le dédommagement, compte tenu en particulier de la nécessité d'assurer que l'argent, s'il est envoyé dans le pays où a été versé le pot-de-vin, ne risque pas d'être de nouveau absorbé par la corruption.

Le dédommagement direct des victimes est possible dans 36 des 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales et dans 42 des 55 mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques (69 %), comme le montrent les graphiques 31 et 32 (voir le chapitre 4.1). Seuls 9 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales (17 %) et 7 des 55 mécanismes d'accords applicables aux personnes physiques (13 %) prévoient la possibilité de dédommager une ONG ou une association caritative nationale. Le versement d'argent à une ONG ou une association caritative étrangère est prévu dans quatre

<sup>242</sup> Ce pouvoir incombe au tribunal saisi. Le pouvoir pertinent de la Crown Court, qui traite toutes les affaires de corruption transnationale en première instance, découle de l'article 18 du *Prosecution of Offences Act 1985*.

<sup>243</sup> Practice Direction (Costs in criminal proceedings) [2013] EWCA Crim 1632.

<sup>244</sup> *Crime and Courts Act 2013*, chapitre 17, paragraphe 5(3)(g).

<sup>245</sup> On trouvera un article à ce sujet à l'adresse suivante : [www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html](http://www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html).

mécansimes d'accords applicables aux personnes morales et deux applicables aux personnes physiques.

Dans la pratique, le versement d'argent à une association caritative nationale est parfois imposé, par exemple en **Allemagne** dans le cadre d'accords avec des particuliers, à la place du paiement d'une certaine somme au Trésor public<sup>246</sup>. Ce type de mesure, cependant, ne répond pas à l'appel de la société civile exigeant que les accords « prévoient, lorsque cela est possible, le dédommagement de ceux qui ont subi un préjudice du fait de l'infraction, y compris les victimes dans d'autres pays »<sup>247</sup>.

L'*affaire Standard Bank*, le premier *ASP* conclu au **Royaume-Uni**, en offre un exemple. Dans le cadre de cet accord, des dédommagements et intérêts ont été versés à l'État tanzanien pour la perte totale subie en raison de la corruption. Suite à cette affaire, le Royaume-Uni a adopté des principes généraux relatifs au dédommagement des gouvernements ou pays victimes dans la résolution des affaires de corruption transnationale. Ces principes généraux sont décrits dans l'encadré 4.

Dans le prolongement de cette initiative du **Royaume-Uni**, lors du Sommet anti-corruption qui s'est tenu à Londres en mai 2016, 9 pays se sont notamment engagés à élaborer des principes communs sur le dédommagement des pays affectés par la corruption transnationale<sup>248</sup>. Le communiqué publié à l'occasion du sommet réitère le point de vue officiel du Royaume-Uni qui estime que le dédommagement est « une méthode utile de soutenir ceux qui ont été lésés par la corruption »<sup>249</sup>.

Dans les accords hors procès, les conditions et modalités de dédommagement des victimes peuvent aussi faire l'objet d'un accord hors procès négocié séparément dans le pays où ont été versés les pots-de-vin (c'est-à-dire le pays considéré comme la victime des actes de corruption). Lorsque tel est le cas, l'entreprise prévenue doit s'engager à parvenir dans un délai spécifié à un accord avec le pays victime. C'est l'option qu'a suivi le **Brésil** dans l'*affaire Odebrecht*. En juillet 2018, Odebrecht a également signé un accord de clémence avec le CGU et l'AGU du Brésil au sujet de certains faits couverts par l'accord de 2016, qui portaient en particulier sur des aspects fédéraux. Ce deuxième accord prévoit l'obligation pour l'entreprise de négocier des accords avec les pays victimes avant l'expiration d'un délai de trois ans, qui pourra être renouvelé une fois si l'entreprise peut montrer qu'elle s'efforce effectivement de parvenir à un règlement avec ces pays. Si elle échoue à négocier ces accords dans le délai prévu, l'accord de 2018 sera amendé de manière à accroître les sanctions pécuniaires en incluant le dédommagement des victimes.

Une autre forme de dédommagement des victimes est apparue dans certaines affaires récentes de corruption transnationale où des dommages et intérêts, ainsi que la restitution des profits ont été versés à une entreprise d'État considérée comme la victime d'actes de corruption du côté du bénéficiaire. Dans trois grandes affaires de corruption transnationale

<sup>246</sup> Voir, par exemple, l'affaire Bav 2011/1 (Siemens) où, aux termes d'une *transaction pénale*, une personne physique a été reconnue coupable et condamnée à une peine de prison avec sursis, sous réserve du versement de 130 000 EUR à divers organismes de bienfaisance.

<sup>247</sup> Transparency International, (2015) Policy Brief, "*Can Justice Be Achieved Through Settlements?*".

<sup>248</sup> Afghanistan, Australie, Indonésie, Italie, Jordanie, Mexique, Nigeria, Royaume-Uni et Suisse ; voir les déclarations des pays lors du Sommet anti-corruption de Londres : [www.gov.uk/government/publications/anti-corruptionsummit-country-statements](http://www.gov.uk/government/publications/anti-corruptionsummit-country-statements).

<sup>249</sup> Sommet anti-corruption de Londres, 12 mai 2016, Communiqué, par. 21., [www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment\\_data/file/522791/FINAL\\_AC\\_Summit\\_Communique\\_May\\_2016.pdf](http://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/522791/FINAL_AC_Summit_Communique_May_2016.pdf).

décrites dans l'encadré 5, l'entreprise d'État brésilienne Petrobras s'est vue accorder des dédommagements de ce type. Toutefois, précédemment, dans au moins un pays, la demande de dédommagement d'une entreprise d'État en tant que victime alléguée de la corruption avait été rejetée. Dans l'*affaire Alcatel* aux **États-Unis**, une entreprise d'État costaricaine avait contesté les accords hors procès que proposait le ministère de la Justice américain à Alcatel et à ses filiales. Ces accords prévoyaient en effet le versement par Alcatel et ses filiales d'amendes d'un montant total de 92 millions USD, mais aucun dédommagement de l'entreprise d'État costaricaine pour le préjudice qu'elle alléguait avoir subi à cause des contrats obtenus par la corruption. Les tribunaux américains ont statué ultimement que l'entreprise d'État costaricaine était en fait, non pas victime, mais complice de la violation du FCPA, compte tenu des « pratiques illégales généralisées, constantes et systématiques » de son conseil d'administration et de ses dirigeants<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Voir Communiqué de presse du Ministère de la Justice des États-Unis, « Alcatel-Lucent S.A. and three subsidiaries agree to pay \$92 million to resolve Foreign Corrupt Practices Act investigation » (27 décembre 2010), [www.justice.gov/opa/pr/alcatel-lucent-sa-and-three-subsidiaries-agree-pay-92-million-resolve-foreign-corrupt](http://www.justice.gov/opa/pr/alcatel-lucent-sa-and-three-subsidiaries-agree-pay-92-million-resolve-foreign-corrupt). Voir aussi : In re *Instituto Costarricense de Electricidad*, 11-12708 (11<sup>ème</sup> circuit, 17 juin 2011), [www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/08/28/2011-06-17-Mandamus-Order.pdf](http://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2012/08/28/2011-06-17-Mandamus-Order.pdf).

**Encadré 15. Dédommagement des administrations publiques ou pays victimes dans le cadre des mécanismes de résolution des affaires de corruption transnationale au Royaume-Uni**

Suite au règlement de l'*affaire Standard Bank* au moyen d'un *ASP* en novembre 2015, le SFO, le Service des poursuites de la couronne (CPS) et l'Agence nationale de lutte contre la criminalité (NCA) ont adopté des principes généraux relatifs au dédommagement des gouvernements ou pays victimes dans la résolution des affaires de corruption transnationale. En vertu de ces principes, ces trois instances travaillent en coopération avec le ministère du Développement international (DfID), le ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth (FCO), le ministère de l'Intérieur et le Trésor public pour rechercher de possibles victimes à l'étranger, évaluer la pertinence d'un dédommagement, obtenir des preuves à l'appui des demandes à cet égard, s'assurer que la procédure de versement est « transparente, responsable et juste », et recenser les moyens de faire en sorte qu'un dédommagement permette de prévenir le risque tout autre actes de corruption.

Dans la pratique, au Royaume-Uni, au moment de l'évaluation de Phase 4 en 2016, des dédommagements avaient été versés à des pays ou gouvernements étrangers dans quatre affaires de corruption transnationale depuis la Phase 3 :

Smith & Ouzman – Le tribunal n'a pas ordonné de dédommagement mais le SFO a travaillé de concert avec le DfID et le FCO pour organiser le versement de 395 000 GBP à la Mauritanie et au Kenya par le biais du pouvoir exécutif. Pour la Mauritanie, où l'agent public en cause était demeuré en poste après la mise au jour des faits de corruption, le Royaume-Uni a effectué un paiement à la Banque mondiale au titre du financement de projets d'infrastructure dans le pays. Pour le Kenya, le Royaume-Uni a accepté que les fonds soient affectés à l'achat d'ambulances pour le pays.

Standard Bank – L'*ASP* approuvé par le tribunal prévoit un dédommagement direct de 7 millions USD au bénéfice du gouvernement de la Tanzanie. Ce montant englobe le total des pot-de-vins en sus des intérêts. Le Royaume-Uni a expliqué que, comme l'avantage obtenu par l'entreprise avait été partagé entre une société britannique et une société tanzanienne, la Tanzanie était susceptible d'être compétente dans cette affaire. Le Royaume-Uni a convenu avec la Tanzanie que le SFO dirigerait l'affaire, étant entendu qu'il pourrait punir le comportement et obtenir un dédommagement. Pour la remise du paiement à la Tanzanie, le SFO a bénéficié du concours du FCO et du DfID, qui ont travaillé en collaboration avec le ministère des Finances de la Tanzanie.

Oxford Publishing Limited – En plus de se conformer à l'*ordonnance de consentement* civil de 1.9 million GBP, OPL a offert de son propre chef de verser une contribution de 2 millions GBP à des organismes à but non lucratif œuvrant à la formation des enseignants et dans d'autres domaines de l'éducation en Afrique sub-saharienne. Le SFO a approuvé et salué cette initiative devant bénéficier aux habitants de la région concernée mais a décidé qu'elle ne pouvait pas faire partie des conditions de l'*ordonnance* du tribunal, au motif qu'il n'appartient pas à une instance comme le SFO de jouer un rôle dans ce type de paiements volontaires.

Un dédommagement a été payé dans une quatrième affaire à laquelle s'appliquent des restrictions relatives à la communication d'informations.

*Source* : Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni (2016).



### Encadré 16. Dédommagement d'une entreprise d'État : l'exemple de Petrobras

L'entreprise d'État Petrobras du **Brésil** a été mêlée à l'un des plus grands mécanismes de corruption ayant fait l'objet d'enquêtes et de poursuites à l'intérieur des Parties à la Convention. Ce mécanisme portait sur des pratiques de corruption impliquant des entreprises et des agents publics du Brésil et d'autres pays, dont certaines Parties à la Convention. L'enquête menée par les autorités brésiliennes dans cette affaire sous le nom de *Car Wash* a donné lieu par conséquent à un certain nombre d'actions répressives distinctes et coordonnées visant la corruption transnationale, notamment les suivantes dans le cadre desquelles le statut de victime de Petrobras a été reconnu :

#### *Affaire Rolls-Royce*

En 2017, Rolls-Royce a signé un *accord de clémence* au **Brésil** pour entente en vue de commettre des actes de corruption dans le pays, afin de clore la procédure civile ouverte par le ministère public fédéral (MPF), et accepté de payer 25.5 millions USD, dont une amende de 5.1 millions USD (20.7 millions BRL), aux autorités brésiliennes. Le montant complet a ultérieurement été versé à Petrobras à titre de dédommagement et de restitution des profits. Bien que Petrobras ne soit pas partie à l'accord de clémence, l'entreprise est considérée comme une victime du mécanisme de corruption en cause.

#### *Affaire SBM Offshore*

En 2018, SBM Offshore N.V. et SBM Holding Inc. S.A. ont signé un *accord de clémence* avec le Bureau du procureur général (AGU) et le ministère de la Transparence et Bureau du contrôleur général (CGU) du **Brésil** afin de résoudre les allégations de corruption des employés de l'entreprise d'État brésilienne Petrobras. SBM Offshore a accepté de payer en tout 327 millions USD, dont une amende civile de 71 millions USD et 256 millions USD en dédommagement du préjudice allégué dû aux actes de corruption. SBM a également été contrainte de verser à Petrobras 179 millions USD de dédommagements anticipés en relation avec certains contrats. Petrobras est partie à l'*accord de clémence* de 2018 et recevra la totalité de la somme que SBM Offshore s'est engagée à payer.

#### *Affaire Odebrecht*

En 2016, Odebrecht a accepté de payer une amende d'un montant global équivalent à 2.6 milliards USD minimum et 4.5 milliards USD maximum dans le cadre d'un accord coordonné avec le **Brésil**, les **États-Unis** et la **Suisse**. Les **États-Unis** et la **Suisse** recevront chacun 10 % du total de l'amende pénale et le **Brésil** percevra les 80 % restants. Odebrecht S.A. s'est aussi engagée à verser des dédommagements complets, qui représentent 97.5 % de la part de l'amende devant revenir au Brésil (l'amende civile représentait donc 2.5 % de la part de l'amende globale octroyée au Brésil). Aux termes de l'*accord de clémence*, cette mesure de réparation a été imposée « pour dédommager (...) les entités publiques, les organismes publics, les entreprises publiques, les fondations publiques et les sociétés à capital mixtes concernées par cet accord » (clause 7, par. 3). Le montant total des dédommagements à verser n'a pas encore été précisément établi mais Petrobras a reçu à ce jour 274 millions USD. D'après l'*accord de clémence* conclu entre le CGU-AGU et Odebrecht en 2018, plus de 1.05 milliard USD devront être remboursés à Petrobras et 767 millions USD au Trésor fédéral.

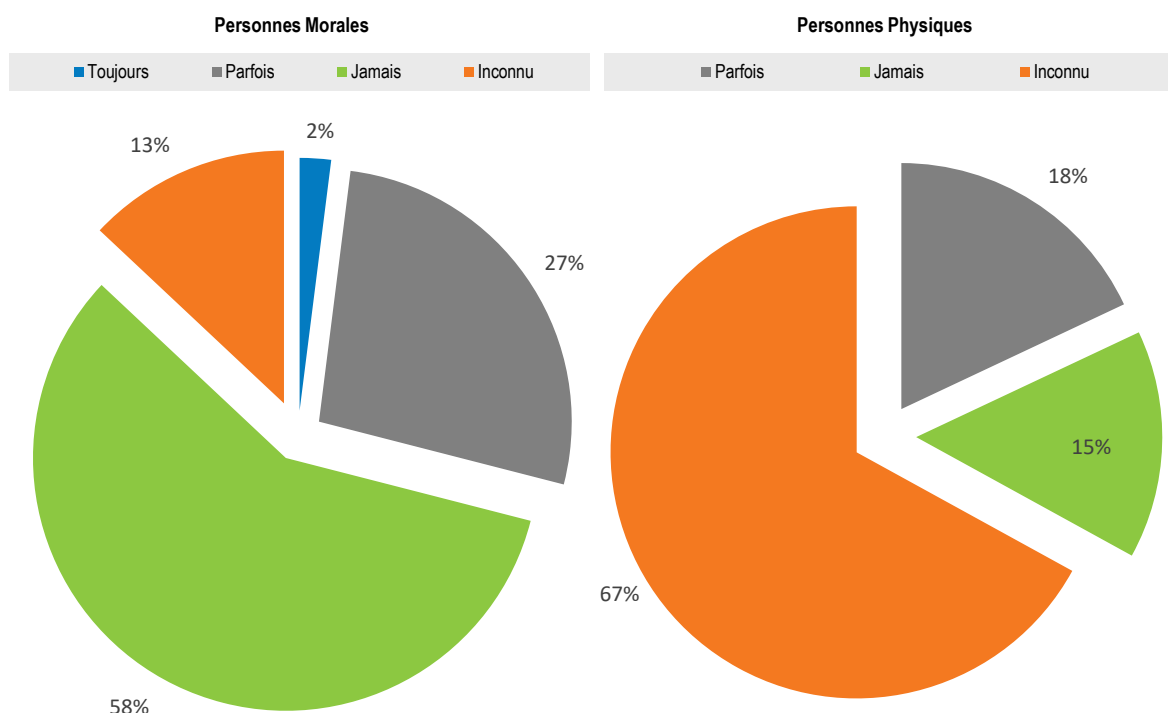


Source : Résumés des affaires, annexe B, et « [Petrobras recovers USD 274 million from corruption scandal](https://sg.news.yahoo.com/petrobras-recovers-274-million-corruption-scandal-145918662.html?guccounter=1) », *AFP News*, 9 août 2018, [sg.news.yahoo.com/petrobras-recovers-274-million-corruption-scandal-145918662.html?guccounter=1](https://sg.news.yahoo.com/petrobras-recovers-274-million-corruption-scandal-145918662.html?guccounter=1).

#### 4.5.5. *Clauses de secret ou de silence*

Deux types de clauses peuvent être inclus dans un accord à des fins de confidentialité. Les clauses de silence (*muzzle clauses*) visent à empêcher le défendeur de faire toute déclaration publique contredisant les éléments décrits dans l'énoncé des faits. Les clauses de secret peuvent être plus larges et couvrir d'autres aspects ou conditions de l'accord. Cependant, les clauses de secret ou de confidentialité peuvent être utilisées lorsqu'une enquête en cours sur des personnes liées à l'affaire ou la sécurité d'un témoin risquerait d'être compromise par la publication de l'accord. En pareil cas, les conditions de l'accord peuvent être soumises en totalité ou en partie à la confidentialité, généralement pendant une durée spécifiée. Une clause de secret peut s'appliquer soit au défendeur, soit à l'autorité avec laquelle est conclu l'accord, ou encore aux deux à la fois.

Un certain nombre de mécanismes d'accords prévoient l'insertion éventuelle d'une clause de secret ou de silence. Comme le montre le graphique 43, parmi les 52 mécanismes d'accords applicables aux personnes morales, 14 (27 %) peuvent inclure ce type de clause. Parmi les 55 procédures applicables aux personnes physiques, 10 (18 %) le peuvent. Une clause de silence est imposée dans 2 % des mécanismes d'accords applicables aux personnes morales, mais une telle clause n'est jamais automatique dans ceux applicables aux personnes physiques.

**Graphique 43. Possibilité d'inclure une clause de secret ou de silence dans les accords**

Source: Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 49 et 50.

Dans la pratique, aux **États-Unis**, la plupart des *APD* comprennent une clause de silence en vertu de laquelle l'entreprise ou ses représentants, et toute autre entité apparentée, s'engagent à s'abstenir de toute déclaration publique. D'autres pays commencent également à insérer une clause similaire dans leurs accords, comme l'a fait le **Royaume-Uni** par exemple dans l'*affaire Standard Bank*.

Au **Brésil**, l'*accord de clémence* négocié par le ministère public fédéral (MPF) dans l'*affaire Odebrecht* contenait une clause de confidentialité restreignant l'accès au contenu même de l'accord, ainsi qu'à ses annexes et à tous les documents ou déclarations obtenus dans le cadre de l'accord. Cette clause visait, selon les autorités brésiliennes, à protéger les enquêtes et poursuites initiées à l'encontre d'autres personnes physiques et morales<sup>251</sup>. Toutefois, une clause de ce type peut être annulée par un tribunal et n'empêche pas le ministère public de faire connaître l'existence de l'accord et le montant de l'amende. Elle restreint également la fourniture d'informations dans le cadre de l'entraide judiciaire, comme expliqué dans le chapitre 6.2. Les annexes de l'accord contenant la description des faits de l'affaire ont été maintenues confidentiels pendant une période de six mois à compter de la signature de l'accord. La durée d'application de cette clause de confidentialité a depuis été prolongée.

<sup>251</sup> Clause 11.

#### 4.6. Contrôles de conformité et autres formes de contrôle de l'application des conditions d'un accord

Dans certaines Parties à la Convention, les accords hors procès prévoient la possibilité d'imposer des mesures correctives pour empêcher que l'entreprise fautive ne commette de nouveau des actes répréhensibles à l'avenir, y compris en faisant appel à un acteur externe pour évaluer l'état du programme de conformité de l'entreprise et surveiller les efforts engagés en vue de son amélioration<sup>252</sup>.

Ce dernier type de mesure corrective, fréquemment appelé « contrôle de conformité », implique généralement la désignation d'un expert ou consultant indépendant pour déterminer si l'entreprise fautive applique effectivement ses obligations d'amélioration de la conformité prévues dans l'accord. Ces experts ou consultants portent des noms différents dans les Parties à la Convention. Au **Royaume-Uni**, le SFO peut exiger de l'entreprise qu'elle nomme un « contrôleur » (*monitor*) dans le cadre d'un ASP. Au **Brésil**, les *accords de clémence* conclus avec le ministère public fédéral obligent parfois les entreprises à nommer un « contrôleur de conformité ». Aux **États-Unis**, le ministère de la Justice peut exiger dans un accord la désignation d'un « contrôleur d'entreprise indépendant » ou d'un « contrôleur de conformité indépendant », tandis que la SEC peut obliger une entreprise à engager un « consultant indépendant ».

En outre, l'expert en question peut être une personne physique indépendante non affiliée disposant de connaissances dans les domaines de la gouvernance d'entreprise et de la législation anti-corruption. Dans d'autres cas, l'entreprise fautive pourra confier le contrôle de conformité à un cabinet juridique, un cabinet de consultants ou une autre entité. Ailleurs, une agence gouvernementale sera chargée de surveiller les mesures prises par l'entreprise pour améliorer la conformité. Tel est le cas en **France** où une CJIP peut contraindre une entreprise à développer un programme de conformité sous le contrôle de l'AFA. De même, au **Brésil**, un service d'experts de la conformité au sein du CGU a la tâche de contrôler le programme de conformité des entités juridiques qui signent un accord de clémence avec le CGU et l'AGU. Aux fins de la présente Étude, le terme « contrôleur » désigne tout individu ou entité externe, issu du secteur public ou du secteur privé, qui est chargé de contrôler la mise en place ou l'amélioration par une entreprise d'un programme de conformité. Quel que soit le nom qu'on lui donne ou la personne chargée de l'effectuer, le contrôle de conformité vise à déterminer si une entreprise respecte ses obligations de conformité et/ou les conditions d'un accord.

##### 4.6.1. Désignation du contrôleur

###### *Où et quand le contrôleur est-il désigné ?*

Le contrôle de conformité ne fait pas systématiquement partie des mesures correctives applicables dans les Parties à la Convention. Sur les 27 pays pris en compte dans l'Étude, 8 pays (30 %) indiquent pouvoir, au moins en théorie, imposer un contrôle de conformité dans le cadre d'un accord hors procès. Quinze pays (55 %) ne le peuvent en aucun cas. Dans les 4 pays restants (15 %) les accords hors procès ne sont pas applicables aux personnes morales. Parmi les 23 pays où ces accords leur sont applicables, 8 pays (35 %)

<sup>252</sup> Voir, par exemple, Wulf A. Kaal et Timothy A. Lacine, « The Effect of Deferred and Non-Prosecution Agreements on Corporate Governance : evidence from 1993-2013 », *The Business Lawyer* 70(1), 2014.

ont la possibilité d'imposer un contrôle de conformité<sup>253</sup>. Dans la pratique, au moins 4 des 8 pays (50 %) pouvant théoriquement imposer un tel contrôle l'ont déjà fait dans le cadre d'un accord hors procès concernant une affaire de corruption transnationale : le **Brésil**, les **Etats-Unis**, la **France** et le **Royaume-Uni**.

En outre, certains membres du Groupe de travail pouvant imposer un contrôle de conformité indiquent que, dans la pratique, ce type de mesure corrective n'est appliqué que de façon peu fréquente, peut-être à cause de la charge financière et organisationnelle que représente un contrôleur. Au **Royaume-Uni**, par exemple, le code de pratique relatif aux *ASP* stipule : « la possibilité de recourir à un contrôleur doit faire l'objet d'un soigneux examen »<sup>254</sup>. Dans certains cas, une autorité d'une Partie à la Convention anti-corruption de l'OCDE peut s'abstenir d'imposer un contrôle de conformité parce qu'une autre Partie à la Convention a déjà pris de telles mesures. Dans l'*ASP* conclu en 2018 avec Société Générale S.A., le ministère de la Justice des États-Unis a choisi de ne pas désigner de contrôleur compte tenu des obligations de contrôle prévues dans le droit français. Il s'est contenté de demander à l'entreprise de lui soumettre régulièrement des rapports.

### *Sélection du contrôleur*

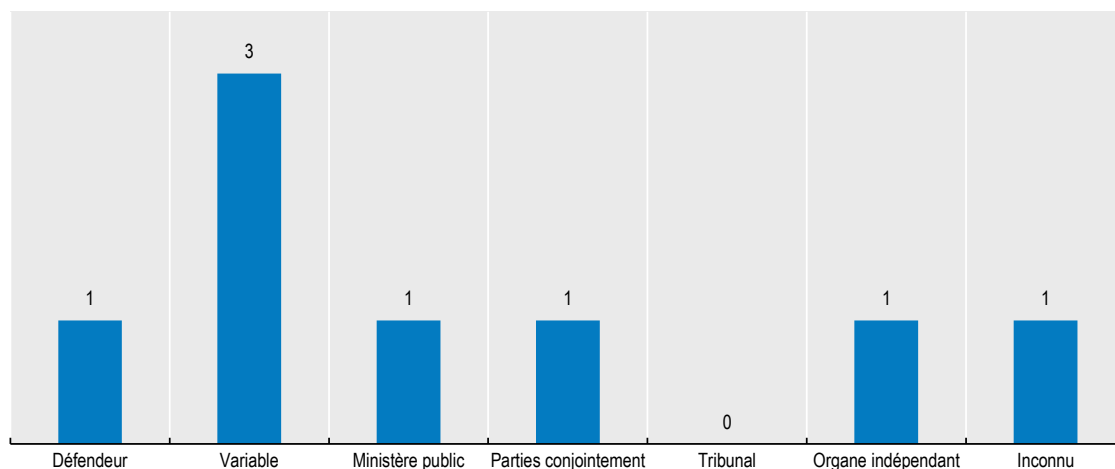
Les États Parties à la Convention pouvant imposer des mesures de contrôle font état de diverses pratiques de sélection et de désignation du contrôleur. Dans deux pays, les autorités répressives ont généralement pour politique ou pour pratique de laisser l'entreprise défenderesse sélectionner elle-même le contrôleur, sauf veto de l'autorité compétente (le ministère public fédéral au **Brésil** et le SFO au **Royaume-Uni**). En **Israël**, le ministère public et l'entreprise fautive sont libres de négocier l'ensemble des dispositions d'une transaction pénale, y compris celles qui se rapportent aux mesures de conformité, sous réserve de l'approbation ultime du tribunal. Au **Chili**, le défendeur et le ministère public désignent conjointement le contrôleur. En **France**, par contre, l'AFA prend en charge les fonctions de contrôle, comme le fait également le CGU au **Brésil**. Aux **États-Unis**, le ministère public ou une autre instance répressive est habilitée à désigner un contrôleur de conformité. Enfin, au cours de la Phase 3, les **Pays-Bas** ont déclaré avoir la possibilité de nommer un contrôleur dans les affaires de corruption transnationale<sup>255</sup>. Toutefois, comme cela ne s'est pas encore produit, il n'existe toujours pas de procédure précisant les modalités de sélection des contrôleurs.

<sup>253</sup> Réponses à la question 31 du questionnaire de recueil de données. Voir le tableau 51.

<sup>254</sup> UK SFO-CPS, DPA Code of practice [Code de pratique relatif aux accords de suspension des poursuites], article 7.11.

<sup>255</sup> Rapport de Phase 3 sur les Pays-Bas, par. 33.

Graphique 44. Qui désigne le contrôleur de conformité ?



Source: Réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 51.

Les réponses au questionnaire de recueil de données de l'OCDE indiquent la méthode principale de sélection du contrôleur utilisée dans chaque Partie à la Convention, mais les autorités disposent parfois de flexibilité à cet égard en fonction des circonstances particulières d'un accord hors procès. Aux **États-Unis**, les lignes directrices du ministère de la Justice reconnaissent qu'« il n'existe pas de méthode unique [de sélection d'un contrôleur] à appliquer obligatoirement dans chaque cas »<sup>256</sup>. Les autorités américaines recourent par conséquent à diverses approches pour la désignation du contrôleur.

Les autorités américaines invitent le plus souvent l'entreprise à proposer un contrôleur et, si elles jugent le candidat acceptable, en approuvent la nomination. Il s'agit de la méthode de désignation spécifiée dans 41 des 90 accords (48 %) prévoyant l'imposition de mesures de contrôle de conformité<sup>257</sup>. Toutefois, depuis peu, les autorités américaines invitent parfois l'entreprise à soumettre trois candidatures à l'autorité compétente. Si cette dernière juge les candidatures dignes d'examen, elle désigne l'un des candidats aux fonctions de contrôleur. Cette méthode a été appliquée dans 27 (ou 32 %) des 90 accords prévoyant des mesures de contrôle de conformité.

D'autres pays ont adopté des approches qui ressemblent quelque peu à celles des États-Unis. Au **Royaume-Uni**, par exemple, le code de pratique relatif aux ASP prévoit que l'entreprise doit proposer trois candidats. Cependant, l'entreprise est autorisée à exprimer une préférence. Spécificité du dispositif britannique, le ministère public « devrait normalement accepter » le candidat proposé par l'entreprise aux fonctions de contrôleur<sup>258</sup>.

<sup>256</sup> Mémoire de Craig S. Morford, Procureur général adjoint par intérim, « 163. *Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations* » [Modalités de désignation et fonctions des contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites avec des entreprises], Manuel de ressources pénales des États-Unis (7 mars 2008).

<sup>257</sup> Les données utilisées dans cette section sont tirées d'une compilation par le Secrétariat des informations accessibles au public sur les accords hors procès conclus aux États-Unis, notamment à partir de la page sur l'application du FCPA du ministère de la Justice des États-Unis ; de la page sur l'application du FCPA de la SEC ; du Corporate Prosecution Registry [Registre des poursuites engagées au niveau fédéral contre des entreprises] de l'Université de Virginie et de la base de données sur le FCPA de Shearman & Sterling.

<sup>258</sup> DPA Code of practice, par. 7.17.

Il peut néanmoins rejeter le candidat proposé, par exemple si celui-ci ne dispose pas de l'expérience requise ou se trouve en situation de conflit d'intérêts. Le tribunal doit en outre approuver l'ensemble de l'ASP, y compris les conditions relatives au contrôle de conformité, pour que l'accord devienne exécutoire.

#### 4.6.2. Mandat et pouvoirs du contrôleur

##### *Durée et étendue de son mandat*

Le mandat d'un contrôleur de sociétés porte généralement sur une période de temps déterminée. Seul un pays (**France**) définit la durée maximum du mandat d'un contrôleur désigné aux termes d'une *CJIP*, qui est de trois ans non renouvelable. Dans les sept autres pays où la désignation d'un contrôleur est possible (89 %), aucune disposition légale ne fixe la durée maximum de son mandat. Ces pays prévoient sans doute que la durée du mandat du contrôleur doit dépendre de la taille de l'entreprise et de la gravité des problèmes à résoudre. Il semble en outre que le mandat du contrôleur puisse être renouvelé ou prolongé dans ces pays, au moins dans certaines circonstances. Aux **États-Unis**, par exemple, plus de la moitié des contrôleurs sont nommés pour un mandat de trois ans. Tel est le cas dans 50 des 90 accords (56 %). Dans 29 accords (32 %), la durée de ce mandat va d'un an à un peu moins de trois ans. La période de contrôle de quatre ans décidée dans l'*affaire Siemens* est la plus longue qui ait été imposée. Au **Brésil**, les contrôleurs désignés dans le cadre d'un *accord de clémence* avec le MPF reçoivent en pratique un mandat initial de deux ans, qui peut être prolongé d'un an.

La nature exacte du mandat du contrôleur dépend souvent non seulement de la législation du pays où ont lieu les poursuites, mais aussi des conditions négociées entre le ministère public et l'entreprise. Le **Chili** et Israël, par exemple, indiquent que les obligations du contrôleur varient en fonction de l'accord négocié entre les autorités et l'entreprise fautive. Les conditions de cet accord sont en outre parfois soumises à l'approbation du tribunal, comme dans le cas de l'ASP au **Royaume-Uni** et des *transactions pénales* en Israël et aux États-Unis.

Aux **États-Unis**, le contrôleur est défini dans les lignes directrices du ministère de la Justice comme un « tiers indépendant » dont « la responsabilité principale est d'évaluer et de contrôler la conformité d'une entreprise avec les conditions de l'accord spécifiquement conçu pour traiter et réduire les risques de réapparition de pratiques répréhensibles dans l'entreprise »<sup>259</sup>. Dans l'*affaire VimpelCom* en 2016, le contrôleur était chargé d'analyser les efforts engagés par l'entreprise pour développer un programme de conformité, et de formuler des recommandations sur les moyens d'y parvenir<sup>260</sup>. Les contrôleurs désignés par le ministère public fédéral au **Brésil** et le SFO au **Royaume-Uni** ont des fonctions similaires. Toutefois, au Brésil, le CGU réalise une évaluation du programme de conformité de l'entreprise pendant la négociation de l'accord de clémence. Cette évaluation aide à la fois à déterminer si la sanction doit être réduite afin de tenir compte des efforts déployés

<sup>259</sup> Mémoire de Craig S. Morford, Procureur général adjoint par intérim, « 163. *Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations* » [Modalités de désignation et fonctions des contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites avec des entreprises], Manuel de ressources pénales des États-Unis (7 mars 2008).

<sup>260</sup> Voir l'accord de suspension des poursuites entre le ministère de la Justice des États-Unis et VimpelCom Ltd. (10 février 2016), annexe D, par. 2 (mandat du contrôleur), et annexe C (obligations concernant la mise en œuvre d'un programme de conformité par l'entreprise).

par l'entreprise pour améliorer son degré de conformité, et à définir les mesures que doit appliquer l'entreprise dans le cadre de l'accord pour améliorer son programme de conformité. Après conclusion de l'accord, le CGU contrôle l'application de ces obligations. Enfin, en **France**, l'AFA supervise et contrôle les mesures adoptées par l'entreprise pour développer ou améliorer son programme de conformité après la conclusion d'une CJIP. Elle présente ultérieurement au ministère public un rapport contenant l'évaluation finale des efforts engagés par l'entreprise pour remplir ses obligations<sup>261</sup>.

La portée du mandat du contrôleur ayant nécessairement des incidences sur les dépenses entraînées par le contrôle, la réglementation de certaines Parties indique expressément à qui doivent incomber le coût du contrôle et les coûts qui lui sont liés. Au **Royaume-Uni**, l'entreprise fautive doit supporter « l'ensemble des coûts de sélection, de nomination et de rémunération du contrôleur », ainsi que les « frais raisonnables encourus par le ministère public en lien avec le contrôle de conformité »<sup>262</sup>. En **France**, l'entreprise doit prendre en charge les coûts du contrôle prévu dans une *CJIP*, jusqu'à hauteur du montant spécifié dans le texte de l'accord final<sup>263</sup>. Aux **États-Unis**, l'entreprise est implicitement tenue de régler les frais associés au contrôleur, même lorsque l'accord est silencieux à ce sujet, étant donné que le contrôleur est directement engagé par l'entreprise. Le ministère de la Justice américain a émis en octobre 2018 de nouvelles lignes directrices pour assurer que la portée et le coût du contrôle imposé à une entreprise soient étroitement définis, afin d'éviter de peser inutilement sur les activités commerciales de l'entreprise.

### *Compétences et responsabilités*

Pendant la durée de son mandat, le contrôleur : (i) produit régulièrement des rapports analysant l'état du programme de conformité de l'entreprise ; (ii) identifie les insuffisances des politiques et procédures de l'entreprise auxquelles il conviendrait de remédier au regard des actes répréhensibles commis par celle-ci dans le passé ou de ses activités actuelles ; et (iii) examine l'application des recommandations qu'il adresse à l'entreprise. Dans ce contexte, le contrôleur pourra, par exemple, examiner les documents internes de l'entreprise, mener des entretiens avec les membres de son personnel, observer les procédures existantes, réaliser des analyses ou s'appuyer sur les analyses et d'autres informations fournis par l'entreprise. Il formulera ensuite, sur la base de ses conclusions, des recommandations à mettre en œuvre par l'entreprise pour améliorer sa conformité avec ses obligations légales<sup>264</sup>. Ces recommandations porteront éventuellement sur l'adoption d'un programme d'éthique, l'amélioration de la formation, la mise en place de contrôles adéquats, ou même le renvoi de membres de la direction ou du conseil d'administration de l'entreprise. Enfin, les autorités pourront demander au contrôleur d'élaborer à leur intention et à celle de l'entreprise un rapport analysant globalement les mesures introduites par l'entreprise pour appliquer les recommandations issues du contrôle.

Lors de l'exécution de son mandat, le contrôleur pourra découvrir de nouvelles preuves d'actes répréhensibles. En pareil cas, il devra généralement divulguer cette information aux

<sup>261</sup> Voir Michael Griffiths, « French compliance monitorships a “work in progress” », *Global Investigations Review*, 9 juillet 2018.

<sup>262</sup> DPA Code of practice, article 7.12 et 7.13.

<sup>263</sup> Voir Code de procédure pénale, article 41-1-2-I, alinéa 2.

<sup>264</sup> Voir Vikramaditya Khanna et Timothy Dickenson, « The corporate monitor : the new corporate czar ? », *Mich. L. Rev.*, vol. 105 (2007), p. 1713-1714.

autorités, sauf s'il en est empêché par la législation contraignante d'un autre pays (ce qu'on appelle les « lois de blocage ») ou, éventuellement, le secret professionnel. Pour éviter que le secret professionnel puisse être invoqué dans ce contexte, les *ASP* et *AAP* conclus aux **États-Unis** stipulent fréquemment qu'« une relation avocat-client ne peut être établie » entre l'entreprise et le contrôleur. Cela permet par conséquent au contrôleur de notifier les autorités sans avoir à craindre une violation du secret professionnel. Au **Royaume-Uni**, le contrôleur est également tenu de « déclarer au procureur certains actes répréhensibles spécifiés »<sup>265</sup>. Cependant le code de pratique relatif aux *ASP* dispose que « le secret professionnel pouvant être invoqué légalement au regard de l'investigation des problèmes de conformité qui peuvent apparaître au cours du contrôle n'est pas affecté par la loi, le présent code des *ASP* ou un *ASP* particulier »<sup>266</sup>. Contrairement à la pratique en vigueur aux États-Unis décrite précédemment, la relation du contrôleur avec l'entreprise est donc légalement couverte par le secret professionnel au Royaume-Uni.

Dans le cas des *accords de clémence* conclus au **Brésil** avec le CGU et l'AGU, le service de conformité du CGU évalue le programme de conformité d'une entreprise sur la base de : (i) un signalement spontané au titre de l'ordonnance 909 dans laquelle l'entreprise décrit son organisation, sa taille, ses domaines d'activité et son recours à des permis gouvernementaux, des autorisations ou des marchés publics ; (ii) un rapport de conformité, également établi par l'entreprise au titre de l'ordonnance 909, fournissant des précisions au sujet de son programme de conformité ; (iii) des copies des politiques, codes, matériels de formation et autres documents de l'entreprise ; et (iv) des entretiens avec le représentant légal de l'entreprise et ses agents de conformité au sujet de la mise en œuvre du programme de conformité et des mesures correctives à la suite de l'infraction. Le service de conformité du CGU examine ensuite si le programme de conformité est adapté au profil de risque de l'entreprise, si celle-ci a effectivement remédié aux pratiques répréhensibles, et si elle a mis en place les mesures nécessaires pour prévenir des comportements répréhensibles impliquant l'administration publique. Lorsque commence le contrôle, l'entreprise doit établir un « plan d'amélioration » afin de remplir ses obligations. Le CGU dispose alors du temps nécessaire pour examiner ce plan et, le cas échéant, exiger des modifications. Une fois le plan approuvé par le CGU, l'entreprise doit rédiger un rapport deux fois par an sur les mesures qu'elle a prises pour remplir ses obligations de conformité, tandis que le CGU réalise éventuellement des visites d'inspection, conduit des entretiens et obtient des informations supplémentaires pour contrôler l'efficacité du programme de conformité.

En **France**, l'AFA est habilitée à conduire un audit initial du système de conformité de l'entreprise fautive. Elle examine également et, si nécessaire, modifie la stratégie d'amélioration du système de conformité proposée par l'entreprise. Une fois commencée la mise en œuvre de cette stratégie, l'AFA réalise des audits trimestriels et transmet chaque année au ministère public un rapport sur les progrès accomplis par l'entreprise dans la mise en œuvre de ses obligations. Au terme de la période de contrôle, l'AFA adresse au ministère public un rapport d'évaluation final<sup>267</sup>.

<sup>265</sup> DPA Code of practice, article 7.12.

<sup>266</sup> DPA Code of practice, article 7.14.

<sup>267</sup> Voir Michael Griffiths, « French compliance monitorships a “work in progress” », *Global Investigations Review*, 9 juillet 2018.



### 4.6.3. Surveillance du contrôleur

Les mesures correctives complexes et potentiellement onéreuses à mettre en place comme le contrôle de conformité doivent faire l'objet d'une surveillance pendant toute la durée de leur application. La décision d'exiger d'une entreprise qu'elle fasse appel à un contrôleur mérite d'être suivie de près à la fois pour assurer qu'elle est effectivement appliquée dans les cas appropriés et qu'elle favorise la réalisation des objectifs recherchés. Pendant la période du contrôle, il est parfois nécessaire de résoudre les différends qui peuvent apparaître entre l'entreprise et le contrôleur quant à la portée du contrôle ou au degré d'accès que l'entreprise doit accorder à sa documentation interne ou à son personnel pour permettre au contrôleur d'exécuter son mandat. Au terme du contrôle, les autorités doivent déterminer si l'entreprise a effectivement rempli les conditions définies dans l'accord hors procès. Enfin, il est aussi dans l'intérêt des autorités et du public d'établir si le contrôle a eu un impact véritable sur le programme de conformité de l'entreprise.

#### *Décision de nomination du contrôleur*

Le Groupe de travail avait demandé aux pays de préciser quand une entreprise peut être requise de faire appel à un contrôleur pour résoudre une affaire de corruption transnationale. Dans son rapport de Phase 3 sur le **Royaume-Uni**, le Groupe de travail notait que les contrôleurs devraient être utilisés « de manière transparente et responsable »<sup>268</sup>. Il recommandait par conséquent au Royaume-Uni de « fournir des informations sur les situations où les autorités britanniques imposeraient un contrôle et dans quelles conditions » et de « rendre publics, si cela se justifie, les conventions de contrôle, les raisons ayant présidé à la décision d'imposer un contrôleur et les éléments motivant l'ampleur et la durée du contrôle »<sup>269</sup>. Le Groupe de travail a considéré que le Royaume-Uni avait pleinement mis en œuvre cette recommandation, notamment grâce à la publication du code de pratique relatif aux ASP en février 2014. Ce code reconnaît qu'une évaluation factuelle spécifique est requise pour déterminer la nécessité d'un contrôle. Il exige également que la décision soit « équitable, raisonnable et proportionnée »<sup>270</sup>. Israël indique qu'en l'absence de critères définis régissant la décision d'imposer un contrôle, celle-ci requiert l'accord des deux parties et l'approbation du tribunal dans une affaire particulière.

Une fois les termes du contrôle établis, les États Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE prévoient généralement une certaine forme d'examen de la décision de recourir à un contrôle et/ou des termes de la procédure de contrôle. Dans plusieurs pays, le tribunal doit examiner et approuver ces termes, au minimum dans le cadre de l'approbation de l'ensemble de l'accord. Tel est le cas en France, en Israël et au Royaume-Uni.

Aux États-Unis, les tribunaux ne sont pas souvent impliqués dans l'examen des termes d'une procédure de contrôle. Ils peuvent modifier les conditions d'une transaction pénale proposée avant de l'approuver, mais ils ne jouent aucun rôle substantiel dans l'examen des modalités des AAP et des ASP, y compris leurs éventuelles dispositions en matière de contrôle. Le contrôle interne du ministère de la Justice est donc essentiel pour assurer que l'imposition de contrôles intervienne de façon appropriée et que leurs termes soient

<sup>268</sup> Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, commentaire p. 32.

<sup>269</sup> Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, Recommandation 6(a).

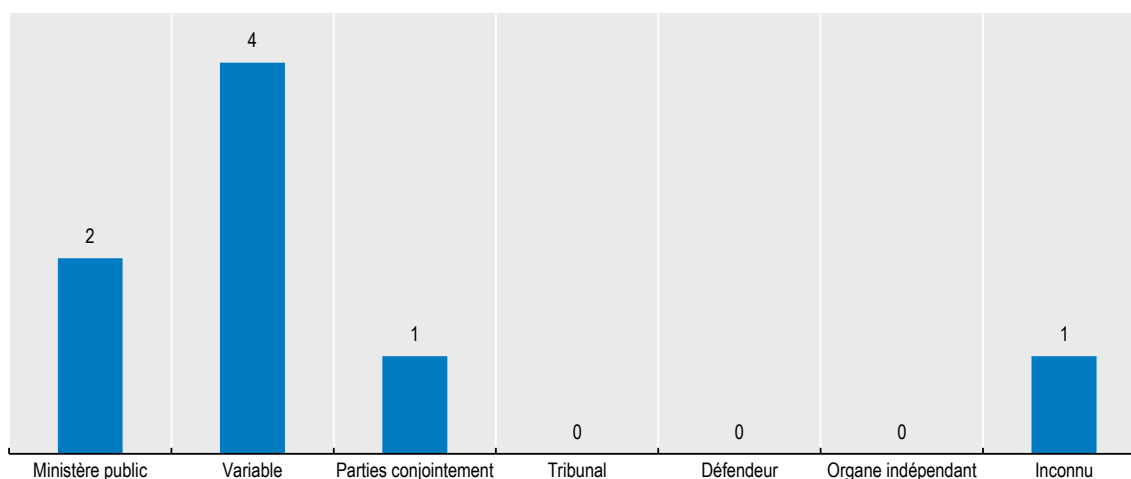
<sup>270</sup> DPA Code of practice, article 7.11.

cohérents d'un accord à l'autre. C'est pourquoi les lignes directrices du ministère de la Justice indiquent que le procureur « doit [...] notifier le procureur fédéral ou le chef de département compétent avant l'exécution d'un accord prévoyant le recours à un contrôleur de sociétés »<sup>271</sup>. Les lignes directrices du ministère de la Justice exigent également du gouvernement qu'il suive les lignes directrices relatives aux conflits d'intérêts et documente la procédure de sélection du contrôleur en vue de sa désignation.

### *Procédure de contrôle*

Le contrôleur de sociétés notifie régulièrement le ministère public des progrès accomplis par l'entreprise pendant la période de contrôle. Cela permet aux autorités répressives de déterminer si l'entreprise fautive exécute de bonne fois les conditions figurant dans l'accord de règlement. D'après les résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, le plus souvent, les Parties à la Convention qui recourent à des contrôles de conformité exigent du contrôleur qu'il transmette ses conclusions au ministère public. Comme le montre le graphique 45, deux des huit pays exigent du contrôleur qu'il notifie exclusivement le ministère public. Au Royaume-Uni, le contrôleur doit adresser ses conclusions simultanément au ministère public et à l'entreprise défenderesse.

**Graphique 45. À qui le contrôleur présente-t-il ses conclusions ?**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 51.

Des différends peuvent apparaître entre l'entreprise fautive et le contrôleur au sujet de la portée exacte du mandat du contrôleur, du type d'accès, des documents et d'autres informations que l'entreprise doit fournir au contrôleur, et de l'obligation ou non pour l'entreprise de mettre en œuvre telle ou telle recommandation du contrôleur<sup>272</sup>. Pour

<sup>271</sup> Mémoire de Craig S. Morford, Procureur général adjoint par intérim, « 163. *Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations* » [Modalités de désignation et fonctions des contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites avec des entreprises], Manuel de ressources pénales des États-Unis (7 mars 2008).

<sup>272</sup> Déclaration d'Eileen R. Larence, Bureau de la responsabilité du gouvernement (GAO) des États-Unis, Directrice Sécurité intérieure et Justice, « *Prosecutors adhered to guidance in selecting monitors for deferred prosecution and non-prosecution agreements, but DOJ could better communicate its role in resolving conflicts* » [Les

prévenir de tels problèmes, le ministère de la Justice des **États-Unis** a émis des directives incitant les procureurs à préciser dans les accords hors procès le rôle exact que peut jouer le ministère de la Justice dans la résolution des différends éventuels entre entreprises fautives et contrôleurs<sup>273</sup>.

Le code de pratique relatif aux *ASP* du **Royaume-Uni** n'aborde pas explicitement la question des différends touchant à la mise en œuvre du contrôle de conformité, mais il envisage la possibilité pour le contrôleur, s'il juge que le programme de conformité de l'entreprise « fonctionne correctement », d'en informer le ministère public. Si ce dernier approuve l'avis du contrôleur, il peut décider de terminer ou de suspendre le contrôle<sup>274</sup>. En revanche, s'il considère que l'entreprise n'a pas respecté les conditions de l'*ASP* (y compris les obligations relatives au contrôle et au programme de conformité), le ministère public peut soit chercher à modifier les conditions de l'*ASP*, soit obtenir du tribunal qu'il déclare l'entreprise en infraction. Cela lui donne la possibilité d'exiger la surveillance du comportement de l'entreprise pendant toute la durée du contrôle de conformité.

### *Évaluation des contrôles*

Le Groupe de travail reconnaît que le recours à des contrôleurs de sociétés est un puissant moyen d'aider les entreprises ayant été impliquées dans des pratiques de corruption transnationale à éviter de commettre de nouveau de telles fautes à l'avenir<sup>275</sup>. Dans la mesure où elle peut empêcher la récidive, cette forme de contrôle est dans l'intérêt des entreprises, de leur personnel, de leurs actionnaires et du public en général<sup>276</sup>. Certains spécialistes font valoir en outre que l'utilisation de contrôleurs permet d'« optimiser l'utilisation des ressources des organes d'application de la loi », en déléguant les fonctions de surveillance à un contrôleur disposant d'une plus grande expertise qu'un procureur et mieux au fait des problèmes de conformité des sociétés. Ce résultat est particulièrement évident si c'est l'entreprise, et non les pouvoirs publics, qui doit supporter le coût du contrôle de conformité. Cela permet, le cas échéant, de libérer des ressources publiques pour renforcer la dissuasion de la criminalité d'entreprise au moyen d'enquêtes et de poursuites visant d'autres auteurs présumés des infractions<sup>277</sup>.

---

procureurs se conforment aux lignes directrices lors de la désignation des contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites, mais le ministère de la Justice devrait chercher à mieux faire connaître le rôle qu'il joue dans la résolution des différends] (19 novembre 2009), p. 11 (ce document mentionne des informations tirées d'un échantillon non représentatif de 13 entreprises).

<sup>273</sup> Mémoire Grindler, « 166. *Additional guidance on the use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations* » [Lignes directrices supplémentaires sur l'utilisation de contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites avec des entreprises], Manuel de ressources pénales des États-Unis (25 mai 2010).

<sup>274</sup> DPA Code of practice, article 7.19.

<sup>275</sup> Voir Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, commentaire p. 32 (« L'intervention de contrôleurs de sociétés peut être utile pour lutter contre la corruption transnationale quand ce dispositif est transparent »).

<sup>276</sup> Voir Mémoire de Craig S. Morford, Procureur général adjoint par intérim, « 163. *Selection and use of monitors in deferred prosecution agreements and non-prosecution agreements with corporations* » [Modalités de désignation et fonctions des contrôleurs dans les accords de suspension et d'abandon des poursuites avec des entreprises], Manuel de ressources pénales des États-Unis (7 mars 2008).

<sup>277</sup> Vikramaditya Khanna, *Mich L. Rev.*, vol. 105, pp. 1713, 1721 et 1730.

S'agissant de l'impact sur les entreprises elles-mêmes, certains auteurs sont d'avis que l'imposition de mesures correctives dans le cadre des accords d'abandon ou de suspension des poursuites entraîne en fait « des modifications étendues et lourdes de conséquences de la gouvernance d'entreprise »<sup>278</sup>. D'un autre côté, la possibilité accrue d'utiliser les pouvoirs de poursuite aussi bien pour réformer que pour sanctionner les entreprises (ou même en évitant de leur imposer des sanctions) suscite un intense débat académique sur les limites des pouvoirs des procureurs et sur leur aptitude à superviser la mise en œuvre de réformes structurelles<sup>279</sup>.

#### **Encadré 17. Bonnes pratiques de publication de lignes directrices sur les contrôles d'entreprises**

Les contrôles de conformité sont dans l'intérêt des entreprises car ils leur apportent « l'expertise de tiers indépendants en matière de conformité des sociétés ». Le Groupe de travail reconnaît que ces contrôles sont « un instrument important d'aider les entreprises ayant été impliquées dans des pratiques de corruption transnationale à éviter de commettre de nouveau de telles erreurs à l'avenir ». Cependant, un contrôle de conformité peut représenter une charge importante pour une entreprise à la fois en termes de temps et de ressources. Les pays devraient donc veiller à ce que le recours à un contrôleur ait lieu de manière transparente et responsable. En particulier :

- la décision de désigner un contrôleur devrait être prise en tenant dûment compte de l'étendue des pratiques répréhensibles et de l'état de l'entreprise, notamment le fait de savoir si elle a mis en place un programme de conformité ;
- les autorités devraient disposer de directives assurant cohérence et égalité de traitement lors des décisions de nomination d'un contrôleur ;
- des lignes directrices précisant à quel moment, dans quelles circonstances et sous quelles conditions les autorités doivent recourir à un contrôleur devraient être rendues publiques ;
- le contrôleur doit être une personne qualifiée et indépendante de l'entreprise. Des procédures devraient être mises en place pour assurer un contrôle approprié des candidats potentiels. En outre, le mandat du contrôleur devrait spécifier qu'il ne pourra être employé ou affilié de quelque façon à l'entreprise pendant une certaine période de temps après l'achèvement du contrôle ;
- les normes régissant le financement des contrôles de conformité devraient être claires et transparentes ;
- l'accord de contrôle, ainsi que les motifs justifiant la nomination d'un contrôleur, la portée et la durée de son mandat, devraient être rendus publics ;
- le contrôleur devrait notifier régulièrement le ministère public ou une autre autorité des progrès obtenus par l'entreprise pendant la durée du contrôle de conformité,

<sup>278</sup> Wulf A. Kaal et Timothy Dickenson, *The corporate monitor: The new corporate czar?*, 105 Mich. L. Rev. 1713, 1721 & 1730 (2007).

<sup>279</sup> Pour un aperçu général des différents points de vue, voir Alexander et Cohen, *The Evolution of Corporate Criminal Settlements: An Empirical Perspective on Non-Prosecution, Deferred Prosecution, and Plea Agreements*, 52 Am. Crim. L. Rev. 357 (2015).

en permettant ainsi à l'autorité compétente de déterminer si l'entreprise fautive exécute de bonne foi les conditions de l'accord ;

- l'autorité responsable de la nomination du contrôleur devrait être dotée de règles pour le traitement des différends qui peuvent apparaître dans le cadre du contrôle de conformité ;
- toute violation d'un accord de contrôle devrait être dûment sanctionnée.

Plusieurs États Parties à la Convention ont adopté des lignes directrices sur l'utilisation de contrôleurs de sociétés et observent les pratiques en ce domaine. Aux États-Unis, ces lignes directrices se trouvent dans le Mémorandum Morford et d'autres documents de fond. Au Royaume-Uni, des directives sur les contrôleurs sont incluses dans le code de pratique relatif aux *ASP*. Au Canada, le Code pénal spécifie les règles à appliquer lorsqu'un accord de réparation prévoit la mise en place d'une procédure de contrôle.

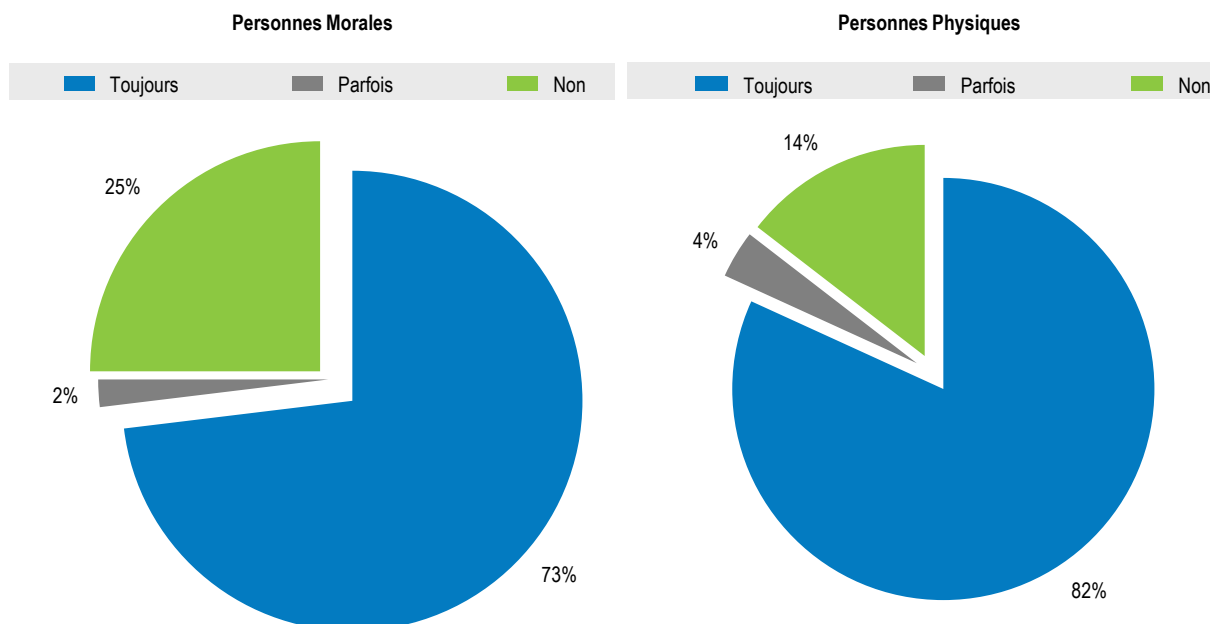
## Chapitre 5. Contrôle et accès du public à l'information

### 5.1. Degré de contrôle judiciaire ou autre mécanisme de surveillance pour chaque type d'accord

Les pays Parties à la Convention ont diverses approches dans la détermination d'une compétence de contrôle par un tribunal ou une autre autorité doivent exercer un contrôle sur la conclusion ou l'exécution des accords hors procès. Certains accords ne font, par exemple, jamais l'objet du moindre contrôle en amont par un tribunal ou une autre autorité. Il revient au ministère public lui-même de vérifier que le prévenu se soit bien conformé aux conditions prévues aux termes de l'accord. Tandis que dans d'autres cas, le tribunal devra approuver l'accord avant qu'il ne soit conclu, voire avant qu'il ne soit proposé. Un contrôle est prévu quelque soit sa forme, mais les Parties divergent sur la question de savoir quelle instance doit examiner et homologuer la procédure d'accord hors procès, ainsi que sur l'étendue de ce contrôle. Des différences existent aussi quant modalités de contrôles d'application, par les autorités, des conditions d'un accord hors procès.

Le graphique 46 montre que la grande majorité des accords hors procès font l'objet d'un contrôle externe (par un tribunal, ou par une autre autorité) avant d'être ratifiés. Sont concernés les accords hors procès applicables aux personnes morales comme aux personnes physiques, même si les contrôles semblent un peu plus fréquents dans le cas des personnes physiques. En ce qui concerne les personnes morales, 38 mécanismes d'accords hors procès sur 52 (73 %) prévoient un contrôle préalable et systématique. Sur les 55 mécanismes applicables aux personnes physiques, 45 (82 %) font toujours l'objet d'un contrôle. Par contre, certains accords hors procès sont soumis au contrôle d'un tribunal seulement dans certaines circonstances. Par exemple, le mécanisme des *peines alternatives* en **Autriche**, qui s'applique à la fois aux personnes physiques et aux personnes morales, prévoit un contrôle par le tribunal uniquement en cas de mise en examen. Le tribunal n'intervient pas lorsque le procureur et le prévenu ont recours au mécanisme des *peines alternatives* avant la mise en examen.

**Graphique 46. L'accord doit-il être approuvé par un tribunal ou une autre autorité ? (par type d'accord)**

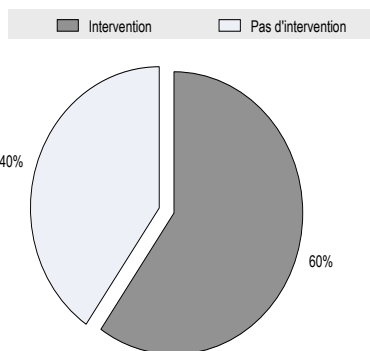


Source: Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 52 et 53.

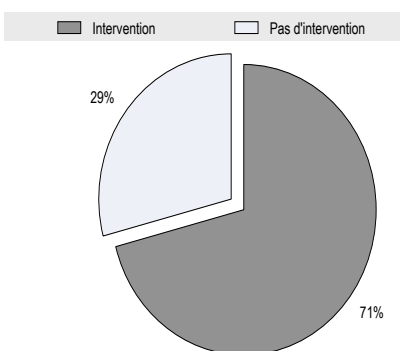
Lorsque les accords hors procès sont soumis à un contrôle préalable à leur approbation, les pays Parties à la Convention font généralement appel à un tribunal pour exercer ce contrôle. Le graphique 47 montre que les tribunaux interviennent au moins partiellement dans 60 % et 71 % respectivement de tous les accords hors procès applicables aux personnes morales et aux personnes physiques. La nature exacte de leur intervention varie toutefois considérablement selon les systèmes d'accords hors procès utilisés.

**Graphique 47. Quel est le rôle des tribunaux dans la conclusion des accords ?**

Le tribunal intervient-il dans la conclusion des accords applicables aux personnes morales ?



Le tribunal intervient-il dans la conclusion des accords applicables aux personnes physiques ?



Source: Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 54 et 55.

### 5.1.1. Accords conclus sans aucune intervention d'un tribunal, ou avec une intervention minimale

Dans plusieurs pays Parties à la Convention, les procureurs ou d'autres autorités répressives ont la possibilité de conclure un accord hors procès dans des affaires de corruption transnationale, sans avoir besoin de solliciter une homologation par un tribunal. Dans certains cas, les parties peuvent mettre en place un accord sans même avoir à saisir les tribunaux. Cette possibilité peut intervenir dès le début de la procédure. En **Hongrie**, par exemple, les services de police peuvent conclure un accord avec une personne physique en vertu de l'article 219 du nouveau code de procédure pénale. Ce type d'accord, appelé *possibilité d'exemption de responsabilité pénale*, doit être approuvé par un procureur. En **Autriche**, le procureur peut recourir au dispositif des *peines alternatives* avant une mise en examen, sans qu'il n'ait besoin de solliciter l'aval du tribunal<sup>280</sup>. Aux **États-Unis**, le ministère de la Justice (DOJ) a la possibilité de mettre un terme à des allégations de corruption transnationale sans mise en examen formelle, en recourant soit au mécanisme de la *renonciation aux poursuites sous condition de restitution*, soit à l'*accord d'abandon des poursuites (AAP)*. Dans les deux cas, si le prévenu accepte de se soumettre à certaines conditions, aucune mise en accusation formelle ne sera prononcée à son encontre.

Dans d'autres cas, l'accord ne sera pas soumis à un tribunal parce qu'il s'inscrit dans le cadre d'une procédure purement administrative. En **Colombie**, la *Superintendencia de Sociedades* peut accorder à une société des *avantages en contrepartie de la collaboration* en vertu de la Loi 1778 de 2016, reconnaissant ainsi différents facteurs, comme le fait de coopérer et de fournir des informations au sujet de l'infraction. Il en résulte que la société incriminée peut obtenir une exonération partielle de responsabilité<sup>281</sup>. Au **Brésil**, lorsque la responsabilité d'une société dans une affaire de corruption transnationale est d'ordre administratif, le rapport d'évaluation de la Phase 3 a révélé que les autorités administratives peuvent conclure un *accord de clémence* avec une personne morale, en contrepartie de sa coopération. Les termes effectifs de l'accord sont arrêtés avec le comité des agents administratifs du Bureau du contrôleur général, lesquels travaillent en collaboration avec les procureurs du Bureau du procureur général. Si un *accord de clémence* est envisagé, les ministres de tutelle du Bureau du contrôleur général et du Bureau du procureur général doivent approuver l'accord avant qu'il n'entre en vigueur. Les ministres s'assurent également que l'entreprise a bien respecté les conditions prévues aux termes de l'*accord de clémence*. Ainsi, l'ensemble du processus se déroule a priori sans aucun contrôle judiciaire<sup>282</sup>. Le tribunal n'intervient que dans le cas où une action portant sur les mêmes faits que ceux visés par l'*accord de clémence* serait en cours. En l'espèce, le contrôle du tribunal se limite aux aspects formels de l'accord, et consiste en l'occurrence à s'assurer que les exigences législatives ont bien été respectées.

Il convient de noter, en particulier, que certains de ces accords hors procès donnent lieu à des condamnations, ou bien ont des effets similaires. En **Norvège**, par exemple, les procureurs peuvent recourir à une *ordonnance de sanction optionnelle* pour résoudre une affaire de corruption transnationale si aucune peine d'emprisonnement n'est demandée. Comme le délit de corruption aggravé utilisé en droit norvégien pour engager des poursuites dans des affaires de corruption transnationale prévoit une peine

<sup>280</sup> Rapport de Phase 3, paragraphe 60, et rapport de Phase 2, paragraphe 79, relatifs à l'Autriche.

<sup>281</sup> Rapport de suivi de Phase 2 sur la Colombie, pages 57 et 58.

<sup>282</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphes 103 et 104.



d'emprisonnement, ce type d'accord ne vise généralement que les entités juridiques. Concrètement, si le ministère public conclut que des faits de corruption transnationale peuvent être reprochés à une entreprise, il peut décider d'émettre une *ordonnance de sanction optionnelle* énonçant les chefs d'accusation et fixant une amende en vue de régler le litige. Le fait d'accepter l'amende vaut condamnation, même si le prévenu ne reconnaît pas officiellement sa culpabilité. S'il rejette l'amende, l'*ordonnance de sanction optionnelle* constituera l'acte d'accusation utilisé pour engager une procédure pénale contre lui. En **Lettonie**, aux **Pays-Bas** et en **Suisse**, il existe également des formes d'accords hors procès qui donnent lieu à une condamnation ou qui valent condamnation, sans qu'une intervention des tribunaux ne soit nécessaire.

Enfin, quelques accords ne font l'objet que d'un contrôle minimal de la part des tribunaux<sup>283</sup>. Aux **États-Unis**, par exemple, lorsque le ministère de la Justice (DOJ) conclut un *accord de suspension des poursuites (ASP)*, il porte l'affaire devant les tribunaux, soumet l'*ASP*, puis demande une suspension de la procédure judiciaire durant la période au cours de laquelle le défendeur accepte de se conformer aux conditions énoncées aux termes de l'accord. De cette manière, les poursuites sont suspendues tant que le prévenu n'a pas rempli toutes les conditions de l'*ASP*. S'il satisfait à toutes les conditions, le tribunal peut décider de renoncer à toutes les poursuites à son encontre. Si, en revanche, toutes les conditions fixées par l'*ASP* ne sont pas remplies, le ministère public peut décider de relancer la procédure. L'*ordonnance de consentement* au **Royaume-Uni** est un autre type d'accord hors procès qui ne nécessite qu'un minimum de formalités de la part du tribunal. Il peut être utilisé pour engager une procédure civile de recouvrement en vertu de la Loi sur les produits des actes criminels de 2002 (*Proceeds of Crime Act* ou POCA). Une fois que le ministère public et le prévenu sont parvenus à un accord sur les termes de l'*ordonnance de consentement*, celle-ci est signée par un juge de la Haute Cour et inscrite au greffe. Le juge n'exerce toutefois aucun contrôle judiciaire sur l'*ordonnance*.<sup>284</sup>

Même lorsque les accords hors procès ne font pas l'objet d'une homologation ou d'un contrôle sur le fond par le tribunal, des processus de contrôle interne permettent généralement aux autorités répressives des pays Parties à la Convention de s'assurer que la procédure est mise en œuvre de manière cohérente. Lors de l'examen des **États-Unis**, le Groupe de travail sur la corruption a constaté que la décision de recourir à un *ASP* ou à un *APP* dans les affaires pénales doit être approuvée par davantage de procureurs de rang hiérarchique supérieur, comme le Chef de la Section des fraudes, voire le Procureur général adjoint chargé de la Direction des affaires pénales<sup>285</sup>. La **Lettonie** indique qu'en cas d'infractions pénales graves, un procureur ne peut rendre une *ordonnance pénale du procureur* seulement si un procureur de rang supérieur estime que les conditions requises ont été remplies<sup>286</sup>. Aux **Pays-Bas**, les procureurs doivent obtenir l'autorisation du ministère de la Justice et de la Sécurité avant de résoudre une affaire au moyen d'une *Transaction*, pour des circonstances spécifiques, par exemple si l'amende dépasse 50 000 EUR.

---

<sup>283</sup> Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 54 et 55.

<sup>284</sup> Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, paragraphe 65.

<sup>285</sup> Rapport de Phase 3 sur les États-Unis, paragraphe 115.

<sup>286</sup> Réponse de la Lettonie à la question 5 du Questionnaire.

De plus, ces types de mécanismes de contrôle interne peuvent aussi permettre d'assurer une certaine forme de supervision, y compris lorsque les tribunaux interviennent sur un accord en particulier. Au **Chili**, par exemple, le procureur doit dans un premier temps obtenir l'autorisation d'un procureur de rang hiérarchique supérieur pour pouvoir recourir au système de la *suspension conditionnelle des poursuites* dans des affaires complexes de corruption. Sous réserve de cette autorisation, le procureur pourra saisir le tribunal pour conclure l'accord<sup>287</sup>. En **Afrique du Sud**, si une *transaction pénale* est envisagée, l'autorisation d'un tribunal est requise. Durant l'évaluation de Phase 2, le Groupe de travail a observé que les Lignes directrices en matière de poursuites prévoient la nécessaire obtention d'une autorisation auprès du Directeur national ou de tout autre procureur désigné de rang hiérarchique supérieur avant de conclure une *transaction pénale*<sup>288</sup>. Par ailleurs, les procureurs et les autorités répressives ont élaboré des instructions pour veiller à ce que les mécanismes d'accords hors procès soient mis en œuvre de manière appropriée et cohérente. Au **Chili**, par exemple, le Procureur national a publié des instructions qui définissent précisément les circonstances dans lesquelles les procureurs peuvent recourir au système de la *suspension conditionnelle* dans les affaires de corruption transnationale mettant en cause des personnes physiques<sup>289</sup>.

### 5.1.2. Accords conclus avec l'intervention d'un tribunal

#### *Intervention du tribunal avant que les conditions de l'accord ne soient convenues*

Dans certains pays Parties à la Convention, un tribunal doit en premier lieu décider s'il est opportun pour le ministère public d'opter pour un accord hors procès avant même que les conditions dudit accord ne soient arrêtées. C'est le cas notamment du mécanisme d'*accord de suspension des poursuites (ASP)* au **Royaume-Uni**. Lorsque le procureur entame des négociations avec une entreprise en vue de conclure un *ASP*, le tribunal de la Couronne (« *Crown Court* ») doit établir si (1) ledit accord « est susceptible d'être dans l'intérêt de la justice », et si (2) ses termes sont « justes, raisonnables et proportionnés »<sup>290</sup>. Ces décisions sont confidentielles. Une fois que les deux parties ont convenu des conditions de l'*ASP*, le ministère public doit obtenir l'autorisation de la *Crown Court* pour s'assurer que l'accord satisfait dans les faits aux deux critères mentionnés ci-dessus<sup>291</sup>.

#### *Intervention du tribunal dans l'approbation de l'accord*

L'importance du contrôle judiciaire mis en œuvre après la décision de recourir à un accord hors procès varie selon le type d'accord et le pays. Comme le montre le graphique 48, le contrôle par un tribunal des modalités et des conditions concerne 28 mécanismes d'accords hors procès applicables à des personnes morales, ce qui représente 54 % des 52 dispositifs applicables, et 90 % de tous ceux faisant l'objet d'une forme de contrôle (31 types d'accords). S'agissant des personnes physiques, le contrôle judiciaire des modalités et des

<sup>287</sup> Rapport de Phase 3 sur le Chili, paragraphe 90.

<sup>288</sup> Rapport de Phase 2 sur l'Afrique du Sud, paragraphes 155 et 156.

<sup>289</sup> Rapport de Phase 3, paragraphe 90, et rapport de Phase 1 ter, paragraphe 40, relatifs au Chili.

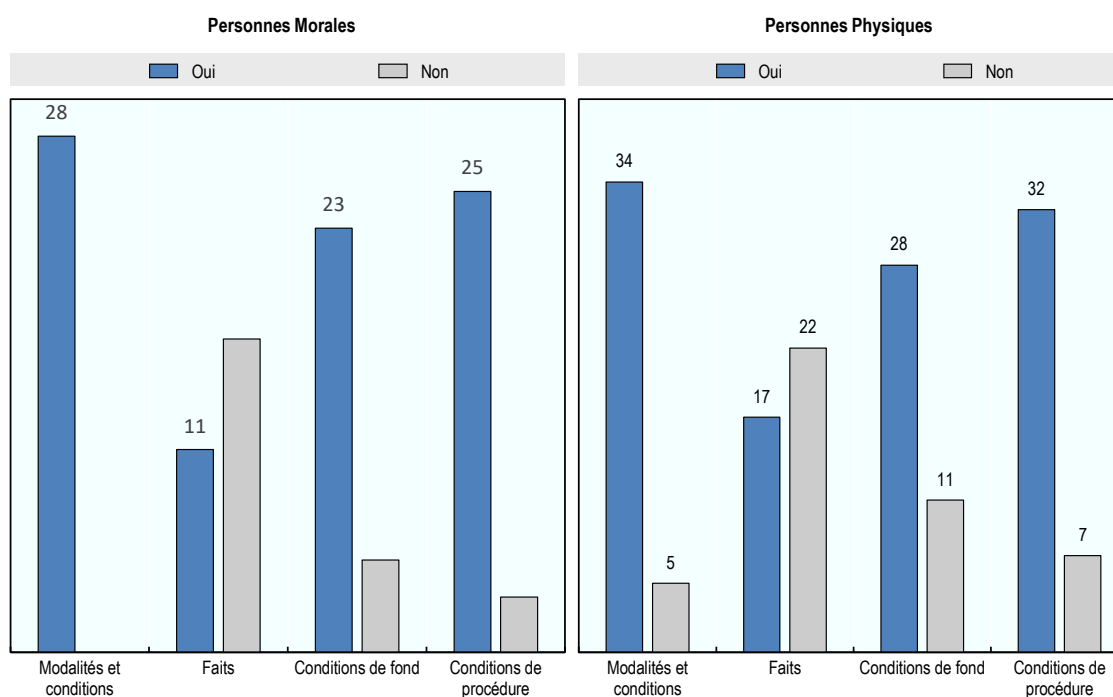
<sup>290</sup> UK Crime and Courts Act 2013 (loi britannique de 2013 sur la criminalité et les tribunaux), article 17, paragraphe 7.

<sup>291</sup> UK Crime and Courts Act 2013 (loi britannique de 2013 sur la criminalité et les tribunaux), article 17, paragraphe 8.

conditions concerne 34 mécanismes, représentant 62 % des dispositifs applicables, et 87 % des 39 mécanismes qui font l'objet d'une forme de contrôle.

Le contrôle des faits sous-jacents associés à l'infraction est toutefois moins fréquent. Dans le cas des personnes morales, le contrôle des faits sous-jacents par un tribunal ne concerne que 11 mécanismes d'accords, ce qui ne représente que 21 % de tous les mécanismes disponibles, et 35 % de ceux faisant l'objet d'un contrôle judiciaire. En ce qui concerne les personnes physiques, les tribunaux jouent un rôle un peu plus actif, mais seulement dans 17 mécanismes d'accords, représentant 31 % de tous les mécanismes applicables aux personnes physiques, et 44 % de ceux qui font l'objet d'une forme de contrôle.

**Graphique 48. Si un tribunal intervient dans l'approbation d'un accord, quels éléments examine-t-il ?**



*Note* : Le graphique relatif aux personnes morales exclut 21 mécanismes d'accords non concernés par un contrôle judiciaire ; le graphique relatif aux personnes physiques exclut 16 mécanismes pour la même raison.  
*Source* : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 54 et 55.

Après avoir examiné les modalités et les conditions de l'accord, le tribunal s'assure en général que les parties ont satisfait aux conditions de procédure requises pour conclure un accord. Cela vaut aussi bien pour les personnes morales que pour les personnes physiques. Ainsi, les tribunaux vérifient les conditions de procédure relatives à 25 accords applicables aux personnes morales, ce qui représente 48 % de tous les mécanismes disponibles, et 81 % de ceux faisant l'objet d'un contrôle par les tribunaux. De la même façon, les tribunaux examinent les conditions relatives à 32 accords dans le cas des personnes physiques, ce qui représente 58 % de tous les mécanismes applicables, et 82 % de ceux faisant l'objet d'un contrôle par les tribunaux. Il apparaît donc que les mécanismes visant les personnes physiques prévoient des protections un peu plus solides sur le plan procédural, y compris

des normes de régularité de procédure, vraisemblablement pour garantir le respect des droits des personnes.

Ces conditions de procédure visent, entre autres, à : déterminer si le consentement du prévenu à l'accord est volontaire et éclairé<sup>292</sup>, ou si ledit prévenu est représenté par un avocat<sup>293</sup>. Au **Chili**, par exemple, le tribunal doit s'assurer que les droits procéduraux du défendeur ont bien été respectés avant d'autoriser une *suspension conditionnelle des poursuites*. Le tribunal vérifie également que le prévenu puisse prétendre à un accord hors procès (notamment que l'infraction puisse être jugée au moyen de ce type d'accord, que son auteur ne soit pas un récidiviste, etc.). Il convient de noter que le tribunal n'examine pas le fond de l'affaire, ni la pertinence de la sanction infligée. Les tribunaux chiliens peuvent aussi réaliser un examen procédural des accords hors procès intervenus dans le cadre de la *procédure simplifiée ou sommaire*. Pour ce type d'accord, toutefois, le tribunal vérifie différentes conditions, et procède notamment à un examen général afin de s'assurer que l'accord respecte les « libertés fondamentales » du défendeur, ou que durant les négociations, il n'y a pas eu de violations des droits du prévenu. C'est notamment le cas de l'*accord préliminaire* en **Colombie**, ou de l'*accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction* en **République tchèque**.

Dans une moindre mesure, les tribunaux peuvent également examiner les dispositions de fond des accords hors procès. Dans ce cas aussi, les tribunaux procéderont le plus souvent à un examen de fond des accords hors procès applicables aux personnes physiques, plutôt qu'aux personnes morales. Le graphique 48 montre que parmi les pays membres du Groupe de travail sur la corruption, les tribunaux nationaux adoptent diverses approches lorsqu'ils procèdent à cet examen. En **Argentine**, lorsque le ministère public et le prévenu concluent un accord par le biais de la *procédure accélérée*, le tribunal examine l'accord en question afin de s'assurer de sa validité sur le plan factuel et juridique. Dans le cas contraire, le tribunal rejettera l'accord purement et simplement. Le tribunal ne peut toutefois pas rejeter la proposition d'accord au motif que la peine n'est pas suffisante, ni l'approuver sous réserve d'une peine plus sévère<sup>294</sup>. De la même manière, en **Lettonie**, un tribunal a le pouvoir de rejeter une transaction pénale en se fondant sur son évaluation des faits ou en arguant que la transaction n'est pas conforme au droit pénal. En **République tchèque**, un tribunal ne peut pas autoriser un *accord de reconnaissance de culpabilité et de sanction*, si ledit accord s'avère inexact au regards des faits du cas d'espèce, ou si la sanction infligée est inadéquate. Le tribunal veille également au respect des droits procéduraux du défendeur. S'agissant de la *Convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)* en **France**, le tribunal contrôle la légalité de l'amende proposée et évalue si son montant est proportionné. Les tribunaux adoptent une approche similaire en **Italie**, avec la procédure de *patteggiamento*, et en **Espagne** avec la procédure de *conformidad*.

<sup>292</sup> Le tribunal s'assure que le consentement du prévenu est volontaire et éclairé, par exemple, en **Afrique du Sud** (*transaction pénale*), en **Argentine** (*accord de coopération*), au **Chili** (*procédure accélérée*), en **Espagne** (procédure de *conformidad*), aux **États-Unis** (*transaction pénale*), en **Finlande** (*transaction pénale*), en **France** (*Convention judiciaire d'intérêt public*), en **Italie** (procédure de *patteggiamento*), et au **Royaume-Uni** (*transaction pénale*).

<sup>293</sup> Le tribunal s'assure que le prévenu est représenté par un avocat, par exemple, en **Argentine** (*procédure simplifiée*), et au **Chili** (*suspension conditionnelle des poursuites*).

<sup>294</sup> Rapport de Phase 3 bis, paragraphe 76, et rapport de Phase 3, paragraphe 80, relatifs à l'Argentine.

En **Israël**, bien que les tribunaux soient compétents pour autoriser ou rejeter une *transaction pénale*, les juges ont tendance à se ranger à l'avis du ministère public, sur le fondement du principe d'opportunité des poursuites, et parce qu'ils reconnaissent que le ministère public a une meilleure connaissance des faits sous-jacents de l'affaire. Néanmoins, au cours de la mission sur place menée dans le cadre de l'évaluation de Phase 3, les juges ont assuré qu'une *transaction pénale* contraire à l'intérêt public serait rejetée<sup>295</sup>.

#### *Intervention du tribunal dans l'établissement de sanctions en vertu d'un accord*

Même s'il est possible de conclure un accord sans contrôle ni autorisation préalables des tribunaux, la sanction envisagée peut néanmoins faire l'objet d'un contrôle. C'est souvent le cas pour les transactions pénales. L'**Australie** indique que dans le cas d'une *transaction pénale*, si le tribunal ne se prononce pas sur la décision de trancher l'affaire par le biais d'un tel mécanisme, il a le pouvoir de fixer la sanction. Aux **États-Unis** et au **Royaume-Uni**, en matière de *transactions pénales*, les tribunaux doivent avoir le dernier mot quant à la sanction infligée.

Dans certains pays, les tribunaux sont tenus d'appliquer la sanction telle qu'elle a été décidée par les parties, ou tout autre montant inférieur à la somme convenue. Au **Chili**, par exemple, lorsque le prévenu et le procureur parviennent à un accord sur les faits du cas d'espèce et sur la peine applicable, le tribunal doit autoriser ou rejeter l'accord. Si l'accord est accepté, le tribunal ne peut toutefois infliger qu'une sanction équivalente, ou inférieure, à celle convenue entre le ministère public et l'auteur présumé de l'infraction. Le tribunal a aussi le pouvoir de suspendre l'exécution de la sanction<sup>296</sup>.

#### *5.1.3. Conséquences en cas de rejet de l'accord par le tribunal*

Le refus par un tribunal d'entériner un accord hors procès soulève des questions complexes quant aux conséquences découlant de la tentative avortée de résoudre l'affaire par voie consensuelle. Si tel est le cas, le tribunal doit autoriser ou rejeter l'accord dans son ensemble. Certains mécanismes d'accords permettent cependant au tribunal d'autoriser un accord modifié.

Si le tribunal rejette l'accord, le ministère public est alors libre d'engager, ou de réactiver, une action répressive à l'encontre du prévenu. Cette possibilité existe pour la majorité des accords hors procès applicables à des personnes physiques et morales (53 % et 57 %, respectivement)<sup>297</sup>. Comme il est expliqué au chapitre 6.1.1, des restrictions peuvent s'appliquer quant à la possibilité d'utiliser des renseignements obtenus dans le cadre de négociations de l'accord pour faire avancer l'enquête ou engager des poursuites contre le prévenu. C'est par exemple le cas en **France** si la proposition de *CJIP* n'est pas validée par le tribunal. Les déclarations ou les documents obtenus durant la procédure relative à la *CJIP* ne peuvent pas être utilisés pour engager des poursuites par un tribunal<sup>298</sup>. Afin de

---

<sup>295</sup> Rapport de Phase 3 sur Israël, paragraphe 84.

<sup>296</sup> Rapport de Phase 1 ter sur le Chili, paragraphe 41.

<sup>297</sup> Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 58 et 59.

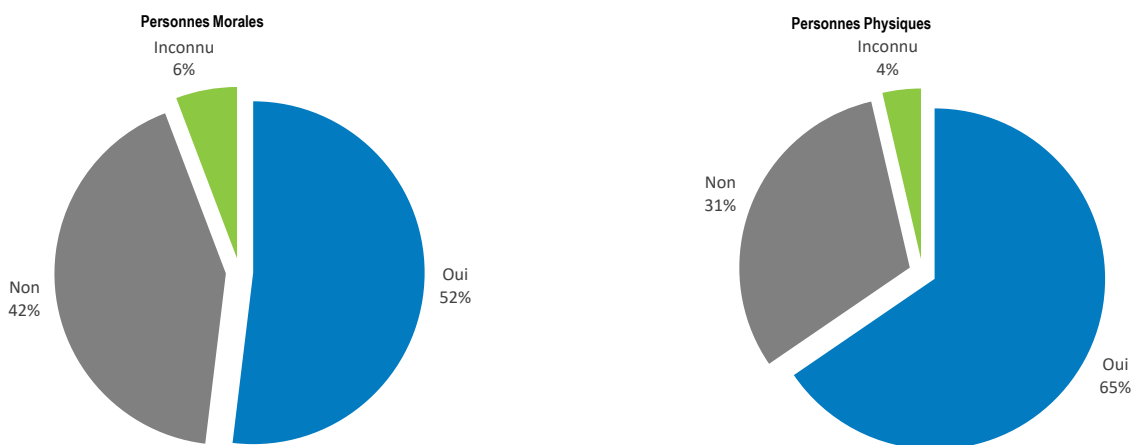
<sup>298</sup> Code de procédure pénale français, article 41-1-2 (créé par l'article 22 de la Loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016).

limiter tout risque de partialité, certaines Parties à la Convention peuvent désigner un juge différent qui sera chargé de conduire une éventuelle procédure ultérieure<sup>299</sup>. Dans certains systèmes, le tribunal peut simplement approuver un accord modifié après en avoir supprimé ou modifié certains termes jugés inacceptables<sup>300</sup>.

#### 5.1.4. Faire appel d'un accord hors procès ou le contester après sa conclusion

Le graphique 49 montre le nombre d'accords pouvant faire l'objet d'un recours ou d'une contestation au sein des pays Parties à la Convention. Il faut là aussi faire la distinction entre les règles régissant les accords hors procès applicables aux personnes physiques et celles visant les personnes morales. Sur les 52 mécanismes applicables aux personnes morales, 27 au moins (52 %) prévoient la possibilité d'introduire un recours, contre 22 au moins (42 %) qui ne le prévoient pas. Il est impossible de se prononcer sur 3 mécanismes (6 %). Les accords applicables aux personnes physiques sont plus fréquemment susceptibles de faire l'objet d'un recours ou d'une contestation : c'est le cas d'au moins 36 des 55 mécanismes existants (65 %). Au moins 17 mécanismes (31 %) ne peuvent pas faire l'objet d'un recours ou d'une contestation. Il n'est pas possible de se prononcer sur 2 mécanismes visant des personnes physiques (4 %). Certains pays ont fait le choix d'interdire toute possibilité de recours pour les accords concernant des personnes morales, tandis que les accords applicables aux personnes physiques peuvent être attaqués. C'est par exemple le cas en **France** où une *CJIP* conclue avec une personne morale ne peut pas faire l'objet d'un recours, cependant une procédure de recours peut être engagée dans le cas d'une *CRPC* (conclue avec une personne morale, ou une personne physique).

Graphique 49. Un accord peut-il être contesté



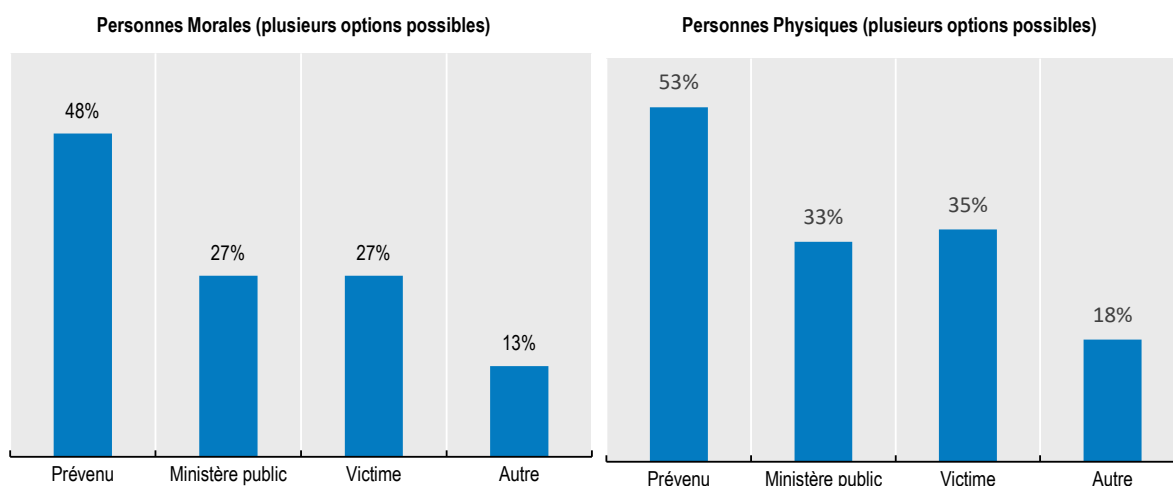
Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 29 et 30.

<sup>299</sup> Voir, par exemple, le rapport de Phase 3 sur Israël, paragraphe 85.

<sup>300</sup> *États-Unis contre ZTE Corporation*, 3:2017-cr-00120 (N.D. Tex. 2017) ; voir également Andrew M. Levin et al., « [Judicial Scrutiny of Corporate Monitors: Additional Uncertainty for FCPA Settlements?](#) », NYU Program on Corporate Compliance and Enforcement (Blog Post, 22 juin 2017), [wp.nyu.edu/compliance\\_enforcement/2017/06/22/judicial-scrutiny-of-corporate-monitors-additional-uncertainty-for-fcpa-settlements/#\\_ftn2](http://wp.nyu.edu/compliance_enforcement/2017/06/22/judicial-scrutiny-of-corporate-monitors-additional-uncertainty-for-fcpa-settlements/#_ftn2).

Le graphique 50 indique les personnes pouvant contester les accords susceptibles de recours ou d'une autre forme de contestation. prévenu peut notamment contester 25 accords applicables aux personnes morales (48 % de tous les accords, et 93 % des accords qui peuvent être contestés). S'agissant des personnes physiques, 29 accords peuvent être contestés (53 % de tous les accords, et 81 % des accords pouvant être contestés). Cette possibilité de contester un accord est moins fréquente quand il s'agit du ministère public. Quatorze mécanismes seulement applicables aux personnes morales (27 % de tous les accords, et 52 % des accords pouvant être contestés), et 18 mécanismes applicables aux personnes physiques (33 de tous les accords, et 50 % des accords pouvant être contestés) peuvent être contestés, ou faire l'objet d'un recours. Les victimes peuvent également contester 14 accords applicables aux personnes morales (27 % de tous les accords, et 52 % des accords pouvant être contestés), et 19 accords applicables aux personnes physiques (35 % de tous les accords, et 53 % des accords pouvant être contestés). À l'heure actuelle, les recours formés par des victimes restent rares dans les affaires de corruption transnationale.

**Graphique 50. Si un accord peut être contesté, qui peut être à l'origine du recours ?**



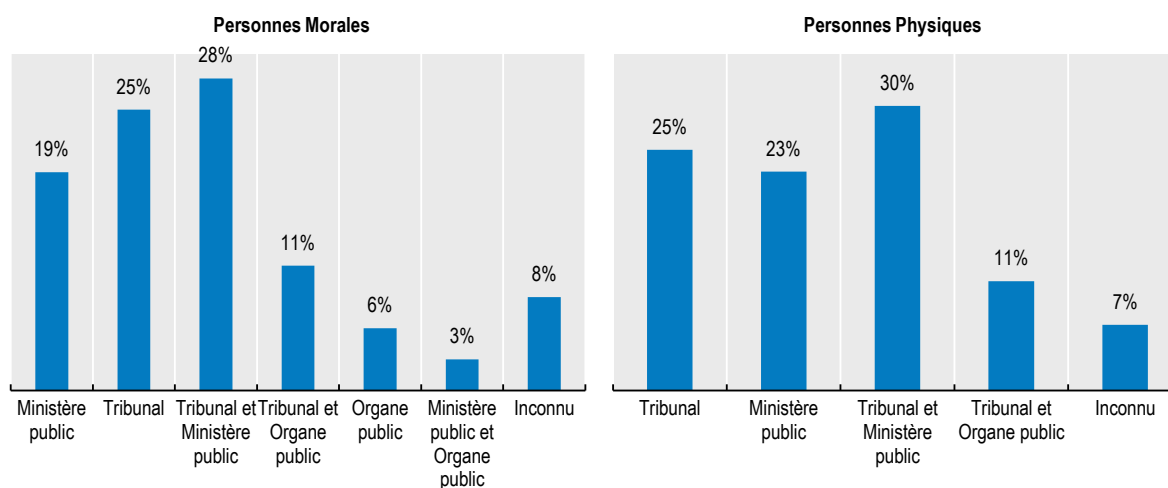
Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 20 et 30.

### 5.1.5. Contrôle du respect des conditions prévues par l'accord hors procès

À l'image des différences entre les types d'accords hors procès selon les pays Parties à la Convention, les approches de contrôle sont également différentes. Dans certains pays, le contrôle sera limité car l'objet de l'accord hors procès consiste principalement l'acquittement d'une amende. C'est le cas, par exemple, de l'*ordonnance de sanction optionnelle* en **Norvège**, ainsi que de l'*ordonnance administrative* au **Royaume-Uni**, et de la *résolution civile* en Écosse. Certains accords comportent des dispositions beaucoup plus complexes, en vertu desquelles les obligations imposées au prévenu peuvent s'étaler sur plusieurs années. Dans certains pays (**Argentine, Brésil, Colombie et États-Unis**), les prévenus peuvent être tenus de coopérer aux enquêtes en cours ou futures, ou de témoigner lors d'un procès. Certains pays Parties à la Convention peuvent aussi imposer une période probatoire durant laquelle le prévenu ne doit pas enfreindre la loi ou doit s'acquitter de certaines obligations. Enfin, les accords hors procès peuvent obliger les entreprises à mettre en œuvre des réformes en matière de gouvernance, voire à élaborer un programme de conformité sous la supervision d'un contrôleur, comme expliqué aux chapitres 4.6.2 et 4.7.

Dans les pays Parties à la Convention, l'application des dispositions des accords hors procès fait souvent l'objet d'un contrôle d'une forme ou d'une autre. S'agissant des personnes morales, 33 des 52 mécanismes (63 %) prévoient une forme de contrôle des résultats, contre 41 des 55 mécanismes applicables aux personnes physiques (75 %). Dans les pays Parties à la Convention, le contrôle de la mise en œuvre des accords hors procès relève le plus souvent des tribunaux, du ministère public, ou des deux. Le graphique 51 montre que le contrôle de l'application des accords hors procès visant des personnes morales (24 %, contre 19 % des accords applicables) est un peu plus souvent exercé par les tribunaux que par le ministère public. Cette observation vaut également pour les personnes physiques, les tribunaux exerçant un contrôle exclusif sur plus de 24 % des accords, contre 22 % pour le ministère public. En outre, les tribunaux et le ministère public contrôlent conjointement l'application d'environ un quart des accords conclus avec des personnes morales ou des personnes physiques. Les instances administratives ou autres organismes publics exercent une autorité exclusive sur quelques accords visant des personnes morales, mais ils assistent les tribunaux pour ce qui est du contrôle de certains accords conclus avec des personnes physiques.

**Graphique 51. Autorités chargées de veiller au respect des conditions prévues dans les accords**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 60 et 61.

Les exemples suivants donnent un aperçu des divers mécanismes de contrôle mis en œuvre par les pays Parties à la Convention. Le **Brésil**, par exemple, indique que la mise en œuvre d'un *accord de clémence* conclu entre son organe chargé de l'application des décisions administratives et une personne morale sera contrôlée par des agents de l'autorité administrative. En **Israël**, la *transaction pénale* peut être subordonnée d'une d'une période probatoire sous la supervision de l'Autorité israélienne de mise à l'épreuve. La **Norvège** indique que l'Agence nationale de recouvrement est chargée de recouvrer l'amende infligée au moyen d'une *ordonnance de sanction optionnelle*. Aux **États-Unis**, enfin, les *accord d'abandon des poursuites* et les *accords de suspension des poursuites* confèrent aux autorités répressives le pouvoir exclusif d'établir si l'entreprise a violé les conditions prévues aux termes de l'accord. Quelques accords isolés prévoient cependant qu'un juge



ou un auxiliaire de justice, désigné sous le titre de « *Special Master* » décide si l'entreprise a *de facto* enfreint l'accord<sup>301</sup>.

### 5.1.6. Mesures de surveillance une fois le contrôle effectué

Une fois le contrôle de conformité effectué, le contrôleur transmet un rapport final aux autorités compétentes. Ce rapport contient une évaluation globale des efforts mis en œuvre par la société pour se conformer à ses obligations et pour renforcer son programme de conformité. Si le ministère public établit que l'entreprise n'a pas respecté les modalités du contrôle, celle-ci s'expose alors à d'autres conséquences.

Dans les pays où le contrôle est susceptible d'être étendu, les autorités peuvent envisager cette option. Elles peuvent également décider d'engager ou de reprendre des poursuites en se fondant sur les accusations initiales à l'origine de l'accord hors procès et éventuellement sur d'autres violations. Dans certains pays, comme aux **États-Unis**, les accords peuvent conférer au ministère public le pouvoir exclusif de décider si l'entreprise en infraction a pleinement respecté les modalités du contrôle. Dans d'autres, comme au **Royaume-Uni** par exemple, le procureur peut négocier directement avec l'entreprise en infraction afin d'adapter les conditions de l'ASP, notamment la durée du contrôle. Les modifications envisagées des termes de l'ASP n'entreront en vigueur que si le tribunal déclare qu'elles sont dans « l'intérêt de la justice », et qu'elles sont « justes, raisonnables et proportionnées ». Le ministère public peut aussi s'adresser directement au tribunal pour modifier les conditions de l'ASP, voire pour faire annuler l'accord.

#### Encadré 18. Contrôle judiciaire dans le cadre des CJIP en France

Dans le cadre d'une CJIP, une fois que la personne morale a accepté les termes de la convention, le procureur demande son homologation auprès du Président du tribunal de grande instance (TGI) qui, après une audience publique, décidera s'il y a lieu d'autoriser la CJIP. À cette fin, le Président du tribunal vérifie si la conclusion d'une CJIP est fondée (tant sur le fond de l'affaire, que sur la légalité de la procédure), et si les mesures imposées dans le cadre de la CJIP sont proportionnelles aux avantages retirés par l'entreprise du fait de l'infraction présumée. La décision du juge n'est pas susceptible d'un recours. La personne morale dispose cependant d'un délai de rétractation de 10 jours.

#### Conséquences de la non-homologation d'une CJIP

Si la CJIP n'est pas homologuée par le juge ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, le procureur ne pourra pas se servir des déclarations ou des documents obtenus dans le contexte de la CJIP aux fins d'une procédure judiciaire ultérieure.

#### Conséquences de l'homologation d'une CJIP

L'ordonnance de validation prononcée par le juge n'emporte pas reconnaissance de culpabilité, n'est pas assimilable à une condamnation et n'entraîne pas les mêmes conséquences. La CJIP ne fait notamment pas l'objet d'une inscription sur casier judiciaire de la personne morale. L'ordonnance de validation prononcée par le juge donne lieu à la

<sup>301</sup> Voir Brandon Garrett, *Structural Reform Prosecution*, 93 Va. L. Rev. 853, 919 (2007).

publication d'un communiqué par le bureau du procureur, et le montant de l'amende d'intérêt public de même que la CJIP elle-même sont publiés sur le site internet de l'AFA.

Source : Code français de procédure pénale, article 41-1-2.

## 5.2. Transparence des accords conclus et possibilité de les consulter

### 5.2.1. Rendre les accords publics et accessibles

La publication des accords conclus est généralement considérée comme une pratique indispensable pour assurer la transparence, l'efficacité et la cohérence des mécanismes d'accords. Dans une synthèse de 2015, Transparency International formule des recommandations concernant la transparence, l'efficacité, la régularité des procédures et l'indemnisation des victimes dans le contexte des accords hors procès. La publication des accords est la principale mesure recommandée pour assurer la transparence<sup>302</sup>. En mars 2016, Corruption Watch, Global Witness, Transparency International et la Coalition de la CNUCC ont adressé une lettre au Groupe de travail, appelant à l'adoption de normes mondiales sur les accords hors procès. La lettre formulait six recommandations, dont celle de rendre les accords accessibles au public<sup>303</sup>. Le Natural Resource Governance Institute considère que le fait de rendre les accords publics et accessibles « fournit [également] aux journalistes et aux militants de la société civile des informations très précieuses dont ils peuvent se servir pour demander des comptes, en particulier dans les pays touchés par la corruption. Par exemple, des documents récents relatifs à l'action anti-kleptocratie du ministère de la Justice américain (DOJ) concernant les fonds de 1Malaysia Development Berhad (1MDB) ont été largement utilisés par des militants et des journalistes malaisiens pour faire pression dans le sens d'une réponse nationale plus énergique face à la corruption »<sup>304</sup>.

Au regard de ces considérations, le Groupe de travail a systématiquement recommandé aux pays de rendre publiques les informations relatives aux accords hors procès. Tout au long des différentes phases des processus d'évaluation par pays, le Groupe de travail a constamment formulé des recommandations concernant la publication des accords hors procès. Ces recommandations se sont concentrées sur deux éléments en particulier : les termes de l'accord, et les motifs du recours à un accord hors procès (tel qu'examiné plus en détail au paragraphe 5.2.2).

Plus généralement, le Groupe de travail a toujours considéré que la publication d'informations sur les accords hors procès conclus est un gage de transparence et de cohérence pour les procédures d'application. Lors de l'évaluation de Phase 3 du **Brésil**, le Groupe de travail a déclaré que « l'absence de ligne directrice, conjuguée à l'absence de publication des accords de coopération, font courir le risque que les accords de coopération ne soient pas appliqués de manière cohérente, notamment dans les affaires de corruption

<sup>302</sup> Transparency International (2015), Synthèse, « *Can Justice Be Achieved Through Settlements?* »

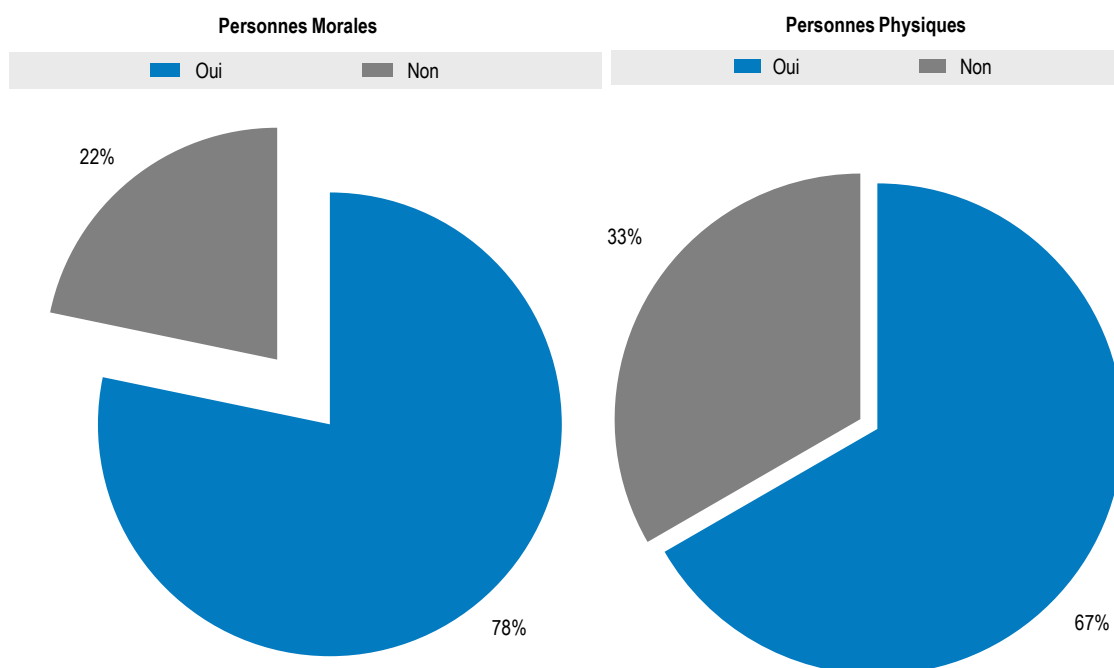
<sup>303</sup> Consulter un article sur ce sujet à l'adresse suivante : [www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html](http://www.fcpablog.com/blog/2016/3/15/ngos-to-oecd-corporate-pretrial-agreements-can-work-but-we-s.html).

<sup>304</sup> Contributions du Natural Resource Governance Institute à l'Étude sur la résolution des affaires de corruption transnationale.

transnationale »<sup>305</sup>. En faisant mieux connaître les procédures d'application d'un pays, la publication des accords conclus contribue également à une meilleure sensibilisation et fournit des orientations aux professionnels. Dans le cadre d'autres évaluations de Phase 3, le Groupe de travail a noté que lorsqu'une affaire de corruption transnationale est résolue au moyen d'un accord hors procès, les éléments les plus importants de cet accord doivent être rendus publics, afin de garantir une plus grande transparence, de sensibiliser davantage et d'accroître la confiance dans les mesures engagées en vue de réprimer l'infraction de corruption transnationale.

Le graphique 52 indique qu'une majorité de pays visés par l'Étude publie au moins un type d'accord applicable à des personnes morales et un type applicable à des personnes physiques.

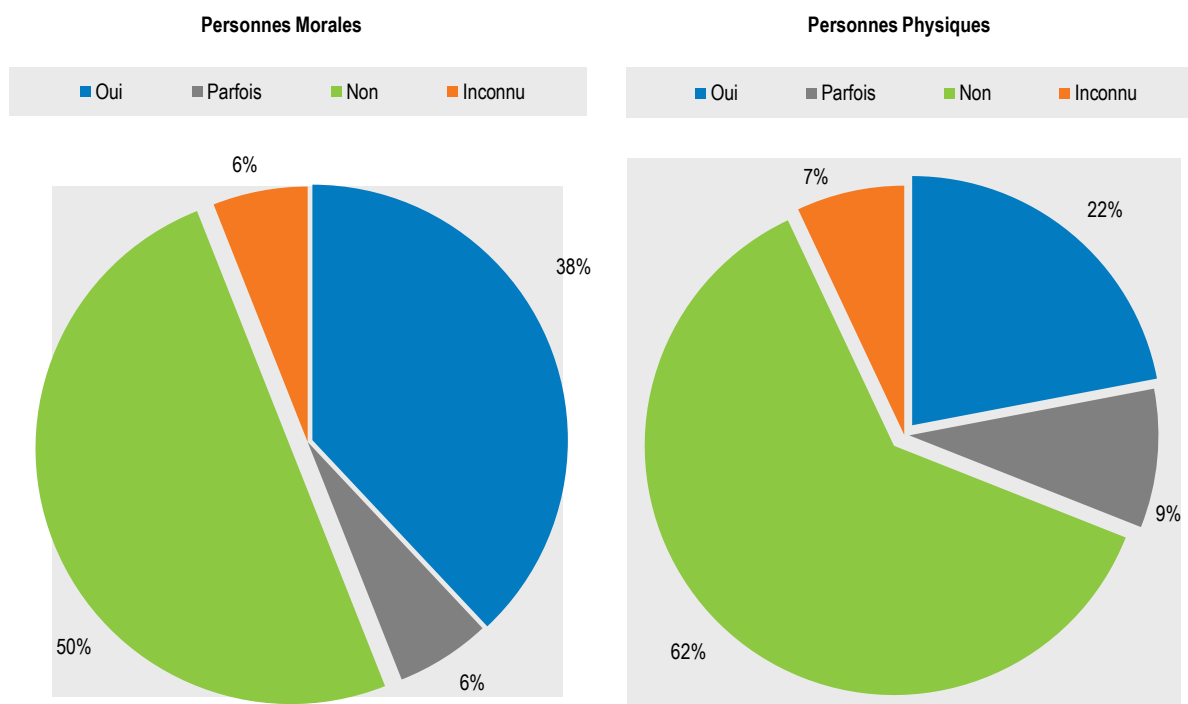
**Graphique 52. Les autorités rendent-elles public au moins un type d'accord hors procès ?**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 66 et 67.

Les communiqués de presse peuvent s'avérer utiles pour communiquer sur un accord hors procès. Cela vaut en particulier lorsque les médias consultent les sites internet des autorités répressives et relaient l'information dans les journaux. Dans ces cas, la publication d'un communiqué de presse peut permettre d'améliorer la visibilité d'une affaire ainsi avoir un effet dissuasif. Le graphique 53 indique le nombre de mécanismes prévoyant la publication d'un communiqué de presse pour les accords hors procès conclus. Un communiqué de presse ne peut toutefois pas remplacer la publication de certains éléments substantiels d'un accord hors procès.

<sup>305</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphe 101.

**Graphique 53. Les accords hors procès conclus font-ils l'objet d'un communiqué de presse ?**

Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 64 et 65.

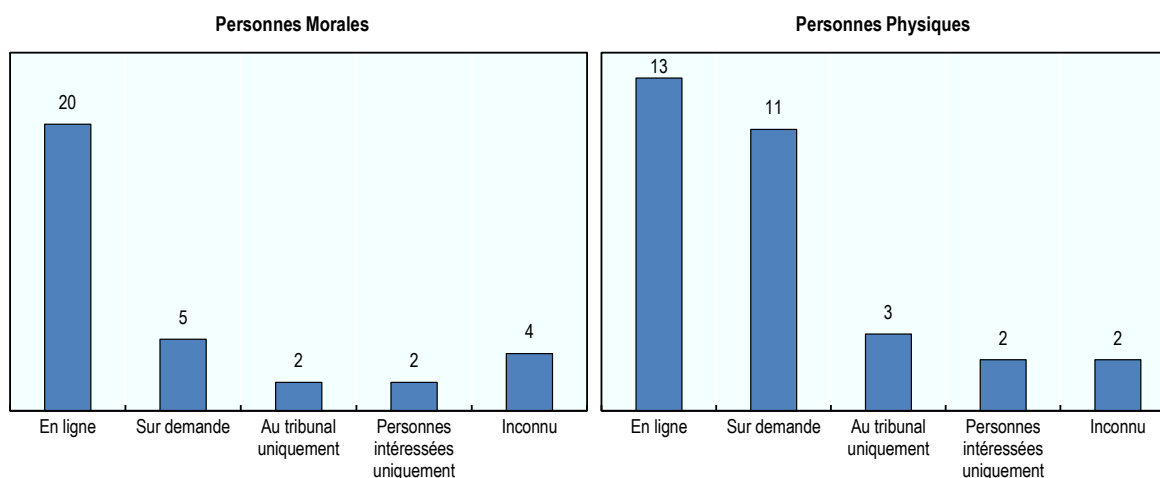
Sur les 32 mécanismes applicables à des personnes morales prévoyant la publication systématique ou occasionnelle, des accords hors procès une fois conclus, 15 d'entre eux prévoient également la diffusion d'un communiqué de presse. Sur les 32 mécanismes applicables à des personnes physiques prévoyant la publication systématique ou occasionnelle, des accords hors procès une fois conclus, 9 d'entre eux prévoient également la diffusion d'un communiqué de presse. Dans un petit nombre de cas, les accords ne sont pas rendus publics, mais les autorités publient un communiqué de presse après la conclusion de l'accord. C'est le cas notamment du mécanisme de la *transaction* aux **Pays-Bas**, tout au moins lorsque l'amende est supérieure à 50 000 EUR, et de l'*ordonnance de consentement* au **Royaume-Uni**, en vertu de l'article 276 de la Loi sur les produits des actes criminels de 2002 (*Proceeds of Crime Act* ou POCA). De la même façon, l'*ordonnance de sanction optionnelle* en **Norvège**, et la *transaction pénale* au **Royaume-Uni**, sont accessibles sur demande, mais les autorités répressives publient un communiqué de presse une fois les accords conclus<sup>306</sup>. En **Norvège** cependant, un communiqué de presse n'est publié que si l'affaire est connue du public et que la décision présente un intérêt général. L'**Allemagne** adopte une approche similaire lorsque la décision relève des procureurs des *Länder* chargés de l'affaire.

La possibilité de consulter les accords signifie non seulement qu'ils sont publics, mais aussi aisément accessibles. Le graphique 54 montre que d'une manière générale, il est plus facile de consulter des accords conclus avec des personnes morales qu'avec des personnes physiques. La mise en ligne des accords permet d'en faciliter la consultation, et concerne plus fréquemment les accords applicables aux personnes morales qu'aux personnes

<sup>306</sup> Réponses au questionnaire de collecte de données.

physiques. Vingt accords (38 %) applicables à des personnes morales, et 13 accords (24 %) applicables à des personnes physiques ont recours à la publication en ligne. De même, les accords hors procès qui sont publics mais ne sont accessibles que sur demande, sont plus fréquents dans les systèmes applicables aux personnes physiques (34 %), que dans ceux applicables aux personnes morales (12 %). Les règles relatives à la confidentialité ou bien les clauses de confidentialité *ad hoc* permettent dans la plupart des cas d'expliquer ces différences. La publication peut parfois être retardée afin de ne pas entraver les enquêtes en cours à l'encontre de tiers.

**Graphique 54. Quelles sont les modalités de communication des accords conclus avec des personnes physiques ou morales ?**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 66.

Le graphique 54 montre qu'un petit nombre d'accords ne sont accessibles qu'aux personnes qui en manifestent l'intérêt. C'est notamment le cas en **Suisse**, où les *ordonnances pénales* ne sont « accessibles qu'aux personnes intéressées (article 69(2) du Code de procédure pénales) ou bien, selon la jurisprudence [du tribunal pénal fédéral], [...] aux personnes intéressées, lorsque le requérant démontre disposer d'un intérêt dans l'information digne de protection, et qu'aucun intérêt public ou privé prépondérant ne s'oppose à la consultation demandée. »<sup>307</sup>

### 5.2.2. Quelles informations sont rendues publiques ?

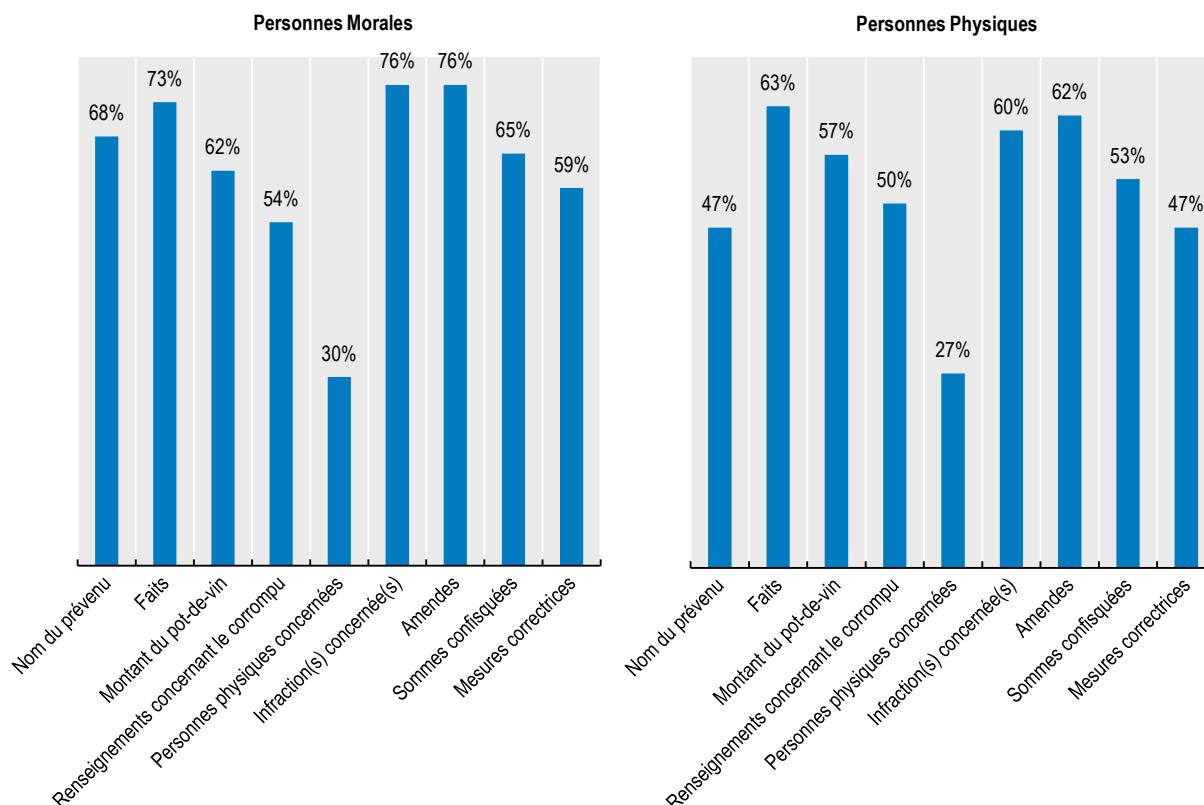
L'intérêt de la publication est dans une grande mesure conditionnée par la nature et l'importance des informations qui sont rendues publiques. Elles peuvent fournir des précisions sur les termes de l'accord hors procès, sur les raisons pour lesquelles les autorités ont eu recours à ce mode de résolution, sur la façon dont elles en ont défini les conditions, de même que sur l'affaire même.

En règle générale, et comme le montre le graphique 55, les publications qui concernent des accords conclus avec des personnes morales sont plus détaillées que celles portant sur des accords conclus avec des personnes physiques. Les faits entourant l'affaire et le montant de l'amende sont les deux seuls éléments qui sont publiés dans une majorité d'accords

<sup>307</sup> Rapport de Phase 4 sur la Suisse, paragraphe 116.

conclus avec des personnes physiques. Ces deux éléments essentiels d'un accord peuvent en effet être facilement publiés sans divulguer d'informations confidentielles. En revanche, la quasi-totalité des éléments mesurés sont publiés dans une majorité d'accords conclus avec des personnes morales. Le seul élément qui n'est généralement pas publié est le nom de la ou des personnes physiques coupables de l'infraction sous-jacente.

**Graphique 55. Quelles informations figurant dans les accords conclus avec des personnes physiques ou morales sont rendues publiques ?**



Source : Résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 66 et 67.

### *Conditions de l'accord et motifs du recours à un accord*

Le Groupe de travail a toujours recommandé aux pays Parties à la Convention de publier les conditions des accords et les motifs du recours à ce mode de résolution, plutôt qu'à une procédure judiciaire complète. Dans le rapport d'évaluation de Phase 3 sur le **Brésil**, il est recommandé que le pays « rendre publics, le cas échéant, certains éléments des accords de clémence et de coopération conclus dans des affaires de corruption transnationale, comme les raisons pour lesquelles un accord a été jugé approprié dans une affaire spécifique et les conditions de l'arrangement »<sup>308</sup>. De la même façon, dans le rapport d'évaluation de Phase 3 sur l'**Allemagne**, il est recommandé aux autorités de rendre publics « certains éléments de ces arrangements aux termes de l'article 153a du CPP, comme les raisons pour

<sup>308</sup> Rapport de Phase 3 sur le Brésil, paragraphe 6(i).

lesquelles ils ont été utilisés dans une affaire précise et les conditions de ces arrangements »<sup>309</sup>.

S'agissant des conditions prévues par les accords, le Groupe de travail sur la corruption a parfois formulé des recommandations pour que les pays publient le plus d'éléments possibles. Dans le rapport d'évaluation de Phase 3 sur le **Danemark**, le Groupe de travail a recommandé que le pays « [...] rendre publiques, lorsque cela est nécessaire et en conformité avec les règles applicables, autant d'informations que possible sur les accords en matière de règlement »<sup>310</sup>. Une recommandation similaire a été formulée à l'intention du **Royaume-Uni** en 2012, dans le cadre de l'évaluation de Phase 3<sup>311</sup>.

Dans d'autres pays, le Groupe de travail a insisté sur un élément en particulier, celui de la sanction infligée. Dans le rapport d'évaluation de Phase 3 sur la **France**, tout en notant que la requête en homologation se déroule en audience publique<sup>312</sup>, le Groupe de travail sur la corruption a recommandé de rendre publics « certains éléments de la CRPC, comme les termes de l'accord, en particulier la ou les sanctions homologuées »<sup>313</sup>. Les informations relatives aux sanctions sont particulièrement importantes, dans la mesure où elles permettent au public de déterminer si les sanctions imposées par le biais des accords hors procès sont « efficaces, proportionnées et dissuasives », conformément au critère énoncé à l'article 3 de la Convention anti-corruption. Cette pratique contribue aussi à renforcer la transparence et à dissiper les critiques quant au fait que les accords hors procès représentent pour les auteurs présumés de l'infraction une « solution de facilité ». Comme l'indique le graphique 55, le montant de l'amende est communiqué dans 76 % des accords publiés visant une personne morale, et le montant des sommes confisquées dans 65 % des cas. Le montant de l'amende est communiqué dans 63 % des accords publiés conclus avec une personne physique, et le montant des sommes confisquées dans 55 % des cas.

Il convient cependant de noter que pour apprécier si une sanction est « efficace, proportionnée et dissuasive », il convient le plus souvent de disposer d'autres informations, outre le type et le montant de la sanction. Dans le rapport d'évaluation de Phase 3 sur le **Royaume-Uni**, le Groupe de travail a observé ce qui suit : « Les informations très restreintes sur les règlements amiables qui sont mises à la disposition du public par les autorités britanniques ne permettent, en effet, généralement pas d'évaluer comme il convient si les sanctions imposées sont efficaces, proportionnées et dissuasives. »<sup>314</sup> Notamment, les informations concernant le montant du pot-de-vin sont des éléments importants pour les besoins d'une évaluation. Cette information est communiquée dans 62 % des accords publiés conclus avec des personnes morales, et dans 57 % des cas en ce qui concerne les personnes physiques.

Les éléments pris en compte par les autorités pour déterminer le niveau et la nature des sanctions peuvent également être une source d'indications utiles pour les professionnels.

---

<sup>309</sup> Rapport de Phase 3 sur l'Allemagne, recommandation 3.c.

<sup>310</sup> Rapport de Phase 3 sur le Danemark, recommandation 3(c).

<sup>311</sup> Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, recommandation 4(c).

<sup>312</sup> Code français de procédure pénale, art 495-9.

<sup>313</sup> Rapport de Phase 3 sur la France, pages 39 à 41, et recommandation 4(c).

<sup>314</sup> Rapport de Phase 3 sur le Royaume-Uni, Synthèse.

Le Groupe de travail a indiqué par exemple qu'en Norvège, face à l'absence d'instructions concernant l'*ordonnance de sanction optionnelle*, l'Autorité nationale norvégienne d'enquêtes et de poursuites des délits économiques et environnementaux (ØKOKRIM) a commencé à « inclure davantage d'informations dans les communiqués de presse pour informer le public des facteurs dont elle tient compte dans la détermination des sanctions imposées » par le biais d'un accord<sup>315</sup>. (Les sanctions appliquées par des pays Parties à la Convention sont examinées au chapitre 4.2.4.).

À l'instar des termes de l'accord conclu, le Groupe de travail recommande aussi que les pays publient systématiquement la raison pour laquelle l'affaire a été résolue par le biais d'un accord hors procès. Communiquer cette information contribue à renforcer la confiance du public dans le mécanisme de résolution. Le public et la société civile peuvent ainsi évaluer si les conditions et les critères prévus par la loi ont été respectés, et s'assurer qu'un accord n'est pas le résultat d'une décision arbitraire. Cette publicité contribue aussi à une plus grande transparence du mécanisme. Dans le rapport d'évaluation de Phase 4 sur l'**Allemagne**, le Groupe de travail recommande aux autorités « de s'assurer, par tout moyen approprié, que certains éléments des règlements conclus aux termes de l'article 153a du CPP, par exemple le fondement juridique du choix de la procédure, les faits entourant l'affaire, les personnes physiques sanctionnées (anonymisées au besoin) et les sanctions imposées soient rendus publics le cas échéant, conformément aux dispositions législatives relatives à la protection des données et aux dispositions de la Constitution allemande. »<sup>316</sup>

#### *Détails sur les affaires*

Les éléments relatifs aux faits entourant une affaire peuvent apporter des éclaircissements sur ce qui constitue une infraction de corruption transnationale et sur la manière dont la loi est interprétée et appliquée. À la différence des conditions de l'accord hors procès et des raisons du recours à ce mode de résolution, le Groupe de travail ne recommande pas de publier systématiquement les détails des affaires conclues par ce biais. Cette remarque admet toutefois une exception. Dans le rapport de Phase 3 sur la **Belgique**, le Groupe de travail recommande ainsi au pays de « rendre publics, en tant que de besoin et en conformité avec les règles de procédures applicables, les éléments les plus importants des transactions pénales conclues dans des affaires de corruption transnationale, et en particulier les faits principaux, les personnes physiques ou morales sanctionnées, les sanctions homologuées et les biens remis volontairement. »<sup>317</sup>

Dans les faits, et comme le montre le graphique 55, les faits relatifs à une affaire constituent l'élément le plus courant figurant dans un accord donnant lieu à publication. Cette information est communiquée dans 73 % des accords publiés conclus avec des personnes morales, et dans 63 % des cas en ce qui concerne les personnes physiques. Enfin, des détails concernant le corrompu peuvent fournir des indications utiles aux entreprises dans le contexte des initiatives qu'elles mettent en œuvre en matière d'évaluation des risques. Cette information est communiquée dans 54 % des accords publiés conclus avec des personnes morales, et dans 50 % des cas en ce qui concerne les personnes physiques.

La publication du nom de l'auteur de l'infraction accroît le risque d'atteinte à la réputation pour les éventuels auteurs de l'infraction et renforce l'effet dissuasif de la publication. Le

<sup>315</sup> Rapport de Phase 4 sur la Norvège, paragraphe 85.

<sup>316</sup> Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, recommandation 3(b).

<sup>317</sup> Rapport de Phase 3 sur la Belgique, recommandation 5.



nom de l'auteur de l'infraction est communiqué dans 68 % des accords publiés conclus avec une personne morale. Et dans 30 % des cas, le nom de la personne physique qui a commis l'infraction est aussi connu. Le nom de l'auteur de l'infraction est cependant communiqué dans 47 % des accords publiés conclus avec une personne physique. L'écart entre les personnes morales et les personnes physiques peut s'expliquer par des considérations liées à la vie privée ou à la protection des données. Ces règles sont communes aux pays Parties à la Convention de l'OCDE sur la lutte contre la corruption et expliquent pourquoi le Groupe de travail précise systématiquement que la publication des accords doit se faire conformément aux règles en vigueur. Comme il a été précisé précédemment, en **Allemagne**, le Groupe de travail a recommandé que les informations concernant « les personnes physiques sanctionnées (anonymisées au besoin) soient rendues publiques »<sup>318</sup>.

#### **Encadré 19. Bonnes pratiques de publication d'informations sur les accords hors procès conclus**

Une fois qu'un accord hors procès est conclu, rendre public, lorsque cela est nécessaire, et conformément aux règles applicables dans chaque pays (Constitution, règles sur la protection des données, par exemple) :

1. Les faits entourant l'affaire afin de mieux faire connaître ce qui constitue une infraction de corruption transnationale ;
2. Le nom des personnes sanctionnées (anonymisées si nécessaire s'il s'agit de personnes physiques) pour renforcer l'effet dissuasif de la publication ;
3. Les raisons de recourir à un accord hors procès plutôt qu'à une procédure judiciaire complète dans une affaire spécifique, afin d'améliorer la transparence et la confiance du public dans le système de résolution ;
4. Le fondement juridique du mécanisme de résolution choisi ;
5. Les termes des accords hors procès ou autant d'éléments que possible, notamment les éventuelles conditions, et ;
6. Les sanctions imposées au moyen des accords hors procès, afin d'apprécier en toute transparence si elles sont « efficaces, proportionnées et dissuasives », conformément au critère énoncé à l'article 3 de la Convention anti-corruption.

Les informations relatives aux sanctions doivent préciser : le montant des sanctions pécuniaires, le montant des sommes confisquées, le montant du pot-de-vin, les autres sanctions civiles et/ou administratives, notamment l'interdiction de participer aux procédures d'adjudication publique (dans le cas d'affaires visant des personnes morales), l'indemnisation des victimes, l'accord portant sur le paiement des frais de procédure, les mesures de surveillance, y compris les mesures de contrôle le cas échéant.

*Source* : Rapports de suivi du Groupe de travail de l'OCDE

<sup>318</sup> Rapport de Phase 4 sur l'Allemagne, recommandation 3(b).

## Chapitre 6. Accords et procédures connexes

### 6.1. Incidence des accords hors procès sur les procédures internes connexes

La décision de mettre fin à une procédure visant une personne morale ou physique au moyen d'un accord hors procès peut avoir une incidence sur les autres procédures engagées dans la même juridiction. Cet aspect est particulièrement important lorsqu'il s'agit d'affaires majeures visant de plusieurs défendeurs. La clôture d'une procédure engagée à l'encontre d'un défendeur au moyen d'un accord hors procès peut avoir un effet positif pour les autorités de poursuites en ce sens que dans certains pays, un accord conclu avec une personne morale ou physique peut faciliter les poursuites à l'encontre d'autres défendeurs visés par la même procédure. Dans d'autres juridictions, l'application de ce type de mécanisme risque au contraire d'affaiblir l'action contre l'autre (ou les autres) défendeur(s). Les accords hors procès peuvent avoir un impact sur les procédures connexes de trois manières principales, qui méritent une analyse plus approfondie.

En premier lieu, les preuves ou documents obtenus dans des affaires qui n'ont pas abouti à un accord peuvent-ils être utilisés contre les mêmes personnes morales/physiques ? En deuxième lieu, les accords conclus peuvent-ils être utilisés contre d'autres personnes physiques ou morales dans le cadre d'une autre procédure interne ? En troisième lieu, le refus d'un (ou plusieurs) défendeur(s) de conclure un accord a-t-il un impact sur les éventuelles procédures d'accord visant d'autres défendeurs ?

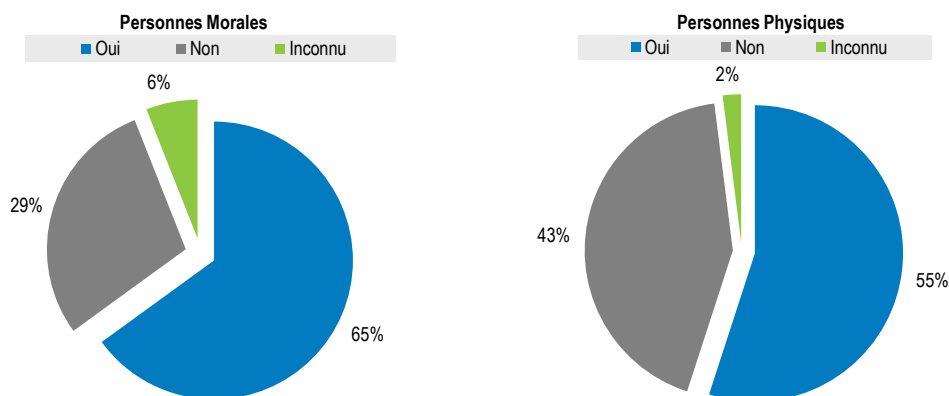
#### *6.1.1. Les preuves ou documents obtenus dans des affaires qui n'ont pas abouti à un accord peuvent-ils être utilisés dans le cadre d'une enquête ou d'un procès distinct ?*

Si une négociation entamée entre le procureur et le prévenu n'aboutit pas à un accord, il importe, pour le prévenu comme pour le ministère public (ou toute autre autorité compétente), de savoir quelles preuves et quels documents fournis dans le cadre de cette négociation peuvent par la suite être utilisés pour une autre enquête ou un autre procès en vue de contribuer à résoudre une autre affaire visant le prévenu ou des personnes morales ou physiques liées à celui-ci. Comme l'illustre le graphique 56, les réponses des pays montrent que les preuves et les documents peuvent être utilisés d'une manière ou d'une autre dans plus de la moitié des mécanismes d'accord hors procès (65 % des mécanismes applicables aux personnes morales et 55 % des mécanismes applicables aux personnes physiques).

En revanche, dans plusieurs pays Parties, dont l'**Allemagne**, la **France**, **Israël**, le **Royaume-Uni** et la **Suisse**, les informations ou les éléments de preuve (ou les deux) obtenus dans le cadre d'une tentative infructueuse de conclure un accord ne peuvent pas être utilisés contre des personnes morales ou physiques. La principale raison invoquée pour justifier cette limitation est qu'il est nécessaire de faciliter la pleine coopération du prévenu. Ainsi, en **France**, si une *convention judiciaire d'intérêt public (CJIP)* n'est pas validée par un juge ou si la personne morale exerce son droit de rétractation, les déclarations et les

documents obtenus dans le cadre de la procédure ne peuvent pas être utilisés lors d'un procès. En **Argentine**, ni le mécanisme d'*exemption de peine* ni les *accords de coopération effective* ne permettent d'utiliser les éléments de preuve. En **Suisse**, les déclarations faites par les parties ne peuvent pas être utilisées dans le cadre d'une procédure judiciaire ultérieure, mais d'autres éléments de preuve peuvent éventuellement être utilisés.

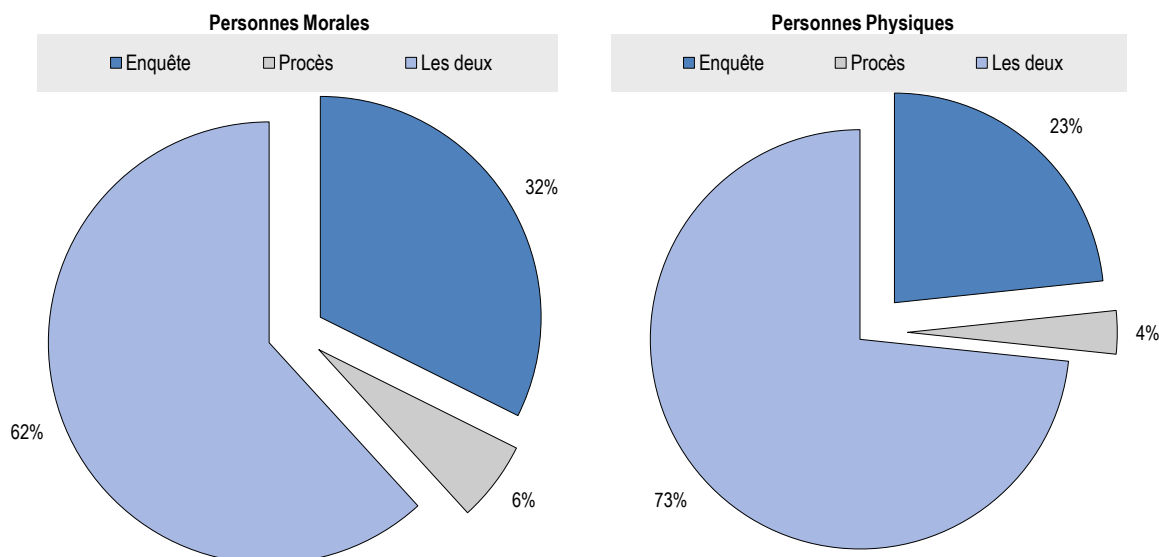
**Graphique 56. Si les négociations n'aboutissent pas à un accord, les preuves et les documents obtenus peuvent-ils être utilisés dans le cadre d'une enquête ou d'un procès distinct ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 27 et 28.

Le graphique 57 montre que les informations obtenues dans le cadre de procédures d'accord n'ayant pas abouti peuvent être utilisées à la fois pour une enquête et pour un procès ultérieur(e) dans un peu moins des deux tiers (62 %) des mécanismes d'accord hors procès applicables aux personnes morales et 73 % des mécanismes applicables aux personnes physiques. Dans un tiers (32 %) des mécanismes applicables aux personnes morales et un quart (23 %) des mécanismes applicables aux personnes physiques, elles peuvent être utilisées à des fins d'enquête mais pas pour un procès. À l'inverse, dans 6 % et 4 % des mécanismes respectifs qui permettent une telle utilisation, elles peuvent être utilisées aux fins d'un procès mais pas dans le cadre d'une enquête.

**Graphique 57. Lorsque les informations recueillies dans le cadre d'une procédure d'accord n'ayant pas abouti peuvent être utilisées par la suite, à quelles fins peuvent-elles l'être ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 27 et 28.

Finalement, la situation dépend du pays où le prévenu engage la négociation en vue de conclure un accord hors procès. En **Espagne** par exemple, les éléments de preuve recueillis dans le contexte d'une procédure de *conformidad* peuvent être utilisés à la fois pour une enquête et pour un procès ultérieur(e). De même, en **Colombie**, les éléments de preuve recueillis dans la perspective éventuelle de l'ouverture d'une procédure de *renonciation aux poursuites sous condition de confiscation* ou de la conclusion d'un *accord préliminaire* peuvent être utilisés ultérieurement. Dans d'autres pays tels que l'**Estonie**, les éléments de preuve recueillis peuvent être utilisés pour une enquête mais pas pour un procès. De même, en **Australie**, les documents réunis dans le cadre d'une *transaction pénale* peuvent être utilisés en vue d'une autre enquête, mais l'Australie indique qu'il est « extrêmement improbable » que les informations partagées à cet égard soient utilisées pour un procès<sup>319</sup>.

L'utilisation qui peut être faite des preuves et des documents peut même varier au sein d'un même pays, selon le type d'accord ou la nature de la procédure. Ainsi, au **Chili**, les informations recueillies dans le cadre de la négociation d'une *suspension conditionnelle des poursuites* peuvent être utilisées par la suite dans une autre procédure, alors que les informations obtenues dans le cadre d'une *procédure accélérée* ne le peuvent pas. Aux **États-Unis**, en vertu des *Federal Rules of Evidence* (règles fédérales de la preuve), la situation est différente selon que les informations obtenues au cours du processus de négociation sont destinées à une procédure pénale ou à une procédure civile<sup>320</sup>.

<sup>319</sup> Source : réponse de l'Australie au questionnaire de recueil de données.

<sup>320</sup> Comme le prévoit la règle 408(a) des *Federal Rules of Evidence* selon laquelle une conduite adoptée ou une déclaration faite dans le cadre de la négociation d'un compromis sur une affaire n'est généralement pas recevable comme élément de preuve à charge ou à décharge, sauf s'il s'agit d'une affaire pénale et si la négociation a trait à une requête introduite par une autorité publique en sa qualité d'autorité de réglementation, d'enquête ou de répression.

### 6.1.2. Les accords conclus peuvent-ils être utilisés à l'encontre d'autres personnes physiques ou morales ?

Comme le montre le graphique 58, la reconnaissance des faits par un défendeur dans le cadre d'un accord hors procès peut, dans la majorité des cas, être utilisée par les autorités de poursuites à l'encontre d'autres défendeurs. La proportion d'accords qui offrent une telle possibilité est presque identique pour les personnes morales (36 des 52 types d'accord, soit 69 %) et les personnes physiques (39 des 55 types d'accord, soit 71 %). C'est même le principal objectif de nombreux mécanismes d'accord qui visent à récompenser le défendeur pour sa coopération à l'enquête et aux poursuites dans le but d'obtenir des informations sur d'autres personnes physiques et/ou morales et, partant, de résoudre des affaires de corruption transnationale complexes impliquant plusieurs défendeurs.

Une telle coopération constitue parfois une condition préalable à la conclusion d'un accord hors procès. Le prévenu peut également obtenir une réduction, voire une exemption, d'une sanction pécuniaire s'il coopère pleinement avec les autorités et leur permet d'établir des charges contre d'autres auteurs d'infractions (voir le chapitre 3.2 pour un examen du nombre de mécanismes reposant sur une telle coopération). La présente Étude porte uniquement sur les types d'accords hors procès qui imposent soit une sanction, soit une mesure de confiscation. Elle exclut les systèmes qui accordent une immunité en contrepartie d'une coopération, comme le prévoient par exemple les dispositions relatives au « repentir réel », que le Groupe de travail a d'une manière générale jugées incompatibles avec la mise en œuvre de la Convention et l'application des lois sur la corruption transnationale.

Les *affaires Ballast Nedam/KPMG*, aux Pays-Bas, illustrent le cas où l'enquête et l'accord hors procès sont étendus à d'autres personnes morales impliquées dans le mécanisme illicite. En effet, dans le cadre de ces affaires, le service néerlandais de renseignement et d'enquête judiciaire dans les domaines économique, fiscal et douanier (FIOD) et le ministère public ont également ouvert des enquêtes sur KPMG et trois de ses anciens partenaires d'audit afin de déterminer leur rôle dans l'audit des exercices 2000-2003 de Ballast Nedam. En 2013, compte tenu en partie des preuves recueillies dans l'affaire Ballast Nedam, KPMG a conclu un accord hors procès avec le ministère public néerlandais au motif que l'audit réalisé par le cabinet avait contribué à dissimuler des pots-de-vin versés par Ballast Nedam à des agents publics étrangers. KPMG a accepté de s'acquitter d'une amende pénale de 3.5 millions EUR et de faire l'objet d'une confiscation de ses profits à hauteur de 3.5 millions EUR<sup>321</sup>. C'est la première fois qu'un cabinet d'audit était sanctionné pour avoir joué un rôle actif dans un système de corruption transnationale (voir l'annexe B pour de plus amples détails).

Au Brésil, l'*affaire Odebrecht* illustre la façon dont des éléments de preuve obtenus auprès d'un ou de plusieurs défendeurs peuvent être utilisés pour ouvrir des enquêtes sur d'autres personnes physiques et morales et aboutir à plusieurs accords hors procès, certains étant acceptés par une large majorité de personnes (l'encadré 20 revient plus en détail sur cette affaire).

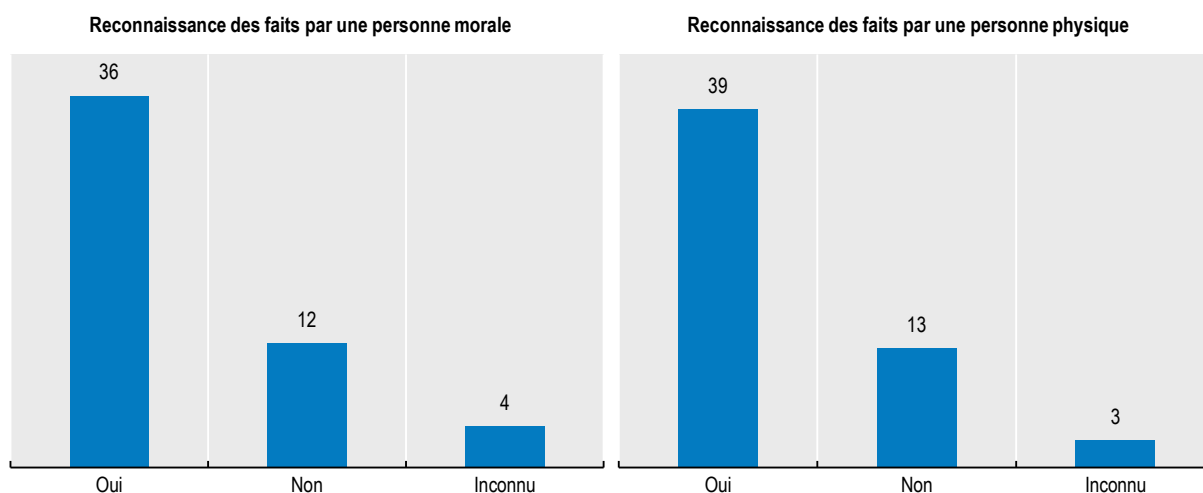
La question de savoir si les preuves et documents obtenus dans le cadre d'un accord hors procès peuvent être utilisés par un tribunal est plus complexe, eu égard à la diversité des

<sup>321</sup> Open Baar Ministerie (30 décembre 2013), « *KPMG treft schikking voor haar rol bij het verhullen van betalingen aan buitenlandse agenten* », [www.om.nl/vaste-  
onderdelen/zoeken/@32396/kpmg-treft-schikking/](http://www.om.nl/vaste-onderdelen/zoeken/@32396/kpmg-treft-schikking/).

règles générales adoptées par les pays en matière de pertinence et de recevabilité des preuves. En outre, les tribunaux ont fait état d'autres obstacles à l'ouverture d'une procédure judiciaire à l'issue de la conclusion d'un accord hors procès avec d'autres participants.

Ainsi, dans l'*affaire KPMG*, la procédure engagée contre les trois anciens partenaires d'audit de KPMG a été abandonnée après le refus par un tribunal d'autoriser le ministère public à poursuivre les intéressés pour le rôle qu'ils avaient joué dans le système de corruption. La décision du tribunal se fondait en partie sur le fait que ces poursuites seraient disproportionnées, étant donné notamment que des accords hors procès avaient été conclus avec les autres parties concernées. Pour cette raison, le ministère public n'a pas pu poursuivre les trois partenaires d'audit pour blanchiment des produits de la corruption (voir l'annexe B pour de plus amples détails).

**Graphique 58. La reconnaissance des faits par un défendeur peut-elle être utilisée contre d'autres défendeurs ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 68 et 69.

**Encadré 20. Utilisation de preuves contre d'autres personnes physiques et morales dans l'*affaire Odebrecht*, au Brésil**

Le 1<sup>er</sup> décembre 2016, la société Odebrecht S.A. a signé un *accord de clémence* au titre d'une procédure civile avec le ministère public fédéral (Ministerio Público Federal - MPF). Cet accord se fonde sur une interprétation générale de la législation brésilienne (notamment, de la Loi sur la responsabilité des entreprises, n° 12, 846/2013) et sur des réglementations internes d'application du droit. Toutes les sociétés apparentées au Groupe Odebrecht y sont également Parties, ainsi que les employés d'Odebrecht ayant accepté de communiquer des éléments de preuve. L'accord octroie à ces signataires une immunité de poursuites, sous réserve que le MPF juge leur témoignage pertinent pour la procédure engagée à l'encontre des tiers. Les procureurs ont décidé que l'*accord de clémence* satisfaisait au critère d'intérêt général, étant donné « qu'il contribuerait à l'enquête visant d'autres personnes physiques et morales soupçonnées d'agissements répréhensibles ».

Des procédures ont également été engagées contre des personnes physiques impliquées.

En mars 2016, Marcelo Odebrecht, ancien PDG d'Odebrecht, ainsi que deux anciens directeurs de la société, ont été condamnés à 19 ans et quatre mois de prison au **Brésil**. Parallèlement à l'*accord de clémence* conclu avec l'entreprise, 77 directeurs en poste et anciens directeurs d'Odebrecht ont signé des accords de coopération avec les autorités brésiliennes, en décembre 2016, en vue de mettre fin aux chefs d'accusation de corruption nationale et transnationale. Le ministère public fédéral indique avoir utilisé les informations obtenues dans le cadre de ces accords pour déposer près de 300 demandes d'enquête sur des faits potentiels de corruption de responsables politiques et d'agents publics au Brésil et dans 11 autres pays, en lien avec des projets d'infrastructure.

En juillet 2018, Odebrecht a également signé un *accord de clémence* avec le Bureau du procureur général (*Advocacia-Geral da União - AGU*) et le Bureau du contrôleur général (*Controladoria-Geral da União - CGU*) en relation avec des infractions liées à des contrats fédéraux et à des faits de corruption transnationale. Ce nouvel accord s'appuie sur celui conclu en 2016 avec le ministère public fédéral et inflige une amende d'une valeur projetée de 2.2 milliards USD sur une période de remboursement de 22 ans. La part attribuable à l'infraction de corruption transnationale s'élève à une valeur projetée d'environ 32 millions USD. L'accord de juillet 2018 permet à Odebrecht de déduire les amendes déjà acquittées en application de l'accord de décembre 2016, mais laisse de la latitude au CGU et à l'AGU dans l'imposition des amendes supplémentaires à l'entreprise, à moins qu'Odebrecht ne conclue, dans un délai de trois ans (qui peut être prorogé de trois années supplémentaires), des accords avec l'ensemble des pays étrangers où les agissements répréhensibles se sont produits. Les autorités brésiliennes souhaitaient ainsi encourager d'autres pays à faire respecter leur propre législation anti-corruption et à obtenir des dédommagements pour les pertes subies du fait d'opérations de corruption mises en place par Odebrecht.

Source : sources officielles et médias

### **6.1.3. Le refus d'un (ou plusieurs) défendeurs(s) de conclure un accord a-t-il un impact sur les éventuelles procédures d'accord visant d'autres défendeurs ?**

Comme le montre le graphique 59, dans certaines juridictions, le refus par une personne morale ou physique d'accepter un accord peut influencer sur la possibilité, pour d'autres défendeurs, de conclure eux-mêmes un accord. En l'espèce, le nombre de mécanismes d'accord qui peuvent être concernés est bien inférieur pour les personnes morales (9 sur 52 mécanismes d'accord, soit 17 %) que pour les personnes physiques (20 sur 55 mécanismes, soit 36 %). Pour ce qui est des personnes morales, seuls trois pays Parties à la Convention anti-corruption de l'OCDE sont confrontés à ce problème potentiel, à savoir l'**Estonie** (6 mécanismes), la **Lettonie** (2 mécanismes) et le **Royaume-Uni** (1 mécanisme). Dans ce dernier pays, les procureurs peuvent tenter des poursuites à la fois contre une personne morale et une personne physique liée à celle-ci et, il est fréquent de négocier des transactions pénales « globales »<sup>322</sup>. Ce type de transaction est mis en œuvre lorsque le ministère public indique aux divers défendeurs les transactions acceptables pour chacun d'entre eux (requalification à la baisse du chef d'inculpation, décision de ne pas

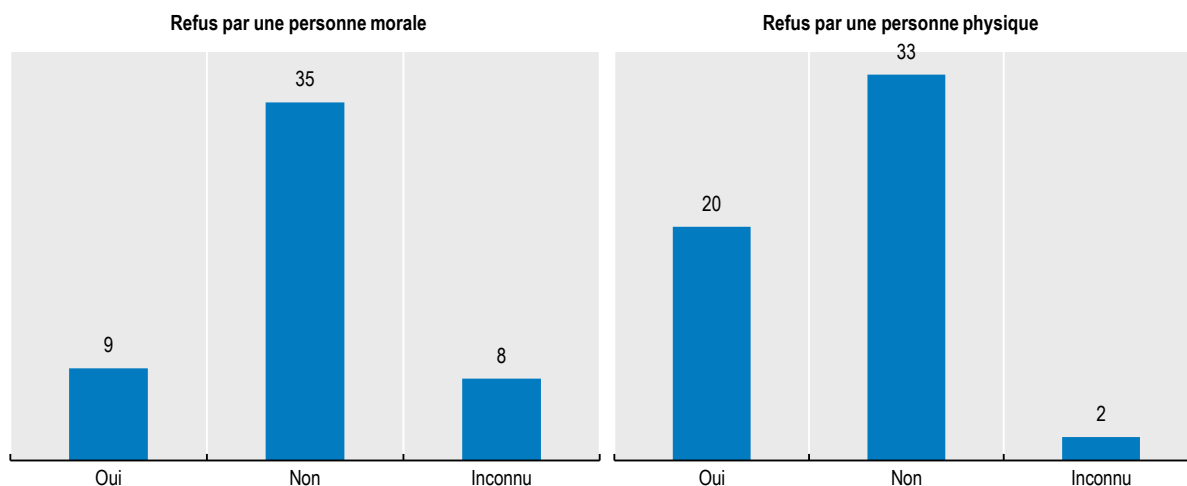
<sup>322</sup> Par transaction pénale « globale », on entend les cas où le ministère public propose à un prévenu de conclure une transaction pénale à la condition qu'un autre ou d'autres codéfendeur(s) plaident eux aussi coupable. Pour une analyse de ce type de dispositif dans la jurisprudence des États-Unis, voir *États-Unis c. Hodge*, 412 F.3d 479 (3<sup>rd</sup> Cir. 2005).



intenter un procès contre certains défendeurs, etc.). Toutefois, le règlement de l'affaire dépend de l'acceptation par les différents défendeurs des parties respectives de l'accord qui les concernent ; à défaut, ceux qui n'auront pas plaidé coupable pour l'ensemble des chefs d'inculpation seront traduits en justice. Ce type de transaction est également courant dans les procédures pénales visant des personnes physiques aux **États-Unis** et a été jugé conforme à la Constitution (dans une affaire qui ne concernait pas des faits de corruption transnationale), nonobstant le « risque particulier » lorsque les défendeurs plaident coupable en raison d'une influence indue, soit du procureur, soit d'un codéfendeur<sup>323</sup>.

Cela étant, dans la majorité des mécanismes d'accord (35 des 52 mécanismes applicables aux personnes morales, soit 67 %, et 33 des 55 mécanismes applicables aux personnes physiques, soit 60 %), les défendeurs ont chacun le droit de négocier leur propre accord avec les procureurs, sans que cela influe sur les procédures visant les autres personnes impliquées dans la même affaire. C'est le cas par exemple des procédures d'accord aux **Pays-Bas**, ainsi que de la procédure d'*ordonnance pénale* et des arrangements prévus aux termes de l'*article 153a du Code de procédure pénale* en **Allemagne**. D'après les indications de l'**Espagne**, dans le cadre de la procédure de *conformidad* et si le défendeur est une personne morale, l'accord peut être négocié indépendamment de la position adoptée par l'autre ou les autres prévenu(s)<sup>324</sup>. Cependant, s'il s'agit de personnes physiques, le refus d'au moins une personne de conclure un accord peut ouvrir la voie à la comparution en justice de l'ensemble des défendeurs. Néanmoins, « pour les défendeurs qui ont collaboré, la réduction de peine convenue avec le ministère public sera respectée ».

**Graphique 59. Le refus d'un défendeur peut-il avoir une incidence sur la conclusion d'un accord avec d'autres défendeurs ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableaux 68 et 69.

<sup>323</sup> *Ibid.*

<sup>324</sup> Article 787(8) du Code de procédure pénale.



## 6.2. Incidence des accords hors procès sur les procédures connexes engagées dans d'autres pays

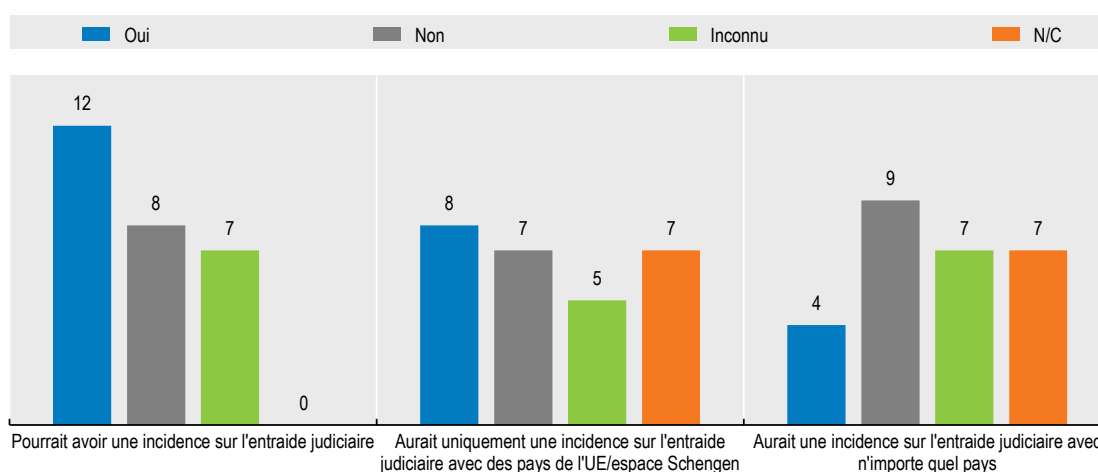
### 6.2.1. Incidence des accords hors procès sur la possibilité d'accorder l'entraide judiciaire dans le cadre de procédures consécutives engagées dans d'autres pays à l'encontre de la même ou d'une autre personne morale et/ou physique

#### *Incidence de la conclusion d'accords sur la décision ou la procédure d'octroi d'une entraide judiciaire*

Étant donné le caractère multijuridictionnel de l'infraction de corruption transnationale, il importe d'évaluer la capacité des pays Parties à la Convention d'accorder l'entraide judiciaire lorsqu'une procédure est engagée dans un autre pays.

Le graphique 60 montre que les accords hors procès conclus peuvent limiter la capacité d'accorder l'entraide judiciaire, du moins dans certains cas, dans 12 des 21 pays ayant répondu au questionnaire. Quatre pays (l'**Australie**, le **Brésil**, la **Norvège** et la **Suisse**) ont indiqué qu'un accord hors procès pouvait (dans certains cas) les empêcher d'accorder l'entraide judiciaire à un autre pays. En outre, 8 pays (l'**Allemagne**, l'**Autriche**, l'**Espagne**, la **Hongrie**, l'**Italie**, la **Lettonie**, le **Royaume-Uni** et la **Slovénie**) ont indiqué que la conclusion d'un accord hors procès pouvait potentiellement avoir une incidence sur la décision ou la procédure d'octroi d'une entraide judiciaire au sein de l'Union européenne et/ou de l'espace Schengen, mais pas sur leur capacité d'accorder l'entraide judiciaire aux pays situés en dehors de l'UE et/ou de l'espace Schengen. Seuls 8 pays (l'**Afrique du Sud**, l'**Argentine**, le **Chili**, la **Colombie**, les **États-Unis**, **Israël**, le **Japon** et le **Mexique**) ont affirmé que la conclusion d'accords hors procès n'avait aucune incidence sur la décision ou la procédure d'octroi d'une entraide judiciaire. On ignore quelle est la situation pour 7 pays (le **Canada**, le **Costa Rica**, l'**Estonie**, la **Finlande**, la **France**, les **Pays-Bas** et la **République tchèque**).

**Graphique 60. La conclusion d'un accord hors procès pourrait-elle avoir une incidence sur la capacité d'accorder l'entraide judiciaire à un autre pays Partie à la Convention ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 72.

Les pays ayant indiqué qu'un accord hors procès pouvait les empêcher, dans certains cas, d'accorder l'entraide judiciaire ont fourni différentes explications.

En **Australie**, il est possible, en vertu de la législation interne, de refuser d'accorder l'entraide judiciaire pour des motifs discrétionnaires, notamment lorsque « la requête concerne la poursuite ou la sanction d'une personne en lien avec un acte ou une omission qui, s'il s'était produit en Australie au même moment et avait constitué une infraction à la loi australienne, ne peut plus donner lieu à des poursuites pour cause de prescription ou pour toute autre raison »<sup>325</sup>. Étant donné que certains accords hors procès en Australie empêcheraient d'engager des poursuites dans ce pays au titre de la même infraction, les autorités indiquent que ce motif peut limiter la capacité de l'Australie d'accorder l'entraide judiciaire suite à la conclusion d'un accord hors procès.

Au **Brésil**, les preuves produites par un prévenu – qu'il s'agisse d'une personne morale ou d'une personne physique – dans le cadre de la conclusion d'un accord hors procès peuvent être partagées avec des juridictions étrangères en vue d'une utilisation contre des tiers (par exemple, l'agent corrompu). Toutefois, ce partage est soumis à limitation en ce sens que les preuves ne peuvent pas être utilisées contre les personnes ayant conclu les accords en question, ce qui est conforme à l'article 37 de la Convention des Nations Unies contre la corruption, ainsi qu'aux règles internes du ministère public fédéral. En effet, ces personnes ont renoncé à leur droit de ne pas produire des preuves contre elles-mêmes en contrepartie d'une limitation de leur responsabilité, telle qu'établie dans les accords concernés. Si le Brésil dispose de preuves qui n'ont pas été recueillies en lien avec un accord, il peut les partager sans restrictions avec ses homologues nationaux et étrangers. Cette approche a été confirmée par la pratique avec les accords hors procès conclus à ce jour par le Brésil en lien avec des faits de corruption transnationale (par exemple dans les *affaires Odebrecht, Rolls-Royce* et *SBM Offshore*).

En **Norvège**, la conclusion d'un accord a une incidence sur la décision ou la procédure d'octroi de l'entraide judiciaire autant qu'elle empêche l'ouverture de poursuites en vertu du principe *non bis in idem*. En **Suisse**, la conclusion d'un accord peut avoir la même incidence qu'une décision de justice sur la décision ou la procédure d'octroi d'une entraide judiciaire.

La limite potentielle à laquelle sont soumis les États membres de l'Union européenne (UE) et les États Parties à l'accord de Schengen en matière d'octroi de l'entraide judiciaire au sein de l'UE et/ou de l'espace Schengen trouve son fondement dans la Directive 2014/41/EU concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale. D'après l'article 11.1.d) de cette Directive, l'exécution de la décision d'enquête européenne peut être refusée si elle est contraire au principe *non bis in idem*. Le principe *non bis in idem* s'applique également aux États Parties à l'accord de Schengen (article 54). Toutefois, cela n'a pas d'incidence sur leur capacité d'accorder l'entraide judiciaire à des pays situés en dehors de l'UE et/ou de l'espace Schengen.

Au **Royaume-Uni**, le Groupe de travail sur la corruption relève dans son Rapport de Phase 4 que la capacité de ce pays d'accorder l'entraide judiciaire après avoir mis un terme à une action répressive en matière de corruption transnationale par un accord hors procès a été remise en question. Au cours de l'évaluation, le SFO a indiqué que les accords hors

<sup>325</sup> Loi de 1987 sur l'entraide judiciaire en matière pénale (Mutual Assistance in Criminal Matters Act), paragraphe 8(2)(c) ; voir également *id.*, paragraphe 8(2)(g) (“”). – Des dispositions analogues figurent également dans nombre de traités bilatéraux d'entraide judiciaire signés par l'Australie.

procès conclus dans les *affaires M.W. Kellogg et Macmillan* prévoyaient expressément que le SFO puisse mener d'autres enquêtes s'il recevait des demandes au titre des traités d'entraide judiciaire. Il n'existe pas de disposition correspondante dans la transaction pénale conclue dans l'*affaire BAE Tanzania*, mais, au cours de l'évaluation de Phase 4, le SFO a précisé que cette transaction n'interdisait pas l'entraide judiciaire, même si elle prévoit que le SFO mette immédiatement fin à l'ensemble de ses enquêtes relatives au groupe BAE Systems. Sur cette base, les autorités britanniques ont été en mesure de fournir une entraide judiciaire à la **République tchèque** et ont exprimé leur volonté d'aider les autorités tanzaniennes si celles-ci en font la demande.

#### *Incidence des clauses de confidentialité et de silence sur la possibilité d'accorder l'entraide judiciaire*

L'incidence des accords conclus sur les enquêtes conduites dans d'autres pays et d'autres accords relatifs aux mêmes personnes morales et/ou physiques dépend également de clauses pouvant être incluses dans les accords, à l'instar des clauses de confidentialité et/ou de clauses de silence (*muzzle clauses*). Ces clauses peuvent avoir des conséquences sur la possibilité de partager avec des autorités étrangères les preuves et les documents obtenus dans le cadre de l'accord, par voie d'une entraide judiciaire informelle ou formelle (clauses de confidentialité), ainsi que sur l'interdiction potentielle, pour une société ou une personne, de faire, directement ou indirectement par le biais d'autrui, des déclarations publiques contredisant la reconnaissance de leur responsabilité (« clauses sur les déclarations publiques » ou « clauses de silence »). Ces aspects sont examinés au chapitre 4.5.5.

#### **6.2.2. Incidence des accords dans les pays où le principe non bis in idem (ou double incrimination) peut être reconnu à l'échelle internationale**

##### *Incidence potentielle du principe « non bis in idem » sur la conclusion d'accords hors procès dans des affaires de corruption transnationale*

L'incidence de la conclusion d'accords sur la conduite d'enquêtes dans d'autres pays et la conclusion potentielle d'autres accords avec les mêmes personnes morales et/ou physiques est souvent présentée comme largement dépendante de l'existence de règles relatives au principe *non bis in idem* ou « double incrimination ». La reconnaissance d'une telle règle à l'échelle internationale est remise en cause par de nombreux pays, juristes et universitaires (voir analyse et références ci-après). Dans les pays où ce principe peut s'appliquer à des accords conclus dans d'autres pays, il pourrait empêcher l'ouverture d'enquêtes ultérieures et/ou de poursuites fondées sur les mêmes faits. La Convention anti-corruption ne porte pas sur ce principe *per se*, mais contient une disposition qui vise à prévenir de telles situations et est libellée comme suit : « Lorsque plusieurs Parties ont compétence à l'égard d'une infraction présumée visée dans la présente Convention, les Parties concernées se concertent, à la demande de l'une d'entre elles, afin de décider quelle est celle qui est la mieux à même d'exercer les poursuites » (article 4.3). L'application de cette disposition progresse, ainsi que le nombre d'affaires multijuridictionnelles de corruption transnationale dont l'instruction et la résolution sont coordonnées entre un nombre croissant de pays Parties à la Convention. Cet aspect est examiné au chapitre 1.4.

Le principe *non bis in idem* peut être perçu comme offrant une certaine protection aux entreprises et aux personnes vis-à-vis d'enquêtes, de poursuites et d'accords judiciaires et extrajudiciaires multiples. La reconnaissance de ce principe à l'échelle internationale varie

d'un pays à l'autre et continue d'évoluer, en particulier au fil de la jurisprudence, dans de nombreux pays<sup>326</sup>. Elle peut également se fonder sur des traités, comme au sein de l'Union européenne (voir ci-après)<sup>327</sup>. Dans les pays dépourvus d'une telle base conventionnelle, l'application de ce principe est loin d'être reconnue, et en pratique, de nombreuses difficultés techniques se posent lorsque le principe *non bis in idem* transnational est appliqué<sup>328</sup>.

En ce qui concerne les grandes entreprises, pouvant relever de la compétence de plusieurs pays à la fois dans des affaires de corruption transnationale, la reconnaissance du principe *non bis in idem* constitue une incitation à conclure un accord hors procès dans les plus brefs délais. Elle peut aussi contribuer à un niveau élevé de coopération avec les autorités chargées de l'enquête. En revanche, la reconnaissance de ce principe peut également conduire à du forum shopping: les entreprises choisissant de se dénoncer volontairement dans les pays où les sanctions seront probablement les moins sévères en termes de coût (montant des sanctions et durée des procédures par exemple) et de conséquences (absence d'exclusion des marchés publics)<sup>329</sup>. Le risque existe également que certains pays imposent des sanctions légères à leurs propres entreprises afin de les soustraire à la compétence des juridictions d'autres pays et de les protéger contre des conséquences plus graves en cas de sanction. Ce risque a été d'emblée pris en compte par la Convention et deux garanties ont été mises en place. La Convention exige ainsi d'une part que les sanctions soient efficaces, proportionnées et dissuasives (article 3), d'autre part que les enquêtes et poursuites ne soient pas influencées par des considérations d'intérêt économique national ou l'identité des personnes physiques ou morales mises en cause (article 5). Cela étant, malgré les amendes sans précédent imposées par le biais d'accords hors procès dans des affaires phares telles que l'*affaire Siemens* et, plus récemment, l'*affaire Odebrecht*, les critiques de la société civile sont récurrentes quant au fait que ces mécanismes d'accord permettent aux entreprises et à leurs dirigeants de s'en tirer à trop bon compte du fait de plusieurs facteurs, notamment l'imposition d'amendes trop légères (voir chapitre 4.5)<sup>330</sup>.

<sup>326</sup> Voir par exemple : « Vers une reconnaissance internationale du principe non bis in idem », Astrid Mignon Colombet, Avocat au barreau de Paris, associé Soulez Larivière & Associés - La Semaine Juridique - Entreprise et affaires - n° 36 - 3 septembre 2015, [convention-s.fr/wp-content/uploads/2016/04/NONBISINIDEM-AMC-2015.pdf](http://convention-s.fr/wp-content/uploads/2016/04/NONBISINIDEM-AMC-2015.pdf)

<sup>327</sup> Notamment, l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>328</sup> « 'Transnationalising' *Ne Bis In Idem*: How the Rule of *Ne Bis In Idem* Reveals the Principle of Personal Legal Certainty », Juliette Lelieur, *Utrecht Law Review*, [www.utrechtlawreview.org](http://www.utrechtlawreview.org) | Volume 9, n° 4 (septembre) 2013 | urn:nbn:nl:ui:10-1-112943|. Voir également GAB | The Global Anticorruption Blog – Law, Social Science, and Policy, billet d'invité : « Does international law require an international double jeopardy bar? », de Frederick Davis, publié le 18 octobre 2016 par Matthew Stephenson, ainsi que d'autres publications connexes du même auteur, [globalanticorruptionblog.com/2016/10/18/guest-post-does-international-law-require-an-international-double-jeopardy-bar/#more-6991](http://globalanticorruptionblog.com/2016/10/18/guest-post-does-international-law-require-an-international-double-jeopardy-bar/#more-6991).

<sup>329</sup> Moran, J. (2015). « Why International Double Jeopardy Is a Bad Idea ». The Global Anticorruption Blog, [globalanticorruptionblog.com/2015/03/09/whyinternational-double-jeopardy-is-a-bad-idea/](http://globalanticorruptionblog.com/2015/03/09/whyinternational-double-jeopardy-is-a-bad-idea/).

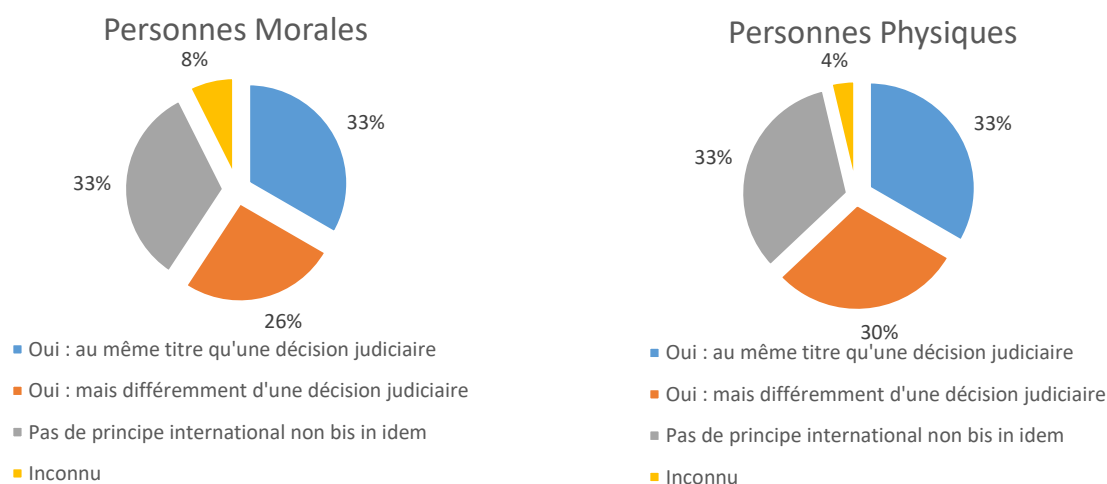
<sup>330</sup> Voir par exemple : Transparency International, (2015) Policy Brief, « *Can Justice Be Achieved Through Settlements?* »

*Les différentes positions concernant le principe « non bis in idem » dans les Parties à la Convention et leur incidence sur les enquêtes internes menées en parallèle ou consécutivement*

D'après les réponses apportées par les pays au questionnaire de la présente Étude, il n'existe aucune différence substantielle, concernant l'approche du principe *non bis in idem*, entre la situation des personnes morales et celle des personnes physiques, étant donné que, dans la plupart des pays, les mêmes principes juridiques généraux s'appliquent logiquement aux unes comme aux autres. Comme le montre le graphique 61, 30 % des pays dotés d'au moins un mécanisme d'accord ont souligné qu'il n'existait pas de principe international *non bis in idem*. Néanmoins, un accord hors procès entraînerait l'application de ce principe dans 59 % et 63 % des pays dotés d'un mécanisme d'accord (pour les accords avec des personnes morales et pour les accords avec des personnes physiques, respectivement). Parmi ces pays, 33 % ont indiqué que le principe *non bis in idem* s'appliquerait au même titre qu'une décision judiciaire, tandis que 26 % à 30 % ont indiqué qu'il s'appliquerait de manière différente.

Les **États-Unis**, ainsi que d'autres pays, dont **Israël** et le **Brésil**, indiquent que la règle de non bis in idem ne s'applique qu'à l'échelon national, ce qui n'empêche toutefois pas ces pays de tenir compte des accords conclus dans d'autres pays, selon les cas (cet aspect est examiné plus en détail au chapitre 1.4.).

**Graphique 61. La conclusion d'un accord hors procès dans un autre pays entraîne-t-elle l'application du principe non bis in idem ?**



Source : résultats du questionnaire de recueil de données de l'OCDE, tableau 71.

Le **Brésil** précise dans sa réponse que le règlement d'une affaire au moyen d'un accord hors procès dans un autre pays n'empêche pas les enquêtes, les poursuites ou la conclusion d'accords ultérieurs pour des faits de corruption transnationale. Néanmoins, dans la mesure du possible, les autorités brésiliennes prennent en compte les termes de l'accord signé à l'étranger.

Au **Royaume-Uni**, le principe *non bis in idem* est reconnu en cas d'accord hors procès conclu dans un autre pays, mais dans une mesure différente. Le Rapport de Phase 4 note que la doctrine de double incrimination « empêche des poursuites pénales dans deux cas de figure au moins. Premièrement, une personne ne peut être jugée deux fois pour la même

infraction et pour des faits essentiellement semblables. Deuxièmement, sauf circonstances spéciales, une personne ne devrait pas être poursuivie pour une infraction reposant sur des faits qui sont identiques, ou identiques en substance, à ceux ayant donné lieu à un procès antérieur s'étant terminé par un acquittement. Ces principes s'appliquent également si la condamnation ou le procès antérieur a eu lieu dans un pays étranger. Cela étant, une condamnation au pénal ou un procès antérieur n'empêche pas des poursuites civiles par la suite. Dans certains pays, les personnes poursuivies peuvent conclure des accords de suspension des poursuites ou de non-engagement des poursuites aboutissant à des sanctions non assorties d'une condamnation officielle. » Le Rapport note que, « [s]elon le SFO, de tels accords équivalent à des condamnations » aux fins du principe de double incrimination<sup>331</sup>.

En **Allemagne**, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a statué qu'en vertu de la législation allemande, les décisions adoptées par des juridictions étrangères n'empêchent en principe pas l'ouverture de procédures en Allemagne, ni de condamnations, puisqu'il n'existe pas de principe général *non bis in idem* dans le droit international<sup>332</sup>. L'article 51, paragraphe 3, du Code pénal allemand se limite à indiquer que toute sanction imposée au titre d'une peine prononcée par une juridiction étrangère, dans la mesure où elle a été effectuée ou exécutée, doit être déduite de la nouvelle peine prononcée par un tribunal allemand. En dérogation à cette règle, l'Allemagne est liée par des accords bilatéraux et multilatéraux qui interdisent le double incrimination comme c'est notamment le cas dans le contexte de l'UE<sup>333</sup>. L'Allemagne ne peut donc pas mener d'enquêtes et/ou engager des poursuites « pour les mêmes actes/la même infraction » (tels que définis par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne) sur lesquels se fonde un règlement étranger lorsque celui-ci équivaut à une « sanction » ou à une « condamnation ». Il faut pour cela savoir si la loi nationale respective considère ce règlement comme une décision judiciaire définitive, fondée sur une enquête approfondie et un examen sur le fond de l'affaire<sup>334</sup>. Aucune dérogation de ce type ne s'applique aux Parties à la Convention qui ne sont pas membres de l'UE.

La position des pays à cet égard est également susceptible d'évoluer avec le temps. En **France**, dans un arrêt du 17 janvier 2018, la Cour de cassation a annulé une décision de la Cour d'appel de Paris et constaté l'extinction de l'action publique en application de la règle *non bis in idem*<sup>335</sup>.

<sup>331</sup> Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni, paragraphe 123.

<sup>332</sup> Cour constitutionnelle allemande, décision du 31 mars 1987, affaire n° 2 BvM 2/86, BVerfGE 75, 1.

<sup>333</sup> Notamment, l'article 54 de la Convention d'application de l'Accord de Schengen et l'article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne s'appliquent à l'Allemagne pour ce qui est des décisions judiciaires prises par d'autres États membres de l'espace Schengen/Union européenne. Ainsi, l'Allemagne ne peut mener d'enquêtes et/ou engager des poursuites « pour les mêmes actes/la même infraction » (tels que définis par la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne) sur lesquels se fonde le règlement étranger lorsque celui-ci équivaut à une « sanction [qui a] été subie ou [est] actuellement en cours d'exécution ou ne [peut] plus être exécutée selon les lois de la Partie Contractante de condamnation. »

<sup>334</sup> Cour de justice européenne, arrêt du 29 juin 2016, affaire C 486/14 - Kossowski.

<sup>335</sup> Cour de cassation, 17 janvier 2018, 16-86.491. Voir également GAB | The Global Anticorruption Blog Law, Social Science, and Policy, billet d'invité : « Further Developments on French Law

Dans de rares cas, des pays ont conclu des accords avec une entreprise pour les mêmes faits pour lesquels celle-ci avait déjà conclu un accord avec une autre Partie à la Convention. Un exemple récent s'est produit en **Israël**, où la société *Teva Pharmaceutical Industries Ltd.* a accepté, le 15 janvier 2018, de payer une amende de 75 millions NIS (22.1 millions USD) aux autorités israéliennes au titre d'un accord hors procès dans lequel l'entreprise reconnaissait avoir versé des pots-de-vin en Russie et en Ukraine, ainsi que procédé à des paiements illicites au Mexique, afin d'accroître ses ventes (l'accord lui-même reposait sur le chef de fraude comptable en infraction à la Loi sur les valeurs mobilières). Cet accord intervenait après le versement de plus de 519 millions USD aux autorités américaines pour les mêmes chefs en 2016. Dans leur décision visant à déterminer s'il était souhaitable de négocier un accord hors procès, les autorités ont pris en compte le fait que l'entreprise pharmaceutique avait coopéré avec les enquêteurs, avait mis en place un programme de conformité et avait déjà été sanctionnée par les États-Unis pour ses mécanismes de corruption<sup>336</sup>.

En pratique, les considérations relatives au principe *non bis in idem* ont tendance à être éclipsées par le nombre croissant d'affaires multijuridictionnelles qui ont été résolues au moyen d'accords hors procès coordonnés. Dans ces affaires, l'entraide judiciaire semble avoir été octroyée d'une manière très concrète et efficace, comme l'illustre par exemple l'accord coordonné conclu par les **États-Unis**, le **Brésil** et la **Suisse** dans l'*affaire Odebrecht*.

### 6.3. Accords dans le cadre d'affaires multijuridictionnelles n'ayant pas donné lieu à une coordination

La coopération dans le cadre d'affaires multijuridictionnelles peut devenir complexe, en partie lorsque les lois ou les procédures internes imposent des obligations différentes. En outre, les règles relatives aux circonstances (atténuantes ou aggravantes) et les priorités des autorités de poursuites peuvent être différentes d'une juridiction à l'autre. Les autorités qui enquêtent et engagent des poursuites sur des faits de corruption transnationale le font selon leur cadre juridique et institutionnel interne et ne sont pas tenues d'établir une coordination d'un pays à l'autre aux fins de résoudre les affaires.

Par ailleurs, la conclusion d'un accord multijuridictionnel ne signe pas toujours la fin des enquêtes menées dans d'autres juridictions. À titre d'illustration, dans l'*affaire Odebrecht*, alors qu'un accord majeur avait été conclu avec le **Brésil**, les **États-Unis**, et la **Suisse** plusieurs autres pays ont ouvert leurs propres enquêtes, avec lesquelles Odebrecht a accepté de coopérer aux termes des accords déjà conclus. De même, dans l'*affaire Saipem S.p.A.*, l'entreprise a été condamnée et sanctionnée par les autorités **italiennes**, alors qu'elle-même et la filiale qu'elle détenait à 100 %, Snamprogetti Netherlands B.V., avaient déjà conclu un accord de suspension des poursuites (*ASP*) avec les autorités **américaines** et que Snamprogetti Netherlands B.V. avait déjà négocié un règlement avec les autorités nigérianes. Même en l'absence d'accord multijuridictionnel simultané, un accord peut obliger les défendeurs à coopérer avec d'autres pays en vue d'une résolution ultérieure.

---

Regarding Anti-Bribery Prosecutions by Multiple States », de Frederick Davis, publié le 19 avril 2018 par Matthew Stephenson, [globalanticorruptionblog.com/2018/04/19/guest-post-further-developments-on-french-law-regarding-anti-bribery-prosecutions-by-multiple-states/](http://globalanticorruptionblog.com/2018/04/19/guest-post-further-developments-on-french-law-regarding-anti-bribery-prosecutions-by-multiple-states/)

<sup>336</sup> « Teva to pay NIS 75 million to Israel authorities to settle foreign bribe claims », de Shoshanna Solomon, The Times of Israel, 15 janvier 2018, [www.timesofisrael.com/teva-to-pay-nis-75-million-to-israel-authorities-to-settle-foreign-bribe-claims/](http://www.timesofisrael.com/teva-to-pay-nis-75-million-to-israel-authorities-to-settle-foreign-bribe-claims/)



Ainsi, dans l'*affaire Nikuv*, l'entreprise a accepté, au titre de sa transaction pénale avec les autorités **israéliennes**, de coopérer avec le ministère public du Lesotho dans le cadre des poursuites engagées contre les agents publics ayant accepté des pots-de-vin.

En l'absence d'accord multijuridictionnel coordonné, une autorité de poursuites qui règle une affaire avec un défendeur peut effectivement (et peut-être involontairement) empêcher une autre juridiction d'intenter une action dans la même affaire, eu égard au principe *non bis in idem*, ou de double incrimination. Ce principe a été cité par le **Royaume-Uni** comme la raison qui a empêché la tenue d'une enquête dans l'affaire impliquant *AgustaWestland S.p.A.* et *AgustaWestland Ltd.*, lesquelles avaient conclu un *patteggiamento* en **Italie**<sup>337</sup>. À l'inverse, dans l'*affaire Vitol*, malgré la conclusion d'une transaction pénale avec les autorités **américaines**, les tribunaux **français** ont statué que les procédures engagées aux **États-Unis** n'empêchaient pas l'introduction d'actions devant le système pénal **français**, étant donné que les actes illicites s'étaient produits en France.

Lorsque plusieurs juridictions tentent de résoudre une affaire avec le même défendeur pour une même conduite, l'absence de coopération du défendeur ou de coordination précoce entre les autorités peut poser des difficultés majeures. À titre d'illustration, dans l'*affaire SBM*, en lieu et place d'un accord coordonné, les **États-Unis**, le **Brésil** et les **Pays-Bas** ont conclu des accords consécutifs avec l'entreprise. La coopération entre ces trois pays a débuté bien après l'ouverture de leurs enquêtes respectives. En 2014, les autorités **néerlandaises** ont conclu un accord avec *SBM Offshore N.V.* et les autorités **américaines** ont abandonné leur enquête pour défaut de compétence. Le ministère de la Justice américain a rouvert l'enquête en 2016 sur la base d'informations complémentaires et en 2017, a réglé l'affaire au moyen d'un accord de suspension des poursuites pour la société mère et d'une transaction pénale pour la filiale américaine. Au **Brésil**, alors qu'un accord de clémence initial conclu en 2016 avait été rejeté par la commission d'examen du ministère public fédéral, de nouveaux accords ont été signés en 2018. Même si les **États-Unis** ont pris en compte les deux autres accords, cette affaire s'est au final soldée par des phases prolongées d'enquête et de résolution, probablement plus longues que si un accord coordonné avait été trouvé.

#### Encadré 21. Exemples d'affaires multijuridictionnelles n'ayant pas donné lieu à une coordination

*Vitol* – Entre 1996 et 2003, *Vitol*, une société suisse de négociant en pétrole, a versé des pots-de-vin à hauteur d'environ 780 000 USD au gouvernement irakien afin d'obtenir du pétrole au titre du programme « Pétrole contre nourriture » des Nations Unies. En novembre 2007, *Vitol* a conclu une transaction pénale avec les autorités **américaines** pour vol qualifié (« grand larceny ») et a accepté de s'acquitter d'amendes équivalent à 17.5 millions USD. En 2013, en **France**, le tribunal de première instance a acquitté *Vitol*, appliquant en partie le principe *non bis in idem*. En 2016, la Cour d'appel a annulé cette décision et statué que les procédures engagées aux **États-Unis** n'empêchaient pas l'introduction d'actions devant le système de justice pénale **français**, à condition que les actes illicites s'étaient produits en France. La Cour de cassation **française** a confirmé cette décision.

<sup>337</sup> Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni, paragraphe 124.



**AgustaWestland** – En **Italie**, AgustaWestland S.p.A. et AgustaWestland Ltd (deux anciennes sociétés du groupe Finmeccanica<sup>338</sup>) ont demandé à conclure un *patteggiamento*. Le mécanisme de corruption présumé consistait à passer par plusieurs sociétés étrangères, dont une société **suisse** contrôlée par deux consultants d'AgustaWestland, pour acheminer des paiements. Le principe de double incrimination a été cité par le **Royaume-Uni** comme la raison qui a empêché la tenue d'une enquête dans l'affaire impliquant AgustaWestland S.p.A. et AgustaWestland Ltd, qui avaient conclu un *patteggiamento* en **Italie**<sup>339</sup>. De surcroît, le *patteggiamento* équivalant à une condamnation, malgré qu'il ne constitue pas une reconnaissance par la justice de la responsabilité pénale, l'accord peut permettre aux deux entreprises d'éviter d'être poursuivies pour les mêmes faits dans des pays étrangers, dans la mesure que ceux-ci reconnaissent une forme de *non bis in idem*.

**Saipem S.p.A.** – En **Italie**, la société Saipem S.p.A. a été sanctionnée au paiement de 600 000 EUR et à la saisie de 24.5 millions EUR pour avoir versé des pots-de-vin à hauteur d'environ 187 millions USD à des agents publics **nigériens** en vue de la construction d'une usine de liquéfaction du gaz naturel. Le mécanisme de corruption reposait sur l'activité d'un groupement d'entreprises basées respectivement aux **États-Unis**, en **France**, en **Italie** et au **Japon**, dont Snamprogetti Netherlands B.V., filiale détenue à 100 % par Saipem S.p.A. La Cour suprême italienne a indiqué que les règlements déjà conclus par Snamprogetti Netherlands B.V. et Saipem S.p.A. avec les autorités américaines et nigérianes n'excluaient pas une nouvelle condamnation par les autorités italiennes, étant donné que les conventions internationales entre l'Italie et, respectivement, les États-Unis et le Nigéria ne reconnaissent pas le principe *non bis in idem*.

**Nikuv** – En 2012, Nikuv International Projects Ltd. (Nikuv), une entreprise de technologies de l'information israélienne, a versé plus de 500 000 USD en pots-de-vin à des agents publics au Lesotho. Dans le cadre de la transaction pénale, les autorités **israéliennes** ont affirmé que tout accord devait comporter une obligation indépendante, pour l'entreprise et ses employés, de coopérer avec les services de poursuites au Lesotho. Cette condition a été intégrée à l'accord signé à titre d'obligation à respecter par Nikuv. Pour déterminer si la coopération apportée par Nikuv est suffisante, les autorités **israéliennes** tiendront compte du point de vue des autorités du Lesotho.

**SBM** – Entre 1996 et 2012, SBM Offshore N.V., une entreprise **néerlandaise**, ainsi que sa filiale SBM Offshore USA, basée aux **États-Unis**, ont payé des commissions d'un montant total de 180 millions USD environ, dont une partie a été utilisée pour verser des pots-de-vin à des représentants de l'État et des agents publics au **Brésil**, en Angola, en Guinée équatoriale, au Kazakhstan et en Iraq. À la place d'un accord coordonné, le **Brésil**, les **États-Unis**, et les **Pays-Bas**, ont conclu des accords consécutifs avec l'entreprise. La coopération entre ces trois pays a débuté environ un an après l'ouverture de leurs enquêtes respectives. En novembre 2014, les autorités **néerlandaises** ont conclu un accord avec SBM Offshore N.V. Dans le même temps, les autorités **américaines** abandonnaient leur enquête pour défaut de compétence. Toutefois, en 2016, le ministère de la Justice a rouvert l'enquête sur la base d'informations complémentaires et en novembre 2017, le ministère de la Justice et l'entreprise ont réglé l'affaire au moyen d'un accord de suspension des poursuites pour la société mère et d'une transaction pénale pour la filiale **américaine**. Au **Brésil**, un accord de clémence initial conclu en 2016 a été rejeté par la commission

<sup>338</sup> Finmeccanica est devenu Leonardo en 2016.

<sup>339</sup> Rapport de Phase 4 sur le Royaume-Uni, paragraphe 124.

d'examen du ministère public fédéral et de nouveaux accords ont été signés avec les autorités brésiliennes en 2018. Ces accords étaient non pas simultanés mais consécutifs à l'accord conclu avec les **Pays-Bas**. Néanmoins, les accords conclus par les **États-Unis** ont pris en compte l'accord déjà négocié avec les autorités néerlandaises, ainsi que les procédures engagées au Brésil, en cours à l'époque.

*Source* : Résumés des affaires à l'annexe B.

## Annexe A. Liste des abréviations, termes et acronymes

AAP	Accord d'abandon des poursuites
AFA	Agence Française Anticorruption (France)
AFM	Autorité des marchés financiers ou <i>Authority for the Financial Markets</i> (Pays-Bas)
AGU	Bureau du procureur général ou <i>Advocacia-Geral da União</i> (Brésil)
ASP	Accord de suspension des poursuites
BRL	Réal brésilien (monnaie)
CAAS ou Accord de Schengen	Convention d'application de l'Accord de Schengen
CGU	Ministère de la Transparence et Bureau du contrôleur général ou <i>Ministério da Transparência e Controladoria-Geral da União</i> (Brésil)
CJIP	Convention judiciaire d'intérêt public (France)
CLL	Loi sur la responsabilité des entreprises (Brésil)
CPS	Service des poursuites de la couronne ou <i>Crown Prosecution Service</i> (Royaume-Uni)
CRPC	Comparution immédiate sur reconnaissance préalable de culpabilité (France)
EUR	Euro (monnaie)
FCO	Ministère des Affaires étrangères et du Commonwealth ou <i>Foreign &amp; Commonwealth Office</i> (Royaume-Uni)
FCPA	Loi sur la corruption d'agents publics étrangers ou <i>Foreign Corrupt Practices Act</i> (États-Unis)

FIOD	Service de renseignement et d'enquête judiciaire dans les domaines économique, fiscal et douanier ou <i>Fiscal Intelligence and Investigation Service</i> (Pays-Bas)
GBP	Livre sterling (monnaie)
LACPE	Loi sur la corruption d'agents publics étrangers
MPC	Ministère public de la Confédération (Suisse)
MPF	Ministère public fédéral ou <i>Ministerio Publico Federal</i> (Brésil)
MROS	Bureau de communication en matière de blanchiment d'argent ou <i>Money Laundering Reporting Office</i> (Suisse)
NCA	Agence nationale de lutte contre la criminalité ou <i>National Crime Agency</i> (Royaume-Uni)
NOK	Couronne norvégienne (monnaie)
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
ØKOKRIM	Autorité nationale norvégienne d'enquêtes et de poursuites des délits économiques et environnementaux
ONG	Organisation non gouvernementale
OWiG	Loi sur les infractions administratives ou <i>Gesetz über Ordnungswidrigkeiten</i> (Allemagne)
PM	Personnes morales
PNF	Parquet national financier (France)
PP	Personnes physiques
SEC	<i>Securities and Exchange Commission</i> (États-Unis)
SFO	Bureau des fraudes graves ou <i>Serious Fraud Office</i> (Royaume-Uni)
UE	Union européenne
UKBA	Loi britannique de la corruption ou <i>UK Bribery Act</i> (Royaume-Uni)
UNODC	Office des Nations Unies contre la drogue et le crime ou <i>United Nations Office on Drugs and Crime</i>

---

USD	Dollar des États-Unis (monnaie)
USSG	Lignes directrices américaines sur la détermination de la peine ou <i>U.S. Sentencing Guidelines</i> (États-Unis)

---

[www.oecd.org/corruption](http://www.oecd.org/corruption)

